

A RESPONSABILIDADE CIVIL

BASEADA NO

CONCEITO DA CULPA

JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO

A RESPONSABILIDADE CIVIL

BASEADA NO CONCEITO DA CULPA



COIMBRA

IMPrensa DA UNIVERSIDADE

1906

AO ILLUSTRISSIMO E EXCELLENTISSIMO SENHOR

DOUTOR GUILHERME ALVES MOREIRA

Lente Cathedratico da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra

Off.

O Auctor.

DISSERTAÇÃO

PÁRA A

8.^a CADEIRA DA FACULDADE DE DIREITO

NA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PREFACIO

«Será admissivel a theoria tradicional que faz assentar a responsabilidade civil sobre o conceito da culpa? E no caso affirmativo deverá distinguir-se entre culpa contractual e culpa extra-contractual?»

Por todos quantos se occupam da sciencia do direito é bem reconhecida a difficuldade que offerecem as questões relativas á materia da responsabilidade civil, e quão melindroso e delicado trabalho é sempre formar opiniões sobre os complicados problemas de direito e designadamente sobre este ponto tão discutido entre os mais notaveis jurisconsultos e professores das diversas nacionalidades, que não lograram ainda, a despeito de tão demorada discussão, chegar a um accordo geral.

O criterio da culpa que parecia definitivamente acceite desde a notavel elaboração juridica dos romanos, para servir de base á determinação da responsabilidade civil, e como tal consagrado nas legislações escriptas dos differentes países, foi ultimamente contestado na sua legitimidade como fundamento de tal instituição, procurando-se substituir á doutrina do damno culposo a theoria obje-

tiva do damno, prescindindo-se da imputabilidade moral para apenas se attender á existencia de um damno injurioso e á relação de causalidade exterior. Mas, apesar desta importante corrente doutrinaria contra o elemento subjectivo da culpa, os codigos modernos não ousam emancipar-se da doutrina tradicional para abertamente sancionar a theoria objectiva da responsabilidade.

E era sobre este delicado problema perante o qual hesitam os jurisconsultos e legisladores dos nossos dias que eramos chamados a formular a nossa opinião, tendo que declarar se seria admissivel a theoria classica que faz assentar a responsabilidade civil sobre o conceito da culpa, e se no caso affirmativo se deveria distinguir entre culpa contractual e culpa extra-contractual.

Tratando no Livro I da Parte I da questão fundamental da responsabilidade civil, dedicamos o Livro II ao problema especial da responsabilidade do Estado e das pessoas collectivas. E neste campo mais se avolumam as difficuldades, complicando-se consideravelmente o assumpto. Tão melindrosa é realmente a questão da responsabilidade civil do Estado, que o codigo civil allemão de 1896 se absteve de consagrar quaesquer principios a este respeito, em virtude da recusa da commissão do Reichstag que não julgava ainda o assumpto bastante amadurecido.

Maior indulgencia merecerão, pois, as numerosas lacunas e deficiencias que certamente se encontrarão nesta parte do meu modesto trabalho, em que o aspecto de direito civil se reúne ao aspecto do direito publico e administrativo.

As difficuldades inherentes á propria complexidade do assumpto, se juntam, porém, ainda outras circumstancias que necessariamente mais concorrerjam para tornar insufficiente o nosso trabalho. Assim é que foi este estudo elaborado debaixo do imperio de um termo necessario, nos limites restrictos de um praso improrogavel, condições manifestamente menos favoraveis ao estudo de um assumpto de visivel complexidade que indiscutivelmente exige larga e demorada ponderação e cuidadosa reflexão, e sobre que tinhamos que formular o nosso parecer e modo de pensar.

Pouco se poderá, pois, exigir de um trabalho nestas circumstancias, fructo de alguns mezes apenas de applicação, em que para mais os quotidianos labores de um trabalhoso anno lectivo, a obrigação do dia seguinte, nos roubavam a mais preciosa parte do nosso tempo e nos consumiam a melhor parcella da nossa attenção.

Só, pois, em obediencia á benevola indicação do professor da cadeira para que tive de apresentar este trabalho, e que o valorizou com a sua apreciação favoravel, e ainda em vista da falta

quasi absoluta de monographias sobre este interessante problema na litteratura juridica portugueza, emquanto no estrangeiro sobre si chama as attenções dos mais notaveis juriconsultos, e como exemplo para a elaboração de novos tratados certamente bem melhores, sobre este assumpto, ousamos publicar este modesto trabalho, cheio de tantas imperfeições e em que apenas se poderá ver a melhor das boas vontades que incessantemente presidiu ao nosso perseverante estudo; e foi decerto esta que com o seu juizo favoravel, quiz premiar o illustre professor da cadeira de direito civil.

Por isso, e pela muita consideração que como nosso professor e nosso amigo lhe consagramos, lhe dedicamos este trabalho.

Justificada assim a sua publicação, passemos a indicar o plano que presidiu á sua elaboração.

Tendo que examinar a theoria tradicional que faz assentar a responsabilidade civil sobre a ideia de culpa, entendemos de boa logica começar por apresentar em Introducção algumas noções geraes sobre o conceito de culpa, fazendo a este respeito algumas considerações que mais facilitariam depois a comprehensão exacta do assumpto que mais particularmente tinhamos que examinar, concluindo pela exposição da doutrina romana que deste criterio faz depender a relação de responsabilidade

civil, esboçando a traços largos a elaboração juridica demorada que aos romanos custou a sua concepção.

Contrapondo-se, porém, á doutrina classica uma outra theoria que da culpa se emancipava, e que apenas exigia o nexo causal entre a actividade damnosa de uma pessoa e o objecto que essa actividade attinge, para determinar a obrigação da indemnização, expuzemos num capitulo primeiro a theoria da causalidade objectiva ou theoria objectiva do damno. E em seguida, postas em campo as duas concepções, uma que sobre a culpa repousava, outra que della se emancipava como principio (elemento negativo), decidida a nossa preferencia pela segunda, entrámos na critica da theoria objectiva da responsabilidade. E collocando neste grupo a doutrina de ORLANDO, por este escriptor formulada num notavel trabalho publicado no *Archivio di diritto pubblico*, em 1893, em que procura mostrar em diversos campos a *insufficiencia* da doutrina classica, e a tendencia para a adopção da responsabilidade sem culpa, particularmente nos occupámos da analyse e critica deste trabalho, mostrando ou procurando mostrar a improcedencia das considerações que nella se adduziam, restabelecendo assim a necessidade do criterio da culpa na attribuição da responsabilidade civil.

Mais nos detivemos, no nosso exame, na parte

relativa á responsabilidade dos patrões pelos accidentes do trabalho e á theoria do risco profissional, não só pelo interesse que desperta este ponto tão discutido, como também porque é nesta esphera que particularmente vê ORLANDO a insufficiencia do criterio da culpa, tendo então occasião de fazer as observações que a este respeito julgámos opportunas. Summariamente alludimos á doutrina da responsabilidade contractual e da inversão da prova limitando as referencias ao assumpto, por respeito ao objecto e ás proporções do nosso trabalho.

E numa critica generica a toda a construcção de ORLANDO, mais especialmente tivemos em vista os pontos a que este attribua maior significação e alcance, fechando o capitulo pela demonstração da necessidade do criterio da culpa como base da responsabilidade e pela critica da theoria objectiva, mostrando então os inconvenientes praticos a que na sua applicação conduziria necessariamente.

Em capitulo especial nos occupámos em seguida da theoria de UNGER da responsabilidade de quem procede a risco proprio, mostrando a falta de autonomia desta doutrina, que de modo algum encerra um criterio novo, e que fundamentalmente se reduz ao elemento subjectivo da culpa.

Em seguida, dedicamos um logar especial á theoria que denominamos intermedia ou mixta, de

GABBA, pois que não formando um criterio exclusivo para base da responsabilidade, funda-se na applicação cummulativa de criterios diferentes, conforme os diferentes casos. Mostrando a inopportunidade de um tal methodo, e a inadmissibilidade de uma tal theoria, formulamos a doutrina que mais razoavel se nos afigura. Não temos porém, a pretensão de crear uma theoria inteiramente nova, de apresentar uma nova solução escolhendo um criterio original que ao lado dos outros se possa collocar, mas apenas aproveitamos das considerações dos escriptores, aquillo que se nos afigurou razoavel, o fundo de verdade que nas suas conclusões transparece, e acceitando o elemento subjectivo da culpa como titulo justificativo e fundamento juridico da obrigação de reparação do damno, não esquecemos os dictames da equidade que o criterio da culpa fundamentalmente respeita, e que por vezes intervem a corrigir ou temperar as consequencias de uma rigida applicação de principios.

Assente um criterio geral como base da responsabilidade civil, passamos em novo livro a occupar-nos da responsabilidade das entidades collectivas, e tanto das entidades de direito publico como das de direito privado, novo aspecto de questão que necessariamente tínhamos que considerar, tratando no capitulo primeiro da applicabilidade nesta es-

phera dos principios estabelecidos em relação ás pessoas physicas. Particular attenção nos mereceu a questão sob o aspecto de direito publico, tratando mais desinvolvidamente do problema da responsabilidade do Estado, admittindo ao lado da responsabilidade directa, a responsabilidade indirecta deste, partindo da fundamental e interessante distincção entre funcionarios órgãos e funcionarios meros instrumentos.

Estabelecida assim a responsabilidade do Estado e mais entidades de direito publico, mostrando que subsistiam as mesma razões quando do campo deste direito se saísse para esphera do direito privado, em capitulo segundo apresentamos as diversas opiniões defendidas pelo que respeita á responsabilidade do Estado, e dentre as theorias que a admittem particularmente nos occupámos, visto ser aquella que mais adeptos tem conquistado, da doutrina que no Estado distingue o aspecto de pessoa soberana e o aspecto de simples pessoa de direito privado, admittindo apenas a sua responsabilidade pelos prejuizos que nesta qualidade causar aos cidadãos, ou que, distinguindo entre actos de imperio e actos de gestão, apenas admite a responsabilidade do Estado por estes ultimos. Procurando demonstrar a inanidade de tal distincção defendemos a responsabilidade do Estado tanto no exercicio das suas funcções de soberania como das que como simples pessoa juridica lhe competem.

Concluida assim a primeira parte do nosso trabalho entrámos no estudo do segundo quesito que como consequencia da doutrina perfilhada tinhamos necessariamente que formular, e a que cumpria, portanto dar resposta: se deveria distinguir-se para os effeitos da responsabilidade entre culpa contractual e culpa extra-contractual.

É deste ponto que nos occupamos na Parte II, do nosso trabalho em que, de encontro ás opiniões de alguns escriptores como PLANIOL e GABBA, desinvolvendo este ultimo a sua doutrina num interessante estudo das suas *Novas questões de direito civil*, nos pronunciamos pela affirmativa, sustentando a necessidade de distincção entre culpa contractual e delictual, tanto no que respeita á imputação do facto e graduação da culpa, como á medida da indemnização pelo damno.

José Gabriel Pinto Coelho.

SUMMARIO

INTRODUÇÃO

A culpa

	Pag.
A culpa ..	1
A culpa abstractamente considerada. Conceito juridico da culpa — um dever juridico transgredido —. Elemento objectivo — <i>lesão injuriosa</i> ; elemento subjectivo. Factos positivos; factos negativos, omissões; culpa <i>in faciendo</i> , culpa <i>in non faciendo</i> . Delimitação da culpa; <i>dolo</i> . A culpa <i>in faciendo</i> e <i>in non faciendo</i> e a doutrina de DONELLO; apreciação critica. Culpa contractual e culpa extra-contractual ou <i>aquiliana</i> . Culpa <i>in contrahendo</i> . A distincção entre culpa <i>contractual</i> e <i>extra-contractual</i> e a <i>unidade</i> da ideia de culpa; é una a sua natureza juridica. A distincção entre culpa <i>in faciendo</i> e culpa <i>in non faciendo</i> não fundamenta uma separação de natureza juridica entre culpa contractual e extra-contractual. O elemento <i>subjectivo</i> (imputabilidade da <i>injuria</i>) coefficiente necessario da <i>responsabilidade civil</i> , ou a culpa como base deste instituto. O acto <i>culposo</i> ; a falta de diligencia origina a relação de responsabilidade ..	1
Origem romana da theoria tradicional que faz assentar a responsabilidade sobre a culpa. Sua lenta elaboração; a vingança privada, e as penas privadas em Roma. A Lei das 12 Taboas desattendia a subjectividade da	

lesão; o elemento da culpabilidade despresado nas diferentes penalidades do antigo direito dos romanos; influencia da paixão e irritação da victim sobre a formação e graduação das penas neste direito. Continuação da evolução; as penas pecuniarias privadas substituidas pelo principio da reparação; a responsabilidade assentando na causalidade interna do facto, ou na culpabilidade do seu auctor. Os juriconsultos romanos e o principio de que não ha responsabilidade sem culpa	Pag. 13
Os graus da culpa segundo os romanistas. Culpa <i>lata, levis e levissima</i> . Objecções adduzidas contra esta doutrina. Contém incontestavelmente um fundo de verdade a doutrina que separa tres graus de culpa; é accetavel quando se considere a culpa como conceito abstracto; e com este alcance se achava na mente dos juriconsultos romanos: <i>in lege Aquilia et levissima culpa venit</i> . POLLOCK e CHIRONI	16

PARTE I

LIVRO I

Pessoas phycas

CAPITULO I

Theoria do damno objectivo

Theoria do damno objectivo	21
Doutrinas exclusivas. Doutrinas que accetam mais de um criterio. Propugnadores da theoria do damno objectivo. VENEZIAN. O <i>nexo causal</i> entre o damno dum pessoa e o objecto sobre que recai esse damno . . .	21
ORLANDO. O novo principio sobre a responsabilidade	

civil. É no seio da consciencia popular que deve residir o germen das novas instituições. O elemento <i>negativo</i> : responsabilidade <i>sem culpa</i> . O elemento positivo; a formula «todo o direito lesado deve ser indemnizado»; damno objectivo. Caso fortuito e força maior; restricções a este respeito. Insufficiencia da theoria tradicional, segundo ORLANDO. Impossibilidade de explicar a responsabilidade directa da administração publica. A solução da irresponsabilidade do Estado repugna ao sentimento juridico moderno: opposição dos escriptores. GABBA e VACCHELLI. LAURENT e PROVENZANO. Incerteza da jurisprudencia. O sentimento desta insufficiencia não é restricto á esphera da responsabilidade do Estado; as razões que a estabelecem são extensivas a relações de outra natureza. «Onde ha um direito lesado, deve haver indemnização». A analogia entre a indemnização na expropriação por utilidade publica e a reparação geral de todo e qualquer damno causado pela publica administração. Não consegue ORLANDO generalizar este segundo argumento; impossibilidade de tal generalização	24
Responsabilidade indirecta do committente. Culpa <i>in eligendo</i> ou <i>in vigilando</i> . Doutrina romana. Presumpção <i>juris et de jure</i> . Critica de ORLANDO; GIORGI. CHIRONI. Doutrina da <i>representação</i> ; critica a esta doutrina. A evolução, daqui deduzida por ORLANDO, no sentido do abandono da theoria tradicional reconhecida como insufficiente. Inopportunidade e improcedencia da critica de ORLANDO á theoria da culpa no caso da responsabilidade indirecta do committente. A justa e razoavel applicação do criterio da culpa. A doutrina do codigo civil allemão.	35
Responsabilidade dos patrões pelos accidentes do trabalho. Inopportunidade do criterio tradicional nesta esphera, segundo ORLANDO. O consenso dos escriptores e a tendencia da jurisprudencia. A doutrina da inversão da prova. O <i>caso fortuito</i> como consequencia in-	

Pag.

Pag.

evitavel da industria. FERRARIS FUSINATO: a imprudencia do operario como consequenda necessaria da repetição constante do mesmo trabalho, está intimamente ligada ao exercicio da industria. O *risco profissional*. O seguro obrigatorio. Conclusão de ORLANDO. Critica. Circunstancias especiaes e privativas do ambiente industrial A propria especialidade do fundamento das conclusões impede a sua generalização. SAUZET e SAINTELETTE. Doutrina da responsabilidade contractual: a inversão da prova. Confusão entre o *objecto do contracto* e o *facto* que sobreveem na execução deste. CARLO BETOCCHI. Critica da theoria da inversão da prova Infundada presumpção da culpa no empresario. Dados estatísticos. Generalização de uma excepção. PLANIOL. Difficultades de apresentar a prova; desaparecimento dos elementos de reconstituição do facto; receio interessado do operario. Critica. A justa applicação do criterio da culpa. *Imprevidencia profissional* do operario. Daqui derivam novas obrigações para o empresario. O perigo aggravado pela negligencia do homem, diminuido pela sua diligencia. O operario não é inconsciente O operario procura a industria mais aperfeiçoada, onde o machinismo tem maior potencia; expõe-se consciente a um perigo calculado. O verdadeiro risco do empresario. O salario é correspondente ao risco e sacrificios inherentes ao trabalho. Aspecto geral do problema geral das causas que obstem a que o salario se proporcione a todos os sacrificios inherentes ao trabalho As consequencias necessarias do trabalho, objecto do *consentimento* do patrão e do operario. A necessidade de protecção e seguro dos operarios resulta como unica conclusão licita. Sr. Dr. GUILHERME A. MOREIRA. Doutrina do risco profissional restricta aos accidentes provenientes de caso fortuito, e inherentes ao proprio exercicio da industria. Critica 44

Responsabilidade por culpa levissima. A culpa levissima equiparada ao caso fortuito, segundo ORLANDO. O di-

reito em collição com o senso moral. Tendencia para a eliminção do elemento da culpa. Critica. Má interpretação da theoria da culpa GABBA e o conceito de culpa levissima. A distincção entre culpa *levis* e culpa *levissima* só objectivamente se comprehende É em harmonia com as circunstancias que se aprecia se houve ou não houve culpa 65

Culpa *in re ipsa* A apreciação de ORLANDO. Critica. A culpa permanece fundamentalmente como base da responsabilidade; demonstrando o agente que está isento de culpa, fica isento de responsabilidade. ... 68

Responsabilidade por factos licitos em que apparece excluido o elemento da culpa; *qui jure suo utitur, nemini facit injuriam*. A doutrina da Cassação de Napoles. ORLANDO. Critica. A combinação e adaptação da nossa actividade com a actividade dos outros, como principio primario de coexistencia social e dever geral para todo o cidadão GABBA. O direito de propriedade deverá necessariamente ser limitado e condicionado de fórma a não tornar impossivel a propriedade visinha e a destruir assim a pacifica coexistencia social. O incendio causado num campo pelas faiscas saídas de uma locomotiva. Observação de ORLANDO. Critica. Exame das circunstancias determinando a existencia ou não existencia da culpa; precauções regulamentares; culpa resultante da sua inobservancia. 70

ORLANDO: Nos diferentes casos examinados prevalecem as duas razões: necessidade do direito lesado, e ideia de que quem aproveita com o exercicio de qualquer actividade, deve supportar o risco dessa actividade 77

ORLANDO, o novo criterio da responsabilidade. Elemento negativo. Certos factos em si insusceptíveis de previsão, verdadeiros factos accidentaes ou de força maior, como consequencias directas e necessarias de uma empresa. *Risco profissional*. Generalidade de applicação do novo criterio. Critica da doutrina de ORLANDO. O receio de ORLANDO, pela sua propria dou-

trina; tal doutrina conduziria necessariamente na pratica a injustiças intoleraveis. GIORGI. A responsabilidade sobre a culpa é a traducção da consciencia popular, e do sentimento natural da justiça. A doutrina de ORLANDO volta-se contra elle proprio. No caso de accidentes de trabalho, as considerações que adduz levam a attribuir a responsabilidade ao operario. O operario realiza um lucro, obtem um commodo; corre um risco; consequencia. ORLANDO. O damno que se apresenta como consequencia necessaria da industria, não poderá nunca pesar sobre terceiro estranho á industria. Critica. Casos ha em que não é do exercicio da iudustria, mas de circumstancia estranha que ocorre, da culpa do lesado, que resulta o danino. A doutrina de ORLANDO cabe a censura que dirige á theoria classica. Dominio de todos os tempos do elemento da culpa nas differentes legislações.... 78

Theoria do damno objectivo; critica. Injustiças praticas inconcebíveis. Opportunidade do criterio da culpa... 94

CAPITULO II

Theoria da responsabilidade de quem procede a risco proprio

Theoria da responsabilidade de quem procede a risco proprio 99

O criterio de UNGER; sua doutrina. Critica. GABBA; responsabilidade pelo damno causado por uma cousa propria; o criterio de UNGER não póde applicar-se aos casos em que não haja exercicio de actividade; deixa a salvo os casos de omissões. Reducção do criterio de UNGER ao elemento subjectivo da culpa. Generalização do criterio do risco e perigo proprio. UNGER; a supposta *culpa in committendo*. Inopportunidade

da formula de UNGER. Impossibilidade de resolver convenientemente os casos em que o risco seja corrido no interesse de outrem 99

CAPITULO III

Theoria intermedia ou mixta

Theoria intermedia ou mixta..... 109

GABBA. Differentes categorias de damno sem culpa; criterios applicaveis. Apenas admite a theoria do damno objectivo emquanto se insurge contra a negação absoluta da indemnização nos casos em que falta o elemento da culpa. Os danos causados com a propria pessoa. Combinação das razões de direito com os dictames da equidade. A formula de GABBA. Os prejuizos provenientes das relações ordinarias e comuns entre os homens, ou de simples coexistencia, ou de troca de deveres ou funções, sem um fim util qualquer. A faculdade de apreciação dos juizes; o exame das circumstancias..... 109

Critica da doutrina de GABBA. Processo vicioso. Adopção de criterios oppostos. Justiça e oportunidade da clausula do *temperamento equitativo*. Valor desta doutrina: golpe contra a theoria do damno objectivo. Com as suas considerações retira GABBA todo o valor e significação propria á theoria do damno objectivo, substituindo fundamentalmente a esta theoria um outro criterio. O codigo civil allemão. Interpretação das suas disposições em materia de responsabilidade. A nossa doutrina. Necessidade do elemento subjectivo. Sanção unanime na historia. A intervenção da equidade: o sentimento equitativo guiando na applicação do criterio da culpa. Poderes de apreciação confiados ao juiz. Confirmação e sanção auctorizada do codigo civil allemão..... 116

LIVRO II

Pessoas moraes

CAPITULO I

Responsabilidade das entidades collectivas

Responsabilidade das entidades collectivas	Pag. 125
Responsabilidade de direito civil. A theoria regalista; doutrina da irresponsabilidade do Estado. MANTELLINI. A necessaria <i>auto-limitação</i> do direito. Desde que num facto concorram os elementos da responsabilidade, nada importa que seja devido a um acto de suprema vontade imperante. Se o Estado é susceptível de uma vontade injuriosa. Existencia real e propria das pessoas collectivas: vontade propria; auto-determinação Theorias oppostas sobre a possibilidade de o Estado incorrer em responsabilidade por factos illicitos. O acto do representante é a manifestação da propria actividade da pessoa moral. As expropriações excluidas da materia de responsabilidade do Estado. Entre a entidade collectiva e as pessoas physicas que a representam ha uma relação de representação geral, quasi uma personificação. MICHOUX. Argumentos de SCOLARI contra a these da responsabilidade do Estado. Critica do primeiro argumento. MEUCCI. Critica do segundo argumento. Critica do terceiro argumento; condições peculiares dos países citados por SCOLARI. A pessoa moral é capaz de responsabilidade civil por facto illicito. A <i>Revista de Legislação e de Jurisprudencia</i> . SICILIANI: dois erros contém a asserção de que a actividade da pessoa moral não póde transgredir a esphera do direito	125
Natureza e especies da responsabilidade do Estado Distincção entre órgãos <i>deliberantes</i> e órgãos <i>executores</i> da vontade das entidades collectivas. Funcionarios	

Pag.

órgãos, representantes da propria entidade do Estado, e funcionarios cuja acção consiste numa mera prestação de serviços, realizando uma função de instrumento. A vontade dos funcionarios órgãos, não se distingue da vontade do Estado. Responsabilidade <i>directa</i> ; responsabilidade <i>indirecta</i> . A responsabilidade directa do Estado não deriva de uma responsabilidade pessoal e interna entre mandante e mandatario. IHERING.	139 —
Aplicação ás pessoas moraes em geral A ideia de culpa applicavel ás pessoas moraes. A vontade da pessoa physica confunde-se com a vontade da pessoa moral, apparecendo uma só vontade em face do lesado. Responsabilidade directa e indirecta das pessoas moraes. Objecção. Substituição juridica e artificial.	147
Responsabilidade propria do funcionario pelos actos visivelmente pessoas. A responsabilidade penal do funcionario: ao Estado cumpre assegurar o bem estar social, sendo assim indispensavel a garantia do regular exercicio dos seus deveres politicos por parte do funcionario. Generalidade da doutrina, que subsiste fóra dos limites do direito publico. Inapplicabilidade das disposições dos artigos 1153.º (codigo civil italiano), 1384.º (codigo civil francez) e 2380.º (codigo civil portuguez), ás pessoas moraes. Confirmação especial da doutrina no campo do direito publico. Ha pois ao lado da responsabilidade indirecta, uma responsabilidade directa para o Estado	152
Doutrina da responsabilidade sempre directa. Critica. Sr. Dr. GUILHERME MOREIRA.	156
Conclusão. Diverso alcance do principio da equidade nesta esphera em relação ao Estado	159

CAPITULO II

Theorias sobre a responsabilidade das entidades
collectivas

Theorias sobre a responsabilidade das entidades collectivas	Pag. 161
A doutrina de ORLANDO applicada á responsabilidade do Estado. Os meios com que o Estado procura o bem publico devem pesar igualmente sobre a universalidade dos cidadãos. Critica. GIORGI. Subsistem as razões que regeitam o criterio de ORLANDO como base da responsabilidade privada. A distincção da actividade do Estado em jurídica e social; sua critica segundo ORLANDO. Cria ORLANDO uma figura especial de responsabilidade para os entes publicos. Responsabilidade por factos relativamente aos quaes se não pôde rigorosamente fallar da responsabilidade civil. GIORGI. Actos por que o Estado deverá responder. Doutrina de STRYKIO. Justiça que envolve esta doutrina. Doutrina proposta no congresso dos juristas allemães: critica.	161
A doutrina dos que distinguem entre actos de <i>imperio</i> e actos de <i>gestão</i> ; entre funções politicas, e funções jurídicas de ordem patrimonial. BONASI. LAROMBIÈRE e SOURDAT. Considerações de BONASI. As funções essenciaes e secundarias do Estado. O Estado procedendo como pessoa <i>soberana</i> fica isento de responsabilidade; procedendo como simples pessoa jurídica, é responsavel pelos actos dos seus funcionarios, como committente. Theoria de GABBA (<i>Giurisprud. ital.</i>). Funções <i>proprias</i> e <i>improprias</i> . Irresponsabilidade do Estado pelas funções <i>proprias</i> . Excepções ao principio da irresponsabilidade pelas funções <i>proprias</i> . A nova doutrina de GABBA. As duas excepções. Não exclue a doutrina de GABBA a distin-	

Pag.

ção entre actos de imperio e actos de gestão. Novo fundamento invocado tanto para a regra como para as excepções. Sendo por intermedio dos funcionarios que o Estado se concretiza, é um notavel contrasenso fallar de responsabilidade deste pelos actos daquelle. Critica. BONASI: a identificação do Estado e dos seus funcionarios conduz antes á doutrina da responsabilidade do Estado. GABBA: a responsabilidade pessoal pelos prejuizos causados aos particulares na pratica de actos de governo. Critica. BONASI. Critica do fundamento das excepções admittidas por GABBA. Os actos pelos quaes GABBA excepcionalmente admite a responsabilidade do Estado, entram no conceito de funções *improprias*. SICILIANI: os militares quando procedendo como agentes da força publica; os militares verdadeiros funcionarios. Doutrina de MEUCCI: a absoluta responsabilidade do Estado. A *actio istitoria*. Fundamento da doutrina que põe como regra a responsabilidade do Estado. CHIRONI e MEUCCI. Embora regido por normas especiaes de direito o Estado move-se dentro duma orbita jurídica que não pôde impunemente ultrapassar. As excepções de MEUCCI. Critica. Os actos discricionarios. GIORGI. Critica da doutrina de MEUCCI. A *actio istitoria* dos romanos, acção restricta exclusivamente ao campo civil. Preversão desta relação LAURENT e DE FALCO: o problema da responsabilidade do Estado reduzido a uma questão de facto. LAURENT. O Estado responde quando committente. É applicavel nestes casos ao Estado o artigo 1384.º do código civil francez. Ao juiz compete apreciar se, em cada especie, os funcionarios se podem considerar como commissionedos. O criterio de LAURENT para precisar os casos em que o Estado pôde dizer-se committente. Petição de principio. Critica desta doutrina. GIORGI. DE FALCO e LAURENT apenas enunciam a questão 167

Pontos de encontro das conclusões de BONASI, GABBA e

MEUCCI. Igualmente defende GIORGI a doutrina da distinção entre actos de imperio e actos de gestão.. 183

Crítica da doutrina da irresponsabilidade do Estado pelos actos de gestão patrimonial. CHIRONI: incerteza invencível na determinação da distinção. Difficultades praticas desta separação proveniente da inseparabilidade necessaria das duas personalidades do Estado. Valor destas difficultades. A referida distinção é contraria aos principios. O methodo de distinção segundo BONASI. Involve tal methodo uma verdadeira petição de principio. Crítica. O Estado mesmo quando pratica actos que á primeira vista se poderão dizer simplesmente juridicos, não perde a sua qualidade de ente politico que lhe é essencial. CHIRONI. «O Estado ente *juridico* e não *politico*, já não é Estado». Criterio de GIORGI para a distinção das funções do Estado. O fim *proximo* do acto. Actividade necessaria e actividade voluntaria do Estado. Crítica. SICILIANI. A investigação do magistrado exorbitando das suas attribuições. Arbitrariedade excessiva a que levaria tal criterio Sua inutilidade. Ainda que se obtivesse uma determinação precisa e nitida das differentes funções do Estado, tomando a culpa como base da responsabilidade, em nada aproveitaria a referida distinção. Observação de BONASI. Crítica: sophisma apenas a questão. Crítica da objecção da diversa relação entre os funcionarios e o Estado. A doutrina que defendemos não se approxima em nada da theoria que acabamos de examinar. Objecções contra a theoria que distingue entre actos de imperio e actos de gestão. Criterio proposto pela jurisprudencia. A utilidade economica ou o lucro como fim proximo do acto. Crítica. O fim primordial do Estado é obter o bem estar geral dos cidadãos. Actos que em certos momentos se podem considerar de gestão e noutros de natureza politica. Actos *mixtos de imperio e de gestão*. Em face destes actos especialmente se manifesta o vicio intrinseco da doutrina que analysamos.

Pag.

Pag.

O principio da inteira responsabilidade do Estado accusado de prejudicial, de consequencias ruinosas para este. Crítica. O direito como limitação necessaria da acção do Estado. Conveniencia e alcance da regra da responsabilidade do Estado: a escolha cuidadosa dos funcionarios..... 184

CHIRONI: a inoportunidade da doutrina referida, especialmente revelada nas suas applicações praticas. Ampliações e restricções arbitrarías dos conceitos de actos de imperio e actos de gestão. Incerteza e contradicções da jurisprudencia. A doutrina de algumas decisões recentes da jurisprudencia italiana. O acto é *licito*, *discrecional* ou *illicito*; responsabilidade só neste ultimo caso, sem que importe que seja praticado *jure imperii* ou *jure gestionis*: o acto é *in jure*. Fundo de justiça que envolve tal doutrina SICILIANI. Nova distinção de BONSI: tripartição dos actos do Estado. Crítica. Embora possa ser legitima em si não auctoriza tal tripartição qualquer distinção relativa á responsabilidade. O principio da divisão e reciproca independencia dos poderes não se oppõe á responsabilidade do Estado pelos actos de soberania. A auctoridade judicial limita-se a um exame *exterior*, da *legitimidade* do acto (*juizo de legitimidade*) 200

Conclusão. Por todos os actos por que se offenda a ordem juridica constituida deve o Estado responder. Insufficiencia e inoportunidade da responsabilidade pessoal dos funcionarios: garantia illusoria. A facilidade legislativa e função de regulamentação dentro dos limites da lei 204

PARTE II

Distinção entre culpa contractual
e culpa extra-contractual

Distinção entre culpa contractual e culpa extra-contractual.....	Pag. 207
A distinção entre as duas espécies de culpa implícita no direito romano. Dominio de tal doutrina. Adhesões que conta. Determinação precisa da significação dos termos. Falsa noção da culpa delictual. Culpa <i>contractual</i> : definição. Culpa <i>extra-contractual</i> ou <i>aquiliana</i> : definição. Violação de uma obrigação relativa preexistente, infracção de um dever ou obrigação de caracter geral. Significação e alcance da divisão enunciada: não offende ella a unidade do conceito da culpa na sua natureza ou entidade jurídica. Extensão ou aspectos da referida distinção no sentido geral e <i>communis</i> . Considerações de GIORGI. Observação. Accusações contra a distinção entre culpa contractual e extra-contractual ou delictual. PLANIOL. Ambas estas espécies de culpa supõem a violação de uma obrigação anterior. A distinção pretendida é além de contestavel destituída de fundamento e sentido. GABBA. Não é legitima a distinção de duas espécies de culpa sob o ponto de vista da sua entidade jurídica, isto é em relação ao grau ou medida da culpa, e á medida e extensão da indemnização. Não se poderá estabelecer qualquer distinção pelo que respeita á prova da culpa. O exemplo das legislações estrangeiras invocado por GABBA. O dever não só de não prejudicar deliberadamente mas ainda de empregar todo o zelo em não damnificar involuntariamente, segundo GABBA; o contracto apenas dá uma direcção concreta ao dever de não prejudicar nem intencionalmente nem por negligencia: demonstração de GABBA. Critica. A doutrina da igual medida objectiva da responsabili-	

Pag.

dade no contracto ou no delicto. Doutrina da igual extensão da indemnização no caso de culpa e no caso de dolo quer nas relações contractuales, quer nas relações extra-contractuales. A intenção, o elemento da previsão apenas serve para determinar se o acto do lesante é contractual ou extra-contractual. Rejeitada a doutrina da diversa medida da indemnização no caso de dolo (*intenção, previsão*) ou de culpa, implicitamente se repelle a doutrina da diversa extensão objectiva da responsabilidade no damno contractual ou no damno delictual. Improcedencia das razões e argumentos que anteriormente tinham sido invocados a favor da unidade da culpa nos seus dois aspectos. Critica da doutrina que nega a distinção da culpa em contractual e aquiliana. HUC. Sr. Dr. GUILHERME MOREIRA. As circunstancias influindo na moralidade do acto. Exemplificação. O consentimento implicito no damno contractual. As partes livremente se escolheram e livremente contractaram, entrando voluntariamente em relações a que não eram obrigadas. Sr. Dr. DIAS DA SILVA. Nas relações contractuales a responsabilidade deve determinar-se não só em harmonia com a natureza do acto, como em attenção aos termos em que é realizado. Tal principio não repugna a GABBA que antes apresenta considerações identicas. Contradição em que cai este escriptor. GIORGI. A responsabilidade no contracto representa tambem uma modificação na relação jurídica preexistente. Tendo em consideração a natureza da relação jurídica, póde o legislador determinar de um modo especial a graduação da culpa e medida da indemnização. Observação de GIORGI. Critica..... 207

INTRODUÇÃO

A culpa

A culpa, na sua significação abstracta, num sentido generico, envolve o desvio ou transgressão de uma determinada norma de conducta, imputavel áquelle que estava adstricto a observar e respeitar essa norma; transgressão que vai ferir o direito que a outrem pertencia por via de uma relação especial com o obrigado a respeitar essa regra de conducta, ou em virtude de lei geral que impunha uma obrigação em normas expressas ou que a presuppunha como garantia dos interesses por ella tutelados. A culpa abstractamente considerada envolve pois a violação de uma regra de conducta juridica e uma offensa ao direito de outrem; não importa que a lei ordene ou prohiba; quer prescreva a pratica dum acto, quer exclua a sua execução, num e noutro caso temos uma norma de conducta legitimamente imposta.

Esta norma de conducta, cuja transgressão dá origem á culpa, deverá ser relativa a um dever juridico, aliás desaparece o conceito da *injuria*, elemento objectivo do facto que induz em responsabilidade. Desde que haja um simples dever moral, uma mera obrigação de consciencia, e não um dever juridico a respeitar, a sua transgressão não desinvolve o apparecimento da culpa (1); não haverá a violação de uma norma de proceder juridicamente imposta.

Reveste, porém, a culpa uma significação especial e technica no direito; cabe-lhe um sentido juridico particular. Quando num acto que envolve a violação ou transgressão de um dever que tenha a sua origem na vontade ou na lei, ao elemento *objectivo*, que está no acto praticado injustamente, acresça o elemento *subjectivo*, isto é, um estado de alma particular por parte do auctor desse acto, este será, além de *injusto*, *culposo*. Quando o auctor de um facto illicito procede com a intenção directa de prejudicar, tem logar o *dolo*, e é a ausencia absoluta dessa intenção que distingue a *culpa*, caracterizada pela falta de diligencia necessaria no cumprimento

(1) Distingua a antiga litteratura canonista a culpa theologica da culpa civil; realizada, porém, a differenciação do conceito de peccado, não podia já subsistir aquella distincção.

do dever; na sua significação technica, não exprime esta qualquer violação de um dever juridico, ou qualquer acto injustamente praticado, mas designa apenas um especial estado psychologico em relação a um facto injurioso. Só quando á *lesão injuriosa*, ao facto illicito (elemento objectivo), se vem juntar aquelle estado de alma do auctor desse facto em relação á lesão contida no seu acto ou que deste deriva (elemento subjectivo) é que o facto se póde dizer culposos.

A violação de um direito, a transgressão de um dever não resulta apenas de factos positivos, podendo derivar igualmente de omissões; a natureza *illicita* tanto acompanha a determinação de uma pessoa que faz alguma cousa, como a de outra que deixa de fazer alguma cousa; poderá offender o direito de outrem tanto aquelle que para com este se tinha comprometido a praticar qualquer acto, como aquelle que se tinha obrigado a abster-se de o prestar. Tanto num como noutro caso, o seu procedimento envolve a violação de um dever juridico, quer em consequencia de não ter feito aquillo que se obrigara a fazer (*culpa in faciendo*, culpa relativa a um acto positivo), quer em consequencia de ter feito aquillo que não devia fazer e de que combinará abster-se (*culpa in non faciendo*, culpa inherente a uma omissão).

Mas nestas duas fórmulas de lesão deverá sem-

pre a causa do danno ter a sua origem na vontade, ou num estado positivo ou negativo imputavel a falta de diligencia, para que haja culpa em sentido juridico e proprio, surgindo só neste caso o elemento *subjectivo*, a *imputabilidade* da injuria. Não poderá, porém, a vontade presumida naquelle estado positivo ou negativo exceder os limites e da falta de cuidado e estender-se até ás consequencias injurias do facto ou da omissão, pois invadir-se-hão nesta hypothese os limites do *dolo*; e é nesta limitação da vontade que se acha a divisoria da *culpa* e do *dolo*.

A caracteristica do *dolo* está precisamente na consciencia, no conhecimento de que no acto commettido se contém uma *injuria*, uma lesão offensiva dos direitos de outrem; quando ha *dolo*, o facto illicito é commettido com vontade de prejudicar; a acção da vontade é determinada pelo conhecimento de que se vai praticar um facto lesivo do direito de outrem.

A distincção entre a *culpa in faciendo* e *culpa in non faciendo* teve grande importancia na construcção de DONELLO, proposta por este, a respeito da lei romana (1); a sua theoria liga-se á significação especial attribuida aos termos *negligencia* e

(1) DONELLO, *Comm. de i. civ.*, 1827, liv. xvi, cap. 7, vol. x, pag. 102 e segg.

culpa, os quaes intimamente se relacionam com a distincção que indicamos entre aquellas duas expressões como termos fundamentaes na determinação do grau da culpa nas varias relações contractuaes; a concepção sobre que repousava tal construcção era, porém, demasiadamente artificial, e aquella distincção considerada como fundamental não podia deixar de repugnar em extremo á razão juridica abstracta e ás fontes. A isto aceresce que se apresenta como pouco natural a interpretação dada aos logares e textos em que pretendia achar-se contida; por estas razões a doutrina de DONELLO não teve quem a seguisse (1). A distincção entre a negligencia e a culpa não encerra de modo algum um conceito juridico abstractamente verdadeiro e que corresponda realmente ás fontes; no seu sentido proprio, na sua significação restricta, a culpa não designa mais que negligencia; e pouco importa que esta se manifeste em factos positivos, acções, ou em omissões. E por isso ao construir a theoria da culpa, nenhum interesse tem aquella distincção que apenas o teria na investigação, de valor meramente historico, sobre o desinvolvimento dos conceitos de *danno*, de *injuria* e de *pena*, que originariamente determinaram a *culpa*.

(1) HASSE, § 85, cit. por CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*.

in faciendo como causa unica de responsabilidade. A distincção entre culpa relativa a um facto positivo ou a uma omissão (*culpa in faciendo*, *culpa in non faciendo*) nenhuma importancia encerra, pois, no direito actual, visto que em uma e outra modalidade da culpa se encontra uma offensa de um direito, a violação de uma obrigação que adstringe o que a assume a fazer ou deixar de fazer qualquer cousa.

Quando a culpa acompanha o não cumprimento de uma obrigação, isto é, é relativa á inexecução de uma relação estabelecida entre o lesante e o lesado, diz-se *contractual*; por culpa do lesante, não teve logar o cumprimento da obrigação estabelecida, ou foi injustamente retardado. Quando, porém, independentemente de qualquer obrigação relativa preexistente, a culpa acompanha a violação de um dever geral, uma *lesão injuriosa*, toma o nome de culpa *extra-contractual* ou *aquiliana*.

Póde, porém, haver ainda a culpa, não já propriamente no cumprimento do contracto, mas precisamente na occasião da formação deste (*culpa in contrahendo*). Assim como no não cumprimento do contracto o devedor responde pela culpa, comprehende-se que do mesmo modo na formação deste cada uma das partes tenha o direito de exigir da outra que, no *querer* e no momento de *exprimir* e precisar aquillo que quer, observe a mesma di-

ligencia ordinaria que depois empregaria na execução da obrigação que se trata de constituir; se num e noutro momento podem surgir damnos e prejuizos, e ha a possibilidade da lesão injuriosa, é logico presumir que as partes queiram na formação da relação juridica a diligencia que exigem depois na sua execução. A ambas as partes se impõe diligencia, e daqui deriva que, havendo culpa ou negligencia duma dellas, se a outra, achando-se em condições de poder ou dever denunciar aquelle vicio, o não faz, isto é, procede tambem com culpa, e contracta do mesmo modo, dá-se a compensação da culpa, como succederia na occasião do cumprimento do contracto, negando um contrahente a outro a consideração que porventura lhe caberia invocar se tivesse estado em boa fé, isto é, se não estivesse tambem em culpa.

Não se compromette, porém, com a distincção que começamos por indicar, a unidade juridica da culpa. Estamos em face de duas hypotheses diversas, porquanto, numa, a culpa é considerada em relação á execução de uma obrigação relativa e, noutra, falta esta obrigação convencional, havendo apenas um dever geral, de cuja inexecução resulta a obrigação relativa; mas nem por isso deixa de ser uma e a mesma a natureza juridica da culpa; e assim tanto num como noutro caso encontramos como causa efficiente da relação que se estabelece

o conceito geral da falta de diligencia, que determina a responsabilidade; em ambos os casos encontramos como elemento *commun* e dominante a responsabilidade derivada da *injuria culposa*. Tratando-se do cumprimento de uma obrigação, havendo culpa da parte do que se havia obrigado, a relação preexistente subsiste sob um novo aspecto, visto que ao objecto primitivo da prestação se substitue a indemnização ou reparação dos danos causados. A existencia de uma obrigação anterior, se bem que delimita e precisa os termos em que uma pessoa tem que empregar um certo cuidado, nada vem alterar ao character e essencia propria da culpa; do facto culposo de que é auctor, resulta para o que se havia obrigado uma nova obrigação dependente daquelle facto, mantendo-se aqui nos mesmos termos a relação de causalidade que se observa no caso de não haver um contracto anterior, pois que este apenas faz com que a entidade da culpa se considere quanto a uma determinada relação juridica.

O conteúdo juridico da culpa é o mesmo (acto ou omissão illicitos), não se devem, porém, confundir os seus diversos modos de ser; não se nota em relação á culpa, numa e noutra destas hypotheses, uma diversidade de origem, mas divergem nos factos em relação aos quaes se deu. Na culpa contractual a natureza illicita do facto é re-

stricta á relação estabelecida entre as partes; contudo, nada impede que, fóra do vinculo contractual, juntamente com esta culpa exista uma relação de responsabilidade por culpa extra-contractual, entre os mesmos individuos. É pois una a natureza juridica da culpa bem como a sua efficacia; num e noutro caso ella apresenta-se sempre causa determinante da relação especial da responsabilidade e assim da indemnização. E temos assim demonstrado como a differença entre a culpa contractual e culpa extra-contractual não desfaz a unidade que existe no conceito de culpa, considerada como negligencia injuriosa e imputavel.

O facto culposo é sempre um facto illicito; porém, o character illicito do facto, quando haja uma relação estabelecida entre as partes, apenas consiste em não ter o que se havia obrigado usado da diligencia que lhe era imposta na execução dessa relação; quando não haja obrigação alguma relativa estabelecida entre as partes, o facto culposo é illicito porque envolve o desrespeito pela prohibição feita a cada um de prejudicar os outros com os seus actos; ou antes, com mais precisão se poderá dizer que num e noutro caso é dessa prohibição que resulta o facto illicito, devendo apenas observar-se que, no primeiro, essa prohibição respeita directamente a uma posição juridica determinada pela obrigação preexistente.

A unidade do conceito de culpa póde ainda deduzir-se do valor da distincção entre *culpa in faciendo* e *culpa in non faciendo*, que não fundamenta de modo algum uma separação de natureza jurídica entre a culpa contractual e a extra-contractual; em face da mesma doutrina romana, tanto no contracto como fóra deste, se conteem as duas formas de culpa apontadas, não merecendo duvida que aquella ultima tambem cabe na culpa extra-contractual.

Não se diga, na verdade, que apenas se comprehende que só no contracto, em virtude da obrigação que fica pesando sobre o devedor, póde a lei impôr a este que faça ou deixe de fazer alguma cousa, conforme o que constitue o objecto do contracto; e que, fóra deste, a lei, estabelecendo uma prohibição, sanciona um dever geral de character negativo; nem se objecte que, não devendo a limitação da liberdade ir além do que determina o conteúdo do direito tutelado e protegido, a culpa de quem responde extra-contractualmente apenas póde ser positiva; porquanto, na verdade, em face já das concepções da doutrina romana, além dos direitos de que o dever negativo imposto em geral constituia garantia sufficiente, outros havia que, embora não resultassem de um contracto, exigiam na sua observancia uma obrigação de fazer. Sendo absolutos em relação a todos relativamente a alguns induziam um dever positivo, uma *obrigação* de

fazer, que é imposta pela lei, que de modo algum os protegeria devidamente e com inteira efficacia se assim não fizesse.

E igualmente no direito actual ha normas geraes que impõem um dever positivo, que dão origem a uma *obrigação de fazer*, segundo a situação jurídica em que se encontram certas pessoas, obrigação que não deriva, comtudo, duma relação contractual ou quasi-contractual, nem se dá para com pessoas determinadas. Citaremos, como exemplos, os artigos 2368.º, 2377.º, 2379.º, 2394.º e 2395.º Do character positivo das obrigações impostas a quem presencia uma aggressão, de vigilancia legal por parte dos paes ou tutores, de cuidado e diligencia por parte dos proprietarios, não resulta alteração alguma para a natureza da culpa; os direitos protegidos por essas disposições, originam em certos estados, e relativamente a certas pessoas, uma obrigação especial e positiva. Permanece pois uno o conceito juridico da culpa, porque na culpa contractual, em consequencia da norma imposta ao devedor, bem como na extra-contractual, segundo o conteúdo do direito protegido, o lesante responde tanto pelo facto positivo como pelo negativo; devendo, porém, accrescentar-se que, para que por omissões (*non faciendo*) se incorra em responsabilidade, é necessario que aquellas tenham logar *non jure* ou *contra jus*, isto é, que os que as praticam

tenham o dever juridico de realizar os actos que omittem.

No facto illicito notámos como elemento objectivo a *injuria* ou a lesão injusta de um direito que deve ser respeitado. Não basta, porém, praticar actos ou omissões *sine jure* ou *contra jus* para que haja responsabilidade; esta não se concebe sem que na lesão que contém o facto illicito ao elemento objectivo (injuria) accresça o elemento subjectivo (imputabilidade da injuria); isto é, sem que haja culpa por parte do agente, porquanto, seria grave injustiça obrigá-lo a todas as consequencias do facto, quando á sua conducta subjectiva nada fosse imputavel. A evolução operada no criterio juridico e na ordem legislativa respeitante ao elemento da injuria, indica que a simples offensa do direito considerada em si, independentemente de qualquer investigação sobre o estado de alma do auctor material dessa lesão, apenas determinava a reparação penal pela *vindicta*; com o successivo e constante aperfeiçoamento e progresso dos conceitos juridicos e a determinação dos preceitos legislativos, surgiu o elemento subjectivo como coefficiente necessario da responsabilidade; não o simples *damno*, mas sim o *damno causado por culpa*, se considera então como justa causa da *reparação* ou da *indemnização*.

O auctor de um facto prejudicial e illicito procede com culpa, já quando não quer o facto como

illicito ou injurioso, porque se lhe apresenta como tal, já quando, tendo querido o facto, em si licito, não quer contudo as suas consequencias prejudiciaes, ou porque as não previu, ou porque lhe não pareceu possivel removê-las, quando as poderia, comtudo, evitar, se usasse da possivel diligencia. Nestes casos com rigor se dá a designação de *culposo* ao acto praticado sem a intenção de prejudicar; havendo culpa, cái o seu auctor em responsabilidade; e este responde pela consideração de que devia usar de maior cuidado e mais alta diligencia em conhecer a entidade do facto em si, ou em antever e medir as consequencias possiveis deste; é precisamente a falta de diligencia e não a vontade de prejudicar (dolo) que origina a relação de responsabilidade. São estes os termos em que a theoria tradicional faz derivar a responsabilidade da culpa (1).

É originaria do direito romano esta theoria, ainda hoje recebida e durante longo tempo dominante, sobre o fundamento da responsabilidade civil. Como muito bem diz ORLANDO, num surpreendente artigo que escreve no *Archivio di diritto publico* e a que adiante nos referiremos, «é a velha

(1) CHIRONI, *La colpa*, obr. cit., pag. 1 e segg.

lex Aquilia que, com as profundas transformações e ampliações devidas sobretudo aos jurisconsultos romanos, ainda impéra, como obrigação de indemnizar um *damnum injuria datum* com a estreita conexão que se estabelece entre o conceito de *injuria* e o de *culpa* e com aquella outra conexão que se estabelece entre a *culpa* e um relativo momento da vontade do agente, causa do *damno*.

Não pequena elaboração custou ao direito romano, porém, o apparecimento desta theoria; foi antes o resultado de um trabalho de seculos, e de um consideravel e ininterrupto esforço intellectual dispendido pelos jurisconsultos romanos.

Seguindo a principio, como todos os povos no inicio da sua evolução juridica, o systema da vingança privada, bem depressa saiu Roma desta phase primitiva e barbara, transformando-se aquella nas penas privadas; pouco importa então que o lesante proceda sem culpa, que offenda inconsciente e sem intenção o direito de outrem, pouco importa que a lesão, enfim, seja puramente objectiva, ou que seja ao mesmo tempo subjectiva; o auctor do *damno* é responsavel, quer innocente quer culpado; e não responde sómente pelo simples restabelecimento necessario do direito do lesado, mas tambem por uma satisfação devida ao seu sentimento irritado. A lei das 12 Tabuas desattendia por completo a subjectividade da lesão; e em todas as pe-

nas então existentes se vê que era apenas o facto, só de per si, que a importava, sem que nunca fosse tida em ulterior consideração a relação desse facto com a vontade; exercendo a paixão uma influencia dominante na formação e graduação das penas, o antigo direito dos romanos não olhava ao elemento da culpabilidade, mas apenas attendia á irritação que da lesão provinha para aquelle que a soffria, e ao grau de vingança que elle exerceria, podendo portanto com razão affirmar-se que a injustiça era apreciada não no auctor mas na victima. E a differença de penalidade, a graduação desta nos casos de *fur manifestus*, *fur non manifestus*, *furtum conceptum* e *furtum prohibitum*, que o Sr. Dr. DIAS DA SILVA tão lucidamente explica e refere, mostram bem o imperio da paixão e irritação do lesado e a verdade das considerações feitas; comtudo esta transição da vingança privada e da pena de talião para as penas pecuniarias privadas, representa já um passo importante na evolução juridica do Estado romano, que aliás era reclamado pela ordem e conforme á importancia de que ali gosava a propriedade.

Não parou, porém, aqui esta marcha progressiva e florescente, porquanto, ao passo que o direito criminal ampliava a sua esphera, levando o progresso da sociedade romana e o engrandecimento do poder central a ver ao lado da lesão in-

dividual a lesão social e, como consequencia, a considerar os delictos mais graves como crimes, as penas privadas tendiam a desaparecer do direito civil, substituidas pelo principio da reparação, tendo assim a purificar-se o conceito de responsabilidade. Só depois de uma demorada elaboração juridica se pôde, pois, substituir, com relação ás perdas e danos, o ponto de vista da causalidade externa do facto pelo da causalidade interna da culpabilidade. Não é o facto exterior que obriga, mas sim a acção; e mesmo esta não de um modo absoluto, mas apenas quando seja *voluntaria*. Não ha responsabilidade sem culpa, tal é o principio que os juriconsultos romanos se esforçaram por proclamar em materia de perdas e danos (1).

Os romanos, segundo alguns romanistas (2),

(1) DR. DIAS DA SILVA, *Estudo sobre a responsabilidade civil connexa com a criminal*, cap. I, pagg. 1 a 44. Vid. DR. HENRIQUES DA SILVA, *Elementos de sociologia criminal e direito penal*, 1905-1906, pag. 129 e 130.

(2) CHIRONI, obr. cit. *Colpa contr.*, n.^{os} 10 e 11. GLUCK, *Auszüf. Erläuter. d. Pandekten*. Vid. POTHIER, *Tr. d. oblig.* Cons. MOLITOR e LEBRUN, *Prest. d. fontes*. Alguns dos modernos romanistas, porém, são de parecer contrario áquella tripartição, não admittindo que no direito romano se attendesse á culpa *levissima*, como conceito differenciado. O criterio para a medida da culpa *levis* era

admittiam tres graus diversos de culpa: *lata*, *levis* e *levissima*; quando o contracto era celebrado só no interesse daquelle que soffria as consequencias da culpa, como succedia no contracto de deposito, só a culpa *lata* é que dava logar á obrigação de indemnizar; se, como no penhor, o contracto se celebrava no interesse commum das partes, obrigavam á prestação os dois primeiros graus da culpa (*lata* e *levis*); quando porém se contractava no interesse exclusivo do culpado, como no comodato, todos os tres graus davam origem áquella obrigação.

Foi porém energicamente atacada esta doutrina do direito romano, que chamou sobre si a attenção de numerosos interpretes que sobre ella elaboraram utilissimos trabalhos; allegava-se não só a impossibilidade pratica de distinguir e delimitar precisamente os diversos graus de culpa, como

abstracto, nada importando a qualidade da pessoa de quem se tratasse; não poderia invocar a limitação da sua intelligencia nem os seus habitos adquiridos, assim como a não poderiam prejudicar os seus dotes excepcionaes. DERNBURG, *Pandette*, trad. ital., 1906. (WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. HASSE, CASTELLARI, *Della lege Aquilia in Arch. giurid.*). CHIRONI, porém, no log. cit. observava a que a auctoridade da doutrina da tripartição não impede que, sujeitos os textos a novo exame, se apure a verdade da theoria que exclue a culpa *levissima*.

ainda o facto de que, tratando-se de avaliar a imputação culposa de um facto, não era tanto pela natureza da obrigação, como pelo exame das circunstancias, habitos e qualidades do individuo que o praticou, que o julgador se devia guiar.

Certo é, porém, que não se poderá rejeitar como absolutamente erronea a doutrina que separa tres graus de culpa, pois contem incontestavelmente uma parte de verdade, em nada repugnando ao conceito de culpa, que, em relação á diligencia de que se deve usar, póde ser maior ou menor. Considerando a diligencia como conceito abstracto, deverá ter-se naturalmente em conta mesmo a diligencia extrema, e a esta corresponde a culpa levissima; sendo a culpa a omissão da diligencia, e portanto igualmente uma concepção abstracta, facilmente se comprehenderá que no seu desinvolvimento possa apresentar tres graus, *lata*, *levis* e *levissima*; e até como concepção abstracta, independente de applicação pratica, poder-se-á talvez concluir que os jurisconsultos romanos tiveram na mente tal divisão; e o proprio texto nas palavras *in lege Aquilia et levissima culpa venit* (1), nos faz inclinar para esta opinião, porquanto aquelle termo *et* parece indicar que na mente do jurisconsulto ao conceito de culpa

se adaptavam aquelles tres graus já indicados; estabelecendo-se que a lei aquiliana attendia tambem a culpa levissima, implicitamente se comprehendiam os outros dois graus de culpa (*lata* e *levis*).

A este respeito diz o Sr. DR. DIAS DA SILVA que é incontestavel que tal theoria assenta sobre uma ideia justa: «É certo que a intenção dos contrahentes é a de se sujeitarem a uma responsabilidade mais ou menos grave, segundo os casos, e que, mais um contracto é desinteressado de parte de um delles, menos severo se deve ser a seu respeito. Não podia pois deixar de ser attendido pelo legislador este principio» (1).

Ora, segundo ensinavam os antigos romanistas, a responsabilidade derivava apenas da culpa *lata* e da culpa leve, quando se tratava de culpa contractual, e tambem da culpa levissima, quando esta fosse extra-contractual ou aquiliana; referia porém a escola dos glosadores estes tres graus de culpa ao mesmo instituto, sem que disso dêsse justificação sufficiente, e foi esta a doutrina dominante que chegou a tornar-se tradicional e common; porém do que dissemos se apura claramente a parte de verdade incontestavel da doutrina dos antigos commentadores, de que, em regra, eram

(1) L. 44 pr. D. *ad L. Aquilia*, (IX, 3).

(1) DR. DIAS DA SILVA, obr. cit., pagg. 130 e 131.

apenas dois os graus que nas fontes se attribuiam á culpa contractual.

A divisão da culpa em *lata*, *levis* e *levissima*, corresponde á sua concepção abstracta; trata-se apenas, para usar da expressão de POLLOCK, de uma distincção psychologica; nestes termos, nada nos legitima a repudiá-la, não havendo mesmo impossibilidade, nota CHIRONI(1), de a acolher na lei, como o demonstra o desinvolvimento historico da instituição (2).

(1) CHIRONI, obr. cit., pag. 35 e segg. Dr. DIAS DA SILVA, obr. cit., pag. 130 e segg.

(2) A doutrina romana que admite tres graus de culpa passou para o nosso antigo direito, como resulta das *Ord.*, liv. IV, tit. 53, § 2.º, referindo-se ainda o art. 302.º do Cod. Com. de 1833 á culpa *levissima*.

PARTE I

LIVRO I

Pessoas physicas

CAPITULO I

Theoria do damno objectivo

Não é hoje a theoria tradicional, que faz assentar a responsabilidade civil sobre a culpa, doutrina acceita pela totalidade dos escriptores, sendo contrariamente avultado o numero daquelles que contra ella se insurgem, procurando substituir ao conceito do damno imputavel outros criterios, no seu intender, mais geraes, logicos e razoaveis.

Além das doutrinas exclusivas e radicaes que, repudiando o principio tradicional, lhe substituem um novo criterio, e a elle se ligam em absoluto, procurando explicar em volta delle todas as espe-

cies e todos os casos de responsabilidade civil, teremos ainda a considerar outra ordem de doutrinas; que se não collocam exclusivamente num determinado campo, admitindo mais de um principio regulador da relação de responsabilidade.

Comecemos pelas doutrinas que enunciamos em primeiro logar.

Para temperar o exclusivismo demasiado da antiga theoria da culpa, duas novas doutrinas se propuseram: a doutrina do *damno objectivo*, e a da *responsabilidade de quem procede a risco proprio*.

Consagremos agora a nossa atenção á theoria do *damno objectivo*. Entre os propugnadores desta doutrina devemos mencionar, na Allemanha, STROHAL e LOENING; e na Italia, para nos servirmos da expressão de GABBA, foi o valiosissimo civilista, o professor G. VENEZIAN, que se arvorou em seu campeão(1).

Entende este escriptor que é necessario substituir na theoria da indemnização, ao criterio da imputabilidade, um fundamento mais largo e inabalavel. Para VENEZIAN, não é necessario o concurso da culpa, basta o *nexo causal* entre o *damno* de uma pessoa e a pessoa ou o objecto de uma outra,

para que resulte para a primeira a obrigação de reparar aquelle *damno*. Cada um responde, afirma com STROHAL o notavel professor italiano, porquanto emana da sua individualidade; o prejuizo, o *damno* é objectivo, é a lesão de facto de um direito de outrem, e deve ser reparado qual é objectivamente. E de harmonia com estes principios, exemplificando, diz VENEZIAN que uma pessoa que escorregando cáia e cause um *damno* que incida sobre a coisa d'outrem, fica adstricta a reparar integralmente o prejuizo causado pela sua quédá, e do mesmo modo tal obrigação recairá sobre aquelle que dormindo numa carruagem cause, com um movimento das pernas, algum prejuizo a um outro passageiro que com elle viaje(1).

Portanto, em face desta doutrina, desde que haja um *damno*, quer seja praticado sem culpa do seu auctor, quer envolva da parte deste negligencia ou dolo, a indemnização é obrigatoria, dentro e fóra do contracto, sempre pelo mesmo titulo, com o mesmo fundamento, isto é, em virtude do simples facto objectivo com que uma pessoa origina um *damno* a outra, nada importando que este tenha ou não a sua causa immediata na vontade d'outrem ou num

(1) G. VENEZIAN, *Damni e resarcimento fuori di contratto*.

(1) G. VENEZIAN, obr. cit., pag. 71, 106, 308 e 285 cit. por GABBA nas *Nuove Questioni di Diritto Civile*, vol. 1, pag. 265, Torino, 1905.

imputavel defeito de vontade. Não poderia, portanto, ser mais completa e radical a revolução operada nestes termos na theoria do damno culposo e da indemnização.

Neste campo collocamos tambem a doutrina de ORLANDO, que a proposito da responsabilidade directa do Estado apresenta uma nova theoria sobre o fundamento da responsabilidade, num admiravel artigo, a que já nos referimos, publicado no *Archivio di diritto pubblico* (1).

O elemento especifico da nova forma de responsabilidade que prescinde do necessario concurso da culpa, enuncia-o o notavel jurisconsulto italiano, resumindo-o na seguinte fórmula: «Quem no exercicio de uma empresa ou de qualquer actividade, cause ao direito doutrem um damno que appareça como consequencia directa ou indirecta daquella actividade, deve indemnizar este damno, nada importando que no acontecimento prejudicial o agente não haja peccado por negligencia ou imprudencia, e mesmo quando o proprio acontecimento, considerado isoladamente, possa apparecer como dependente de caso fortuito ou de força maior».

(1) V. E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile*. *Archivio di diritto pubblico*, vol. III.

Antes de chegar a formular definitivamente a sua doutrina, espraia-se ORLANDO em varias considerações e em interessantes observações, com que procura mostrar a *insufficiencia* do criterio da culpa como base da responsabilidade civil, em face do sentimento juridico das novas sociedades, e que constituem como que uma longa preparação tendente a dispôr o leitor para acatar mais facilmente a sua theoria, que procura construir, por assim dizer, sobre as ruinas da doutrina tradicional. Só depois de taes observações, em que apprehende o sentido em que se orienta a consciencia popular, é que entende ser licita a construcção de uma theoria. Sendo um producto natural e necessario, o direito, diz ORLANDO, encontra a sua base immediata na consciencia da communidade, que denuncia a não correspondencia das velhas instituições com as novas necessidades que nella surgem, e tende a refundir e remodelar por variadas formas essas instituições, mediante um lento mas continuo processo de adaptação. É, pois, ao seio desta consciencia popular que cumpre ir procurar o germen das novas instituições; não se pretende, deste modo, *crear*, mas simplesmente *colher e observar*.

E assim, do exame por que começa o seu trabalho, deduz o primeiro elemento *negativo* da sua theoria: uma responsabilidade sem culpa.

Precisado o elemento negativo, passemos agora

ao lado positivo da sua nova ideia: «todo o direito lesado deve ser indemnizado»; apresenta-se, porém, esta afirmação, que em si é demasiadamente precisa e excessiva, de modo a não poder á letra admitir-se como canon de direito, como manifestação da necessidade de reagir contra a velha instituição, ou, noutros termos, como uma diversa maneira de expôr aquelle elemento negativo, a indifferença pelo conceito da culpa.

O principio enunciado e invocado por ORLANDO traduz claramente o criterio do *damno objectivo*.

Entende, porém, o notavel jurisconsulto que ha casos em que a lesão de um direito não é imputavel e que, portanto, não póde dar logar a reparação: são aquelles em que a lesão seja devida a uma circumstancia imprevista ou força maior. Faz, contudo, algumas restricções a este respeito, limitando, emquanto ao alcance e sentido, a theoria do *caso fortuito* e força maior. Se um raio caindo numa propriedade a incendeia, e o incendio se communica á do visinho, decerto, diz ORLANDO, que ninguem pensará em considerar aquelle como responsavel para com este.

Determinados e apreciados os termos em que é posta a questão, isto é, considerado o Estado como um ente puramente patrimonial, e relativamente á responsabilidade directa e não indirecta do Estado, apresenta ORLANDO as suas considera-

ções, em que procura, como dissemos, mostrar a insufficiencia da theoria tradicional em face dos sentimentos diversos e das diversas condições sociais do nosso tempo, começando por observar que em face do criterio do direito romano e dos codigos modernos é impossivel explicar a responsabilidade directa da publica administração.

Como teremos de nos referir mais adeante á responsabilidade das pessoas moraes e do Estado, para então reservaremos as observações de ORLANDO e as nossas considerações a tal respeito.

Não poderemos, porém, deixar de alludir aqui a algumas das suas explanações, porquanto dellas se serve ORLANDO em seguida para atacar *dum modo geral* a doutrina do *damno culposo*.

A solução de que o Estado não póde incorrer em responsabilidade, que resulta necessariamente e se impõe como consequencia da theoria classica da responsabilidade civil, diz ORLANDO, repugna em absoluto ao sentimento juridico moderno.

Assim começam por se insurgir contra tal solução os escriptores que, como GABBA e VACCHELLI, em face do rigor dos principios geraes se acham constrangidos a admitir aquella responsabilidade. Não se contenta ORLANDO com as palavras significativas e innegavelmente justas daquelles escriptores, recorrendo então áquelles que, afirmando a

possibilidade, ainda dentro do criterio classico, de uma responsabilidade directa do Estado, tentam fugir á consequencia opposta que derivaria da admissão daquelle criterio. Recorre á opinião destes escriptores como a um elemento de maior valor, porquanto entende que a maior e mais eloquente demonstração da repugnancia que ao sentimento juridico de um escriptor inspira uma determinada lei, está precisamente no facto de esse escriptor procurar forçar o alcance dessa lei, visto que inconscientemente elle faz dessa sua repugnancia o criterio de interpretação do direito vigente.

Apresenta então a opinião de LAURENT, para o qual o Estado, sempre que lese um direito, fica responsavel por essa lesão, visto que «todo o direito lesado dá logar a uma reparação».

Nada decide, porém, o argumento de LAURENT, que envolve, diz ORLANDO, um sophisma de petição de principio, pois que, em logar de resolver a questão, apenas a colloca; um direito privado offendido é precisamente a hypothese do problema a resolver; e o que é difficil de determinar é se existem os elementos da imputabilidade. Se a administração publica commette um acto *illegal* com o qual offende o direito do particular, estamos fóra da presente questão; se se trata pelo contrario de um acto legal, ou a lesão *legal* do direito nada significa, ou indica que este tinha a sua limitação numa facul-

dade ou num direito da administração, por intermedio do qual teve logar o damno.

PROVENZANO, porém, recorre ao principio de que a propriedade é inviolavel e de que, só quando o interesse publico o exija, poderá esta ser sacrificada no todo ou em parte, devendo-se neste caso uma justa indemnização.

O argumento de PROVENZANO, diz ORLANDO, é realmente de innegavel justiça *in jure condendo*, mas fica sem valor *in jure condito*, visto que, o ter-se regulado em disposição expressa uma forma especifica de indemnização, não é decerto fundamento sufficiente para que se possa logicamente formular esse principio como norma geral. Verdade é que a expropriação por utilidade publica, theoricamente liga-se á figura juridica da indemnização de um damno, mas ao mesmo tempo assume um aspecto proprio e particular, sendo considerada como uma venda forçada, em que a indemnização representa o preço. Tal explicação é sem valor *in jure condito*, pois que ninguem poderá seriamente ir basear numa regra relativa á expropriação a responsabilidade directa do Estado em geral.

Conclue, assim, ORLANDO que a doutrina da responsabilidade e da culpa, inspirada no direito romano, não permite a affirmação da geral responsabilidade directa do Estado, e que tal consequencia repugna ao sentimento juridico da universa-

lidade dos escriptores modernos, quer estes se conservem fieis ao rigor dos principios (GABBA e VACCHELLI), quer, sob o impulso da consciencia de proclamar uma injustiça, tentem fugir a tal consequencia (LAURENT e PROVENZANO).

Mas a falta de correspondencia da doutrina classica com o sentimento juridico das sociedades modernas aprecia-se não só na repugnancia que pelas suas consequencias experimentam os diversos escriptores, mas ainda na incerteza da jurisprudencia. «Entre os symptomas que denunciam o sentimento juridico mudado e a necessidade de transformar um dado instituto, creio que, diz ORLANDO, o mais importante consiste na incerteza da jurisprudencia e nos seus erros» (1).

E na realidade, em materia de responsabilidade directa do Estado, graves divergencias se notam na jurisprudencia, que indicam claramente a lucta de principios e tendencias diversas; e por outro lado as vantagens alcançadas pelo principio da responsabilidade, não obstante a lei positiva, são uma preciosa indicação da desharmonia do direito vigente com o moderno sentimento juridico.

Demonstrada a insufficiencia do criterio da

culpa pelo que respeita á responsabilidade do Estado, para que de um modo geral se condemne a theoria classica, é necessario provar que o sentimento dessa insufficiencia não é *especial* e *restricto* á materia da responsabilidade da publica administração, mas que se verifica igualmente em outras manifestações de diversa indole; urge provar que as razões que determinam aquelle sentimento no caso da responsabilidade directa da publica administração, subsistem noutros campos, quando já daquella se não trate. Só depois de feitas essas demonstrações se poderá affirmar que a ideia geral da responsabilidade civil tem soffrido uma transformação, diz ORLANDO, que serve de prelude a uma correspondente modificação na legislação positiva.

As razões que, no campo restricto a que dizem respeito, denotam a insufficiencia da theoria tradicional, podem, segundo ORLANDO, generalizar-se e estender-se *à priori* a relações doutra natureza. A dois principios se podem reduzir esses argumentos. O primeiro, o de LAURENT, consiste, como vimos, na seguinte consideração: desde que haja um damno causado a outrem, deverá ter logar a reparação deste damno.

Não poderá haver duvida, e nisto não ousaremos discordar de ORLANDO, de que este argumento, que tende a fazer prevalecer sobre o *exame subje-*

(1) ORLANDO, obr. cit. no *Archivio di diritto pubblico*, vol. cit., pag. 266.

ctivo da culpa do agente o elemento *objectivo* da lesão e a necessidade de reparação, se apresenta, por sua natureza, geral; e assim, a fórmula de LAURENT coincide em absoluto com o principio do *damno objectivo*; á actividade do Estado poder-se-ha substituir a do individuo; não é necessario supôr uma relação entre a administração publica no exercicio da sua legal e licita actividade, e um particular lesado por esta nos seus direitos. Nada obsta pois a que se generalize aquella tendencia, e a que, do mesmo modo que quando se trata dum *damno* causado pela administração, em geral se acceite tambem a possibilidade de indemnização por um prejuizo soffrido independentemente do concurso da culpa.

O segundo argumento deriva da analogia que se procura estabelecer entre a indemnização no caso de expropriação por utilidade publica, e a reparação geral de todo e qualquer prejuizo causado pela administração.

Este conceito considera ORLANDO que se acha contido nas expressões usadas numa sentença da Cassação de Roma: ninguém pôde ser obrigado a ceder os proprios bens ou soffrer uma privação ou diminuição delles, nem mesmo por motivo de conveniencia publica, sem uma equitativa e proporcional indemnização, ou, melhor ainda, nas expressões usadas noutra sentença da Cassação de Palermo

de 7 de fevereiro de 1868: «o bem individual cede ao interessse commum, mas encontra o seu correspondente na indemnização, porque não pôde o beneficio ou commodo colectivo obter-se com a espoliação ou o *damno* do particular».

Mas estas considerações podem reduzir-se a outros termos: a actividade da administração publica proporciona ao Estado o conseguimento dos seus fins; é portanto uma actividade proficua para quem a exerce. Se acontece que por qualquer circumstancia, susceptivel ou não de previsão e de prevenção, do exercicio dessa actividade deriva um prejuizo para um particular, o qual em relação á collectividade pôde considerar-se como um *terceiro*, não parecerá justo que quem tira o proveito dessa actividade faça pesar total ou parcialmente sobre um terceiro o facto prejudicial; quem recolhe os lucros, deve supportar tambem os inconvenientes.

Nestes termos apresenta-se já aquelle argumento com bastante generalidade, adaptando-se a qualquer ordem de relações, que não supponha dum lado a administração e de outro um particular por ella lesado no seu direito; a qualquer pessoa que exerça uma actividade profissional ou industrial de que retire lucros, expondo-se igualmente a prejuizos, se applica aquella proposição; exigindo a justiça que, se esses prejuizos recaem sobre um terceiro, este seja indemnizado.

Mas no final de tão complicadas operações não é fácil ver como se ache estabelecida a generalidade do segundo argumento, a analogia entre a indemnização na expropriação por utilidade publica e a reparação de qualquer outro prejuizo causado aos particulares pela administração. O que aliás não devemos estranhar, visto que, tratando-se de uma figura propria e exclusiva da actividade do Estado, a analogia apontada deixa de existir logo que se saia fóra do campo dessa actividade, faltando então um dos termos entre os quaes se estabelece. Não pôde deixar de se reconhecer que a doutrina de PROVENZANO apenas explica a responsabilidade directa do Estado; e o proprio ORLANDO receia estes reparos e procura então preveni-los. Embora se não possa contestar, diz ORLANDO, que á primeira vista esta ordem de argumentos apenas se adapta á questão da responsabilidade do Estado, certo é que, se bem considerarmos, nella transparece um substrato que se presta a ser generalizado. Não é porém o argumento suggerido por PROVENZANO que ORLANDO generaliza, mas sim o principio de que se não pôde obter o beneficio ou commodo colectivo com sacrificio do bem estar singular ou individual; principio este que já de si se apresenta com inteira generalidade, demasiadamente absoluto para que seja necessario ampliá-lo, sendo, portanto, insignificantes banalidades as considerações apresentadas

pelo notavel jurisconsulto italiano e que apenas vêem perverter por completo a significação do argumento suggerido por PROVENZANO.

Depois de apresentada esta *prova semi-plena* da desharmonia do sentimento juridico moderno com a instituição geral da responsabilidade civil com o fundamento que nos codigos se lhe dá, continua ORLANDO a sua demonstração, dizendo que o primeiro golpe contra a doutrina de que é necessario o concurso da culpa no facto prejudicial, para que este seja acompanhado de responsabilidade civil, foi vibrado, como que inconscientemente, pelas proprias leis modernas. Refere-se á responsabilidade indirecta do committente pelos factos praticados pelo seu commissionado.

O espirito da instituição da responsabilidade indirecta explica-o a theoria classica, procurando reconduzi-la aos principios geraes da culpa, pela doutrina da *culpa in eligendo* ou *in vigilando*, segundo a qual, se a responsabilidade do facto delictuoso praticado pelo commissionado sobe ao committente, é porque este realmente procede com negligencia, quer na sua escolha quer no dever de o vigiar. E assim, no direito romano desde que se não provasse aquella culpa do committente, ficava este correspondentemente relevado da obrigação de reparar o damno. Porém o direito moderno, não

admittindo este principio, que aliás se impõe como necessaria consequência do fundamento admittido para a responsabilidade indirecta, estabelece a presumpção de que houve da parte do committente culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, e declara que esta presumpção é *juris et de jure* e que, portanto, não admitte prova em contrario. Esta disposição, diz ORLANDO, abala por completo a theoria classica emquanto considera a culpa (*in eligendo* ou *in vigilando*) como o fundamento da responsabilidade indirecta. Quando se diz que um elemento de facto se deve encontrar necessariamente numa acção, segue-se que, para que a acção seja procedente é necessario provar que todos os elementos, em que assenta, existem no caso especifico; ora desde que se presume absolutamente que todos esses elementos se reúnem na especie considerada, isto importa que na pratica, quando possam não ter logar, muitas vezes se admittirá essa acção independentemente do elemento que se reputava como imprescindivel e necessario.

Assim, no caso da relação de commissão, mantem-se o committente responsavel pelo facto do commissionado, porque elle não usou da diligencia devida ao escolhê-lo ou ao vigiá-lo, mas retirando-se áquelle a faculdade de provar que procedeu sem culpa, ficará obrigado á reparação mesmo nos casos em que *de facto* não tenha ha-

vido negligencia da sua parte. Mas ainda, uma presumpção *juris et de jure* só deverá ser imposta quando assim o exija um grande interesse de ordem publica, como succede com o caso julgado, com a presumpção de paternidade, etc. Ora «que interesse de ordem publica poderá justificar que se puna *como culpado* quem não commetteu culpa alguma?» Contra isto reclamam os mais elementares principios de justiça, sendo por isso frequentes as criticas contra a lei e numerosos são tambem os escriptores que accusam de injusta tal disposição. Assim, diz GIORGI que os codigos modernos esqueceram os principios da natural justiça, quando estabeleceram a presumpção da culpa dos patrões e committentes, convertendo a presumpção simples em presumpção *juris et de jure*. Tal rigor é verdadeiramente excessivo e não se lhe comprehende o porquê; e GIORGI que, em geral, é tão moderado e razoavel nas suas criticas, diz ORLANDO, qualifica as consequencias de tal doutrina como *estranhas, paradoxaes, absurdas e illogicas* (1).

É a CHIRONI que cabe a gloria, diz ORLANDO, de ter primeiro negado desaffrontadamente que por direito vigente seja a culpa *in eligendo* ou *in*

(1) GIORGI, *Obi I*, n.º 252; e cit. por ORLANDO, *obr. cit.*

vigilando, o fundamento da responsabilidade indirecta do committente, que para elle está antes na relação de *representação* que se estabelece entre o committente e o commissionado. Com esta doutrina conduz CHIRONI ao elemento da culpa directa, em substituição da theoria classica, visto que, por aquella relação, em face dos principios do mandato, é o committente collocado no lugar do auctor do facto prejudicial. Entende, porém, ORLANDO que tal theoria, se bem que engenhosa, não consegue superar as difficuldades a que vai de encontro. Força-se a lei, quando se admitta que a relação de comissão se confunde com a representação, dando a esta expressão um sentido demasiadamente lato, abraçando a comissão necessariamente a prestação de serviços; repugna por outro lado admittir uma relação de representação desde que se tome esta expressão no seu sentido juridico e proprio; e além disto violar-se-ha em absoluto o principio fundamental do mandato, que exige que o representante não esteja obrigado senão adentro dos limites do mandato, logo que o *damnum injuria datum* ultrapasse estes limites.

Deve, porém, notar-se ainda que CHIRONI, querendo conservar-se nos limites da doutrina tradicional da culpa, vai de encontro ao seu fundamental principio, que exige que a determinação culposa seja *pessoalmente imputavel* a quem se attribue a

responsabilidade. E considerar irresponsaveis as pessoas juridicas por culpa directa, conforme a doutrina da culpa, e admittir ao mesmo tempo a responsabilidade indirecta do representado, porque se julga o facto do representante como proprio daquelle, como envolvendo culpa directa, implica uma inexplicavel contradicção. Ediz então ORLANDO que no lugar duma ficção se colloca outra: fingindo-se em primeiro logar que a relação de comissão implica representação, e em segundo logar que a culpa do representante remonta ao representado, como se este tivesse querido o facto delictuoso. Na responsabilidade directa, conclue elle, requer-se expressamente o elemento da culpa, mas prescinde-se d'elle na responsabilidade indirecta; ora este passo, dado como que inconscientemente pelo legislador, mostra que no direito positivo vigente se verifica já em parte a evolução no sentido do abandonado, como insufficiente, da doutrina classica (1).

Não podemos de modo algum deixar de dar o nosso inteiro assentimento ás razoaveis invectivas, habilmente dirigidas por tão douto jurisconsulto ás inaceitaveis theorias propostas para manter a figura da responsabilidade indirecta nos dominios da doutrina tradicional; vamos até ao ponto de

(1) ORLANDO, obr. cit., pag. 327 e segg., § 8.

achar talvez pouco severa a sua critica, em face da intolerancia e da intransigencia com que se lança contra a doutrina de CHIRONI o juriscônsulto italiano SICILIANI, na sua recentissima monographia publicada na *Revista italiana para as sciencias juridicas*. Merece o nosso accordo incondicional, quando mostra os defeitos consideraveis que lavram na doutrina da presumpção *juris et de jure* da culpa do committente. Estranhámos, porém, que, querendo ORLANDO apenas evidenciar a inoportunidade do criterio da culpa para explicar a responsabilidade indirecta, não tivesse entrado na critica da doutrina que estabelece no caso presente uma simples presumpção *tantum juris*, que deixa ao committente a faculdade de provar que da sua parte não houve culpa; tanto mais que referindo-se ás censuras que GIORGI faz á doutrina da presumpção *juris et de jure*, nota que as consequências daquelle systema, que os inconvenientes a que dá logar, apenas são reprehensíveis na lei, emquanto se quer sustentar como fundamento da responsabilidade indirecta a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, mas que este fundamento é indicado pela doutrina e não pela lei. Em face deste desvio da questão da lei para a doutrina, o caminho naturalmente indicado era o de atacar agora de um modo generico a doutrina da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, e não, como ORLANDO diz, o de pro-

curar um outro *porquê* que deva substituir aquelle, que não explica a disposição da lei.

Na verdade, com as observações feitas apenas se mostra, não o vicio daquelle doutrina (*c. in eligendo*, *c. in vigilando*), mas a errada applicação que della fazem alguns codigos modernos; não a insufficiencia daquelle criterio em si, mas tal como o applicam esses codigos; sómente se prova que estes, seguindo muito embora o principio tradicional da culpa, por vezes o compromettem na applicação que delle fazem.

Não entendemos por fôrma alguma que seja *insufficiente* aquelle criterio, e teremos decerto demonstrado a these contraria, se delle fizermos uma adaptação ao caso da responsabilidade indirecta do committente, que se amolde conjunctamente aos dictames da justiça e da razão.

Não nos parece, na verdade, que se possa attribuir ao committente a responsabilidade pelo facto do commissionado, sem que da parte daquelle haja culpa quer na escolha quer na direcção ou vigilancia deste. Os inconvenientes que ORLANDO attribue á lei apenas existem emquanto se considerar a presumpção da culpa como não admitindo prova em contrario; desde que esta seja apenas uma presumpção *tantum juris*, aquellas iniquidades de todo se dissolvem; a culpa do committente em escolher ou em vigiar o commissionado é o verdadeiro fun-

damento da responsabilidade daquelle, e desde que elle prova que essa falta lhe não é imputavel, que usou da diligencia devida, ou se apure que o prejuizo teria tido egualmente logar apesar das precauções por elle tomadas, cessa naturalmente a sua responsabilidade. Figuremos o caso de um individuo que entra num carro de praça, e de o cocheiro, procurando, no seu interesse, percorrer o caminho com grande velocidade, para mais depressa ficar livre para realizar outro transporte, causar um ferimento numa pessoa que transitava numa das ruas que o carro percorreu. Como ir, neste caso, pedir a reparação ao individuo que ia dentro do carro?

Nem sempre dependeria da sua vontade a escolha do cocheiro, nem neste caso podia haver negligencia em o vigiar; elle não era responsavel pela competencia profissional do cocheiro. Quando as relações entre o committente e o commissionado deixem a este inteira liberdade no exercicio das suas funções, não é possivel a *culpa in vigilando*. E seria verdadeiramente iniquo impedir, no caso figurado, o individuo que entrara no carro de aduzir a prova de que a culpa lhe não era imputavel.

É esta a doutrina que se acha sancionada no *Codigo civil allemão*, que no art. 831.º preceitua que aquelle que encarrega outra pessoa de realizar um serviço fica obrigado á reparação do pre-

juizo que essa pessoa causa injustamente a um terceiro na execução desse serviço. A obrigação de reparar não tem, porém, logar quando o patrão, na escolha da pessoa commissionada e emquanto deve fornecer apparelhos ou utensilios, ou dirigir o desempenho do serviço, neste fornecimento ou direcção, tomou os cuidados requeridos na vida ordinaria, ou quando o prejuizo teria egualmente occorrido apesar desses cuidados. A mesma responsabilidade fere aquelle que, por contracto, emprenhe para o dono do negocio um dos negocios designados na al. I. 2. O *Codigo allemão*, partindo portanto do principio de que só a culpa do patrão o póde tornar responsavel pelo prejuizo causado pelo seu commissionado, assegura, todavia, uma situação mais favoravel á victima desse prejuizo, libertando-a do encargo da prova: o patrão fica, pois, responsavel *à priori*, em virtude de uma presumpção, pelo facto prejudicial que o commissionado pratica na execução da sua commissão, mas não na *ocasião* dessa execução; incumbe-lhe fazera prova contraria.

Se se fosse mais longe, collocar-se-iam os patões numa situação intoleravel (1).

(1) Vid. *Cod. civ. allemand*, traduzido e anotado por O. DE MEULENAERE, 1897. Paris, art. 831.º *Respons. du fait d'autrui*.

Procura em seguida ORLANDO demonstrar a insufficiencia da theoria da culpa no caso especial dos accidentes de trabalho, affirmando que a questão relativa á garantia dos operarios e indemnização pelos prejuizos soffridos no trabalho, se bem que encarada de ordinario como autonoma e independente, nada mais é que uma manifestação especifica da já assignalada evolução do sentimento juridico em materia de responsabilidade civil.

As consequencias que derivam daquella theoria, — ter o operario que provar que o accidente se deu por culpa ou falta de deligencia do patrão, o qual ficará isento de responsabilidade não só quando se prove que o facto foi devido a caso fortuito ou força maior, mas sempre que não resulte claramente averiguado que da parte do empresario houve culpa ou negligencia, — são, diz ORLANDO, unanimemente consideradas pelos escriptores como revoltantes e injustas, repugnando unanimemente ao sentimento juridico moderno, como o demonstra não só aquelle accordo dos escriptores, mas ainda a tendencia da jurisprudencia para forçar as rigorosas consequencias do direito commum, mediante a faculdade de apreciação do facto, e a grande elasticidade do principio que admite a responsabilidade por culpa *levissima*. Refere até uma sentença do tribunal de appellação de Roma, que obriga á indemnização o empresario, *presumindo*

de pleno direito a culpa deste, como resultando do proprio facto, surgindo *ex re ipsa*.

Refere-se em séguida ORLANDO á doutrina da inversão da prova, proposta por alguns escriptores, segundo a qual, provando o operario o prejuizo soffrido, será necessario, para que o patrão fique isento de responsabilidade, que prove que o facto resultou de circumstancia imprevista ou força maior, ou foi devido a negligencia do operario; portanto, o empresario que, embora tivesse procedido sem culpa, não conseguisse comtudo provar em juizo a sua innocencia, — e quantas verdades se não podem provar! — ficaria igualmente responsavel, como se tivesse procedido com culpa. Nesta doutrina, diz ORLANDO, apparece já, ainda que timidamente, um vestigio da theoria da responsabilidade sem culpa. Mas as razões, aliás gravissimas, com que tem sido impugnada, têm ao mesmo tempo, no seu intender, o valor de demolir radicalmente a theoria classica.

Excluir a responsabilidade do patrão no caso em que o accidente provenha de caso fortuito ou força maior, dogma fundamental daquella theoria, é uma proposição inteiramente inaceitavel e absurda, porquanto, observa ORLANDO, alludindo ás expressões de FERRARIS (1), é certo que o exercicio de

(1) FERRARIS, *L'assicurazione obbligatoria e la respon-*

qualquer industria, por mais cuidados que se tenham, importa sempre, em maior ou menor grau, perigo para o operario. Assim, uma lampada de segurança, mesmo irreprehensivelmente construida, pôde soffrer qualquer desarranjo que não seja possível prever e occasionar-se assim uma explosão de gaz numa mina; uma caldeira, por maiores garantias de segurança que offereça, por melhor que funcionem as suas valvulas e os seus manómetros, pode rebentar. Ora os prejuizos causados por taes accidentes a consciencia publica a bom direito os imputa ao empresario. O caso *fortuito* apparece na realidade como um *productio inevitavel da propria industria*, e o patrão deve supportar as consequencias que dahi advêm, assim como toma sobre si as consequencias do excesso de producção, ou da diminuição da procura, ou da ruina dos intermedios.

Reproduz tambem ORLANDO a doutrina de FUSINATO(1), segundo a qual não deve admittir-se a irresponsabilidade do patrão, quando o accidente seja devido directamente a imprudencia do operario, o que se imporia como consequencia inadiavel

sabilità... pagg. 8-9. Roma, 1890. Cit. por ORLANDO. Obr. cit., pagg. 336-337.

(1) FUSINATO, *Gl'infortuni sul lavoro e il diritto civile*, pag. 63, Roma, 1877, cit. por ORLANDO, pagg. 337-338.

na theoria da culpa, que proclama a exoneração do auctor do damno, quando este seja devido a negligencia do prejudicado. O longo habito das occupações perigosas, diz FUSINATO, a repetição continua e mecanica do mesmo trabalho acabam por habituar fatalmente o operario ao perigo e a condemná-lo a ser negligente; a vista constante do perigo torna o trabalhador insensivel a este, temerario e imprevidente, levando-o a esquecer as mais elementares regras de prudencia, muitas vezes até no interesse da sollicitude do trabalho(1). Se, pois, a confiança temeraria no perigo é uma consequencia inevitavel do trabalho, e se ha imprudencias dos operarios que se acham em certo modo intima e invencivelmente relacionadas com o trabalho, os infortunios que dahi derivam devem, quanto aos effeitos, equiparar-se aos que têm a sua origem na industria.

Destas observações resulta, não só o elemento negativo da evolução da ideia da responsabilidade, que consiste na ausencia da culpa, mas ainda o lado

(1) No congresso de Milão de 1894, dizia um orador que «entre os operarios, os mais prudentes não são os melhores», alludindo ao facto de os operarios, num generoso arrebatamento para que o seu trabalho seja mais productivo, se exporem a perigos a que succumbem.

positivo, que se encontra na ideia economica do *risco*; conceito este que envolve aquelles accidentes que, considerados isoladamente, se apresentam como impossiveis de previsão ou como acontecimento fortuito ou de força maior, mas que se acham todavia estreita e necessariamente ligados ao exercicio da industria em que sobrevêm, e que, considerados na generalidade dos casos e nas grandes medias, se apresentam como um effeito inadiavel da propria industria. Exige portanto a justiça que o empresario, assim como aproveita com os lucros que eventualmente se produzem, suporte indistinctamente os prejuizos e perdas eventuaes. É a doutrina do *risco profissional*, que faz derivar a obrigação de reparar os prejuizos do exercicio da propria industria, e que leva ao estabelecimento do seguro obrigatorio para o patrão. A instituição classica da responsabilidade, conclue pois ORLANDO, ainda nesta materia se apresenta como insufficiente, devendo prescindir-se do elemento da culpa na pessoa do auctor do facto prejudicial para o tornar responsavel; e o novo criterio resulta do conceito de que o damno representa o risco inherente ao exercicio da industria, devendo pesar sobre quem com esse exercicio procura obter lucros (1).

(1) ORLANDO, obr. cit., pag. 333 e seg., § 9.

A theoria classica da responsabilidade aquiliana revela-se, pois, na opinião de ORLANDO, inteiramente insufficiente no caso especial da indemnização pelos accidentes do trabalho, em que se deve ver simplesmente uma manifestação da evolução que indica na ideia de responsabilidade.

Vejamos se realmente assim será, se terá acceitação a primeira premissa.

O que concluimos da exposição do notavel publicista é que os diversos escriptores, considerando attentamente o mecanismo da empresa, examinando a atmosphaera da produção industrial, em consequência das circumstancias em que esta se exerce, em attenção ás particularidades que apprehenderam no exercicio da industria, pretendem responsabilisar os padrões não só pelos prejuizos que derivam de caso fortuito ou força maior (FERRARIS), considerando que a empresa industrial importará no seu exercicio perigos inevitaveis, quaesquer que sejam as precauções tomadas, e que esses prejuizos, que de um modo generico se diriam provenientes de circumstancia imprevista ou força irresistivel, nesta situação se não poderão haver por taes, mas ainda pelos que sejam devidos á imprudencia do operario (FUSINATO), pois que a proximidade quotidiana do perigo nas fabricas e estabelccimentos industriaes os torna insensivelmente temerarios e imprevidentes. Esses prejuizos deverão ser impu-

tados ao empresario, porquanto, assim como auferem os lucros extraordinarios e eventuaes, é justo que sobre elle recaiam os prejuizos que accidentalmente occorrerem, ficando responsavel pelo *risco professional*.

Ora se é levados pelas circumstancias peculiares que se notam no ambiente industrial, se é pela consideração da situação especial em que se acham collocados dum lado os empresarios, doutro os operarios, que aquelles escriptores chegam a tão humanitarias doutrinas, a propria especialidade do fundamento das suas conclusões impede que se generalizem.

É realmente esta a conclusão a que devemos chegar, assignalando bem que a questão do risco professional que se pretende collocar no problema da responsabilidade civil, se acha, em verdade, involta numa esphera especial e peculiar e pôde portanto reclamar providencias especiaes tambem.

E a este respeito cumpre-nos notar desde já que nos não merece applauso a doutrina por que ORLANDO revela tão grande sympathia. Mas antes de entrarmos verdadeiramente neste ponto, comecemos por fazer algumas referencias á doutrina da inversão da prova, porquanto, das considerações que adduzirmos, algumas luzes derivarão para estabelecer do nosso modo de pensar a tal respeito. Esperamos que a importancia excepcional, o relevo nunca

diminuido, a constante actualidade deste assumpto sejam justificação sobeja do tempo demorado que nos detêmos a examiná-la.

Procurando conquistar uma situação mais favoravel aos operarios pelo que respeita aos accidentes do trabalho, porquanto com os progressos do machinismo e a nova organização das industrias, se haviam tornado mais frequentes e mais graves aquelles acontecimentos, emquanto para as victimas destes desaparecia a assistencia caritativa e humanitaria que anteriormente o trabalhador encontrava na pequena officina, pelos laços de amizade que se estreitavam entre o patrão e operario, e em face, por outro lado, da enorme difficuldade da prova da culpa ou negligencia, sustentaram SAUZET e SAINCTELETTE a doutrina da *responsabilidade contractual*. O patrão fica pelo contracto obrigado a «tomar todas as medidas proprias para salvaguardar a saude, a vida dos operarios. O patrão deve prover á segurança do operario, o que significa que elle deve conservá-lo são e salvo no caso da execução do trabalho perigoso que lhe confia e que dirige; deve a cada instante podê-lo restituir a si proprio, valido como o recebeu» (1). Pelo

(1) SAUZET, *Responsabilité des patrons*, na *Revue critique*, 1883, n.º 26 e seg., cit. por BETOCCHI, *Il contratto di Lavoro nell'Economia e nel Diritto*, pag. 376 e 377.

contracto de prestação de serviços o patrão promette a segurança ao operario. «O operario, diz SAINCTELETTE, como o segurado, é um credor de segurança (*creancier de sureté*)». No caso de sinistro, o empresario, como devedor contractual, ficará responsavel pelo não cumprimento da obrigação que lhe incumbia, devendo, para declinar essa responsabilidade, demonstrar que o facto lhe não pôde ser imputado, ou que é devido a causa estranha. É pois uma consequencia da doutrina da responsabilidade contractual a theoria da inversão da prova.

Seria desejo nosso fazer uma larga critica das doutrinas arrojadas de SAUZET e SAINCTELETTE; retém-nos, porém, o receio de exceder os limites do nosso trabalho, contra cuja proporção attentariamos, tratando desinvolvidamente deste ponto, que de per si forneceria assumpto para um volumoso estudo. Observemos, comtudo, que confundem aquellos escriptores o *objecto do contracto* e o *facto* que sobrevem na execução do contracto; e a critica verdadeiramente intelligente e clara que de tal doutrina faz BETOCCHI na sua completissima obra *O contracto de trabalho* e que com grande pena não reproduzimos, é sufficiente para demonstrar que se não pôde por fórma alguma acceitar (1).

(1) C. BETOCCHI, obr. cit., pag. 376 a 403.

Voltemos, porém, propriamente ao thema da inversão da prova.

A regra de que *qui allegat probare debet*, quando na lei se estabelece uma presumpção contraria ao reu, sem que seja comtudo violada, deixa de se applicar, se assim nos podemos exprimir, pois a presumpção invocada vale pela prova adduzida. É porém necessario que da indole da relação juridica derive *à priori* um indicio de culpabilidade do citado, para que tal presumpção seja admissivel, ou que a este seja mais facil provar a sua innocencia do que ao auctor a culpabilidade do primeiro.

As presumpções são as consequencias ou illações que a lei ou o juiz tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido. Ora succede que na presumpção de que nos occupamos o facto conhecido é que os sinistros devidos á culpa do empresario constituem uma minima realmente insignificante como de sobejo mostram as estatisticas. Assim em França observou-se que doze por cento dos accidentes eram devidos a culpa do patrão, vinte por cento a culpa do operario e sessenta e oito por cento a caso fortuito e força maior, e uma estatistica prussiana de DEHN mostra que no anno de 1878, dos 6:725 accidentes succedidos na industria, 243 resultaram de culpa ou dolo de pessoa diferente da victima, 4:586 de culpa ou dolo da victima, 1:839 de caso fortuito ou força maior, e 57 de

causa desconhecida. Não devendo as presumpções ser um producto da phantasia, mas corresponder ao que na realidade ordinariamente succede, occorreria como absoluta necessidade que se demonstrasse no caso presente, que pelo menos na maior parte dos casos de accidente a culpa é imputavel ao patrão; a presumpção no caso que consideramos importa, porém, como o denuncia a estatística, a generalização de uma excepção que é assim elevada a regra geral, o que repugna visivelmente aos bons principios de direito.

Para ser verdadeira a theoria da inversão da prova, seria necessario estabelecer uma dupla presumpção contra o empresario, observa PLANIOL, em virtude da qual se podesse admittir até prova em contrario, em primeiro lugar, que o patrão procedeu com culpa, e em segundo lugar que foi essa sua culpa que provocou o accidente, quando é certo que essa presumpção de modo algum pôde resultar nem dos principios geraes, nem das obrigações convencionaes do empresario, se as analysarmos rigorosamente.

Invoca-se ainda em favor da inversão da prova a difficuldade por vezes insuperavel em que se encontram os operarios, attingidos pelos accidentes, de provar a culpa do patrão, não só por com estes desaparecerem todos os elementos que permittiriam reconstituir as condições em que se deram,

como acontece com uma explosão ou com um incendio, que tornam impossivel as indicações de testemunhas ou o inquerito do magistrado, mas ainda em vista do receio que os operarios que sobrevivem aos accidentes terão de depôr contra o patrão, em cujo desagrado podem incorrer.

Consideremos, porém, que os accidentes desta gravidade, que importam a completa destruição do local do sinistro, se apresentam, felizmente, com grande raridade, que não auctoriza de modo algum a estabelecer um principio que tenderia em ultima analyse a responsabilizar por qualquer accidente o patrão, quer da parte delle houvesse, quer não, culpa ou negligencia; estamos, pois, e isto me parece essencial para a justa apreciação da doutrina que adiante apresentaremos, em face de casos excepçionaes, que não é licito generalizar. Mas observemos ainda que em muitos casos, não obstante o accidente motivar a ruina do estabelecimento e attingir todo o pessoal, se tẽem podido recolher provas sufficientes para estabelecer com toda a clareza a culpa do empresario.

E com relação ao segundo argumento deduzido do receio das testemunhas em depôr a verdade contra o patrão, parece-nos que envolve um imperdoavel desconhecimento das ideias e sentimentos que actualmente lavram no seio da classe trabalhadora. Não é, certamente, rasoavel admittir que aquelles

que hoje se ligam para arrojadamente impôr aos empresarios por vezes as mais exageradas exigencias, aquelles que, temerariamente, numa firme solidariedade, se unem em aggressivas colligações contra os industriaes, ponham de lado esse arrojo, essa temeridade, que atraícoem essa solidariedade, quando sejam chamados a defender os interesses de um ou mais dos seus companheiros que sejam victimas de qualquer accidente. É de excessiva ingenuidade, é mesmo anti-cientifico suppôr que a classe dos operarios se curve interesseira sob o receio de incorrer no desagrado dos patrões, sacrificando a esse receio a sorte dos seus membros mais infelizes, preterindo immoralmente, com lamentavel prejuizo da justiça, as suas obrigações de classe, os seus deveres de solidariedade. E se assim não succede em geral, porque succederia nesta contingencia especial?

Passemos, porém, agora á determinação do principio que deve fundamentar a responsabilidade por estes prejuizos, e vejamos se serão, na verdade, justas as accusações que ORLANDO faz a este respeito. Não se nos afigura que sejam realmente tão inadmissiveis e injustas, como á primeira vista poderão parecer, as consequencias que derivam do principio tradicional da culpa.

Se é por negligencia, ou imprudencia do patrão, por elle, por incuria ou espirito de economia,

não ter empregado todas as precauções e cuidados que a sciencia aconselhe e a lei determine, nenhuma duvida ha de que deverá indemnizar os operarios pelos prejuizos soffridos, e que a elle exclusivamente são devidos; se é, porém, o operario que por negligencia motiva o accidente, se é elle a causa do proprio damno, muito embora a sua longa pratica na officina o familiarize com o perigo e o torne mais imprevidente, entendemos que deve supportar as consequencias da sua imprudencia, da sua incuria, não devendo esquecer-se o principio de que: *qui sua ex culpa damnum sentit non intelligitur damnum sentire*.

Essa mesma pratica os deve advertir melhor dos perigos de uma certa occupação, e, portanto, os aconselhará a serem mais cautos no seu desempenho. Se os operarios com a repetição diaria do mesmo trabalho se tornam realmente temerarios e imprudentes, no seu proprio interesse deverá o patrão tomar todos os cuidados e expedientes necessarios para impedir os desastres que d'ahi possam surgir no seu estabelecimento, augmentando a vigilancia e fiscalização na officina e aperfeiçoando a direcção dos trabalhos, sobretudo dos mais perigosos. E nestes termos, desde que os desastres que realmente provêm dessa demasiada temeridade do operario envolvam falta de vigilancia, ou menos assidua fiscalização, ou menos cuidadosa direcção

dos trabalhos industriaes por parte do empresario, isto é, quando este não tenha tomado todas as precauções necessarias, segundo as circumstancias, para contrariar e corrigir essa *imprevidencia profissional* do operario, então será elle o responsavel, como culpado, pelos prejuizos que do accidente provierem; e assim não se poderá já clamar contra o rigor de deixar os operarios sem indemnização nos casos de accidentes devidos á sua imprudencia, quando essa é uma consequencia inevitavel do exercicio da propria industria, pois que será nestes termos muito restricto o numero dos casos em que realmente seja o operario quem supporte os damnos provenientes da sua familiarização com o machinismo.

Convem não exaggerar as cousas, sendo para nós unicamente esse exaggero que levou aquelles escriptores a doutrinas tão radicaes, sem que vissem as consequencias que dellas derivavam. Na realidade, não sendo o operario inconsciente, não se poderão pôr os interesses do patrão á mercê da maior ou menor prudencia daquelle. Quer os accidentes provenham de causa estranha á industria, quer da acção do operario, quer do ambiente da mesma industria (disposição do machinismo, modo de construcção das differentes accommodações da officina, direcção e distribuição dos trabalhos, ordens dadas aos operarios, etc.)

em todos estes casos o perigo póde ser aggravado pela negligencia do homem, ou diminuido pela sua prudencia ou diligencia, sendo incontestavel que é com a prudencia na *organização e execução* do trabalho que se evitam e previnem os accidentes, sendo, portanto, necessario que cada um saiba que supportará as consequencias da sua incuria ou desleixo.

É, pois, inteiramente absurdo tornar o patrão responsavel nos termos referidos, porquanto se deve ter sempre em vista que o trabalho do operario é consciente e não se póde fazer delle um irresponsavel. É o operario que procura as machinas e os estabelecimentos em que estas são mais aperfeiçoadas, em vez de os evitar, considerando-as como o seu meio de subsistencia; procura os grandes estabelecimentos onde o machinismo tem maior potencia, porque a grande producção é um indicio de prosperidade, e o salario varia em regra proporcionalmente á producção; é portanto elle que livre e voluntariamente se approxima da producção, sabendo perfeitamente aquillo a que se expõe, os perigos que ha de affrontar, tendo o cuidado de estipular as suas condições em consequencia.

E não menor aversão nos inspira, de certo, a pretensão de tornar responsaveis os patrões pelo caso fortuito ou força maior. Reconhecemos sem duvida que certos accidentes se devem considerar

inseparáveis da industria; não negamos de modo algum o risco profissional, mas observamos que não ha titulo justificativo da attribuição dessa responsabilidade aos patrões.

É porque, se aproveitam com os lucros extraordinarios, repugna que não supportem os prejuizos eventuaes?

Comecemos por observar que se são estas as exigencias dos partidarios do risco profissional são descabidas as suas reclamações; nada têm, em verdade, de que se queixar. Com effeito o empresario, que lucra com o excesso de producção, perde com o augmento da offerta e tambem soffre os prejuizos que dos accidentes advêm á sua officina e que por vezes motivam até a sua inteira ruina. Até aqui vai a força daquella consideração, mas para chegar até á indemnização daquelles que com elle partilham do prejuizo e do accidente, é necessario procurar e invocar outro fundamento, é preciso adduzir outra consideração. Observemos em segundo logar que o salario que o operario recebe é o equivalente do risco e dos sacrificios inherentes ao trabalho.

«Não é equitativo, diz FUZINATO, que o operario deva supportar o risco do infortunio, sem que a isso corresponda uma eventualidade de ganho».

Não tem realmente razão de ser esta objecção,

porquanto, na verdade, tende o salario do operario a proporcionar-se a todo o complexo de sacrificios que o trabalho importa. Se muitas vezes essa retribuição se não mantem nessa proporção, observemos que tambem em muitos e frequentes casos ella não é do mesmo modo proporcionada ás despesas e ao tempo que requer a educação, nem ás despesas que o operario tem necessariamente que fazer para se manter com a correcção e decencia que o seu emprego ou a sua occupação reclama. Não tem, pois, que se estabelecer agora uma theoria para os accidentes de trabalho, tratando-se apenas de um caso especial de um problema mais vasto que é o das cousas que obstem a que o salario se proporcione a todos os sacrificios inherentes ao trabalho. O que é incontestavel é que, ao realizar o contracto de prestação de serviços, o operario se sujeita a affrontar os perigos que são da natureza da industria, excluindo apenas os que directamente dependem do empresario, como os que resultam da imperfeita organização do trabalho, da falta de precauções e expedientes, etc., porque de contrario o operario renunciaria por contracto á sua integridade pessoal, contrariando assim os principios fundamentaes do direito.

Assim como no contracto o consentimento recái sobre o trabalho, delimitando o serviço que deve ser executado pelo operario, assim tudo o que se

apresenta como consequência necessária do trabalho é *consentido* pelo empresário e pelo operário; não é *facto proprio* de uma das partes, e por isso não pôde dar lugar a responsabilidade.

Portanto e em conclusão digamos que, se na verdade, como observa FERRARIS, os accidentes dependentes de culpa são decerto modo necessários, e intimamente ligados á industria como circumstancia inevitavel, isto apenas dará lugar a um assiduo movimento de criação de instituição de seguro para operários, apenas inculca ao Estado o seu dever de intervir em favor dos trabalhadores em risco, em cumprimento do seu mister de protecção social, e de modo algum poderá auctorizar a attribuir arbitrariamente a responsabilidade aos patrões; se bem que o operário ao escolher o seu trabalho, ao entrar numa officina, não proceda tão livremente como á primeira vista poderá parecer, certo é que sabe o risco que vai experimentar, e, não sendo uma actividade inconsciente, seria arbitrario responsabilizar o patrão pelos prejuizos que áquelle advenham, porquanto, soffrendo tambem os patrões os estragos dos accidentes, isso importaria em muitos casos a sua ruina, e collocar-se-iam os seus interesses á mercê da imprevidencia do operário.

Sustenta a este respeito o Sr. Dr. GUILHERME ALVES MOREIRA nas suas *Lições de direito civil* uma doutrina intermedia, segundo a qual, partindo da

distincção entre caso fortuito e força maior, apenas acceta a theoria do risco profissional restricta aos accidentes que derivam do caso fortuito e que sejam inherentes ao proprio exercicio da industria, não abrangendo portanto os que provenham de força maior, externa, ou estranha a esse mesmo exercicio, pelos quaes o patrão não deve responder. «Devendo ter-se, porém, em consideração, não só os interesses do operário, escreve o douto professor cujas sábias opiniões tanto respeito nos inspiram, mas tambem dadas as condições necessárias para o desinvolvimento industrial, de que depende a riqueza do país e o futuro das proprias classes trabalhadoras, parece-nos que a indemnização de perdas e danos pelo risco profissional deve estabelecer-se dentro de limites moderados, quando não haja culpa da parte do patrão, e que não só deve excluir-se o direito a indemnização, quando o accidente seja causado intencionalmente pelo operário, mas attender-se á culpa grave da parte d'elle, pelo menos no quantitativo da indemnização» (1).

Singular doutrina que, receando as consequências exclusivas de dois systemas oppostos, não encontra melhor solução do que defrontar e soldar parte duma e doutra dessas doutrinas adversas;

(1) Sr. Dr. GUILHERME MOREIRA, *Instituições de direito civil português*, liv. II, pag. 515, Coimbra, 1904-905.

donde surge necessariamente a incoherencia do systema. Prescindindo por um lado do elemento da culpa, attribuindo ao patrão a responsabilidade pelo caso fortuito, soccorre-se por outro deste mesmo elemento para a graduação dessa mesma responsabilidade, considerando que a indemnização deste deve manter-se dentro dos limites moderados quando da sua parte não haja culpa grave da parte do operario pelo menos no quantitativo da indemnização.

Ou bem que se mantem o criterio da culpa como fundamento da responsabilidade civil, cumprindo então acolher lealmente todas as consequencias do systema, ou bem que se rejeita este criterio, e então urge repudiá-lo definitivamente. No primeiro caso sómente sobre esse elemento deverá assentar a responsabilidade; no segundo, delle se torna independente essa mesma responsabilidade.

Doutrina, porém, além de tudo, que, embora baseada em poderosas considerações de politica social, suscita na pratica inumeras difficuldades que se apresentam como insuperaveis (1).

(1) C. BETOCCHI, obr. cit., cap. v, §§ 2, 3, 4 e 5, pag. 313 a 434. Sr. Dr. GUILHERME ALVES MOREIRA, obr. cit., liv. II, cap. II, § 106, *Do serviço salariado*, pag. 509 a 516.

Voltemos comtudo novamente ás considerações de ORLANDO, que nos propoemos examinar. Proseguindo na sua demonstração, passa este notavel publicista a occupar-se da responsabilidade por *culpa levissima*. No conceito da culpa distinguem-se diversos graus, determinados pela maior ou menor imprudencia, maior ou menor possibilidade de previsão do facto prejudicial e da maior ou menor facilidade de o prevenir; ora, do mesmo modo que a *culpa lata* se compara ao dolo, similhantemente, diz ORLANDO, se deveria equiparar a culpa levissima ao caso fortuito, exonerando aquelle a quem era imputavel da indemnização pelo damno que uma pessoa mesmo sagaz e circumspecta difficilmente poderia prever, e que apenas tem logar uma vez sobre mil. É certamente um facto licito andar de carro pelas ruas publicas, e até com uma relativa velocidade, aliás cessaria a utilidade deste meio de transporte; se occorre um accidente, sendo essa velocidade, embora moderada, sufficiente para impedir que se possa fazer parar instantaneamente os cavallos, tem logar a obrigação de indemnização, por culpa levissima, porque, podendo prever o accidente, devia o cocheiro levar os cavallos a passo, o que equivale a pretender que tivesse o auctor do damno andado a pé. Assim se tornam illicitos pelo direito muitos actos que o senso moral permite como licitos e que todos os dias se praticam.

E a tendencia dos romanistas para attenuar o rigor na applicação do conceito da culpa, admitindo que a culpa levissima induz em responsabilidade, confirma, no ver de ORLANDO, a conclusão que tira das considerações adduzidas: a tendencia para uma subordinação da ideia de culpa que vai até á eliminação deste elemento. Collocado o dilemma por fórma que, ou se havia de obrigar á reparação do damno causado quem procedera com a minima negligencia, obedecendo á propria natureza humana, ou se havia de deixar um damno por indemnizar, prevaleceu em face da justiça o interesse do desventurado, lesado por um acto de terceiro.

Não nos parece de modo algum que as consequências que resultam da admissão de responsabilidade por culpa levissima vão tão longe como observa ORLANDO, a ponto de declarar illicitos actos que todos os dias se praticam e que o senso moral denomina licitos. Assim, do exemplo que apresenta não podemos deduzir que andar de carruagem seja um facto illicito, tanto que, se não se causarem desse modo prejuizos a terceiro, ninguém poderá denunciar aquelle que anda de carruagem, e obrigá-lo a dar contas simplesmente desse facto; o facto illicito de que provirá responsabilidade está apenas em causar um damno a terceiros, por esse meio, no caso presente, como de um modo geral por qualquer outro facto, quer por falta do cuidado que mesmo

uma pessoa *circumspecta* difficilmente teria, quer por culpa grave; desde que uma pessoa pratique esse mesmo facto usando da devida prudencia, evitando com as necessarias precauções qualquer prejuizo, não se poderá dizer que *commetta* um facto illicito por que tenha de responder.

Entendemos, porém, que attribuir, no caso figurado, responsabilidade ao auctor do damno, envolve uma offensa á theoria que assenta essa responsabilidade sobre o elemento da culpa, e não a demonstração da tendencia que nesse facto ORLANDO pretende ver.

No caso que ORLANDO figura, não envolvendo negligencia o acto praticado pela pessoa que anda de carruagem, não póde para nós dizer-se que haja, como pretende o mesmo escriptor, *culpa levissima*; a chamada *culpa levissima* corresponde nestes termos á ausencia de culpa. Concordamos inteiramente com GABBA em affirmar que a falta de diligencia é culpa que dá logar a responsabilidade, e que a culpa levissima se acha já incluída no conceito de *culpa levis*, que é a falta de diligencia de uma pessoa que usa nos seus actos de toda a diligencia possivel, de fórma a não causar damno a outrem; e que só *objectivamente* se póde distinguir entre *culpa levis* e *levissima*, attendendo á maior ou menor diligencia a que correspondem, mas não *subjectivamente*, *juridicamente*, porque a figura do

bom pae de familia a quem se refere a culpa leve representa uma pessoa que em todos os casos emprega toda a diligencia necessaria para evitar um damno a terceiro. Assim uma pessoa que, circulando de carro pelas ruas publicas, causa um prejuizo qualquer, se procedeu com negligencia, responde por esse prejuizo, quer a culpa seja consideravel quer seja insignificante, distincção esta que só objectivamente se comprehende; se procedeu sem incuria, nada terá que reparar, achando-se em face de um caso fortuito. É em harmonia com as circumstancias que se aprecia se houve ou não culpa, não podendo, portanto, esta questão encerrar-se de um modo generico e theoreticamente. E assim, um facto que é em si licito, só pôde dar logar a responsabilidade pelos prejuizos que com elle se causem, quando se apure das circumstantancias, que o revestiram, que a sua pratica foi realmente acompanhada de culpa, e não quando signifique apenas um caso fortuito.

E a tendencia dos romanistas, a que ORLANDO se refere, antes significa um esforço empregado para corrigir o equivoco que leva a designar por culpa levissima um caso de força maior e que a legislação secunda, do que a tendência para a eliminação gradual do elemento da culpa.

Mais valor liga, porém, ainda ORLANDO á sin-

gular theoria da *culpa in re ipsa*, admittida pela jurisprudencia, segundo a qual certos casos ha em que a culpa se acha implicitamente no proprio facto de que a outrem advêm prejuizos, bastando então a prova do facto adduzida pelo auctor para que implicitamente se ache provada a culpa do accusado, que terá por sua vez que demonstrar que a culpa lhe não é realmente imputavel, para que seja relevado da responsabilidade que nelle se presume. O fundamento que se allega na maior parte das sentenças, diz ORLANDO, não é o de que a culpa resulta demonstrada pelo auctor que prova o facto, por um meio de prova legal, a presumpção judicial; ha um damno, ha um direito offendido e presume-se a culpa. Vai-se assim de encontro á lei, além de que, continúa o referido jurisconsulto, um tal raciocinio inspira-se na ideia de que basta a lesão de um direito para ter logar a indemnização, o que vem contradizer fundamentalmente a classica theoria da responsabilidade aquiliana.

Não podemos deixar de concordar com a censura que ORLANDO adduz á doutrina arrojada e arbitraria da jurisprudencia, emquanto, commettendo uma illegalidade, pôde praticamente conduzir a abstrahir do elemento da culpa, que é substancial na theoria classica. Mas não esqueçamos que é inspirada na ideia, na supposição, e esta é que é arriscada e contestavel, de que o facto é *culposos*, de que

a culpa está *in re ipsa*, que a jurisprudência desinvolva a doutrina referida, e prescinde da demonstração do auctor. Estabelecida a presumpção, dá-se a inversão da prova e, desde que o auctor do facto demonstre que da sua parte não houve culpa, cessa a sua obrigação. É, portanto, a ideia de culpa que anda ligada á responsabilidade.

Vê ainda ORLANDO um golpe importante vibrado á theoria classica da responsabilidade aquiliana no facto de se affirmar a responsabilidade em casos em que apparece excluido o elemento da culpa. Assim, o proprietario que usando da coisa que lhe pertence, prejudica com esse uso outro proprietario, não deverá em regra responder pelos damnos causados, não incorrendo geralmente em culpa, visto não commetter um facto illicito em si, quando procura melhorar a sua propriedade; não está em culpa pelo bem conhecido principio: *qui suo jure utitur nemini injuriam facere videtur*. Não obstante isto, porém, diz o notavel professor italiano, affirma-se em geral a sua responsabilidade. Figura o caso de um proprietario que faz na sua terra uma plantação de arroz; as aguas, escoando-se por infiltração, vão causar um prejuizo na propriedade adjacente. Não se póde tomar para base da responsabilidade, que neste caso se queira attribuir ao primeiro proprietario, o elemento da culpa, visto

que elle procedia com o intento em todos os pontos licito de melhorar a cultura das suas terras. Admitte a Cassação de Napoles que, de um modo geral, nos casos de prejuizos causados aos predios de um vizinho, no exercicio de um direito tornado effectivo nos limites do proprio predio, o fundamento da indemnização está no principio de que «a ninguem é permitido usar do proprio direito em prejuizo de outrem». Sái-se porém deste modo, diz ORLANDO, da responsabilidade aquiliana para se entrar noutra noção de responsabilidade diversamente concebida.

Parece-nos, porém, que ainda neste caso é a culpa ou negligencia que vem explicar a obrigação de indemnização dos prejuizos causados. Não contestamos que de certo modo, em certos casos, o principio de que *qui suo jure utitur nemini facit injuriam* se opponha á imputação da responsabilidade a quem cause prejuizos ao predio vizinho; mas aquella formula, intendemos, deve realmente ser limitada e combinada com est'outra de que «a ninguem é licito usar do proprio direito com prejuizo de outrem», ou, de um modo geral, pela consideração de que cada um tem que respeitar os direitos e a propriedade alheia, e de que ninguem tem o direito de prejudicar livremente os outros. É, lembre-se, um simples dever de solidariedade social, o que nos manda sacrificar, por vezes, o nosso bem

estar para não prejudicar os outros naquillo que lhes é necessario. A condição primaria e fundamental de coexistencia social consiste em adaptar a nossa actividade e esphera de acção á actividade e esphera de acção dos outros; só emquanto as nossas faculdades são compatíveis com as faculdades dos que conosco vivem no mesmo meio comportam a designação de *direitos*. E todo aquelle que menospreza este principio, esquecendo os prejuizos que no uso do seu direito de propriedade poderá causar á propriedade do seu vizinho, pretere o seu dever, esquece uma obrigação de caracter geral incorrendo portanto em *culpa* caracterizada. E já assim se não sá, pois, como objectava ORLANDO, do campo da responsabilidade aquiliana, entrando-se noutro conceito de responsabilidade.

Em nosso abono chamamos a auctoridade de GABBA que afirma que a razão da responsabilidade no caso controvertido deriva da equidade, elevada esta á qualidade de principio geral, ou antes generalissimo, de direito, e não só civil como de direito em geral; um daquelles *principios geraes*, diz GABBA, a que se refere o artigo 3.º, tit. prel. do código civil italiano, interpretado num sentido lato e não naquelle mais restricto em geral preferido. Esse principio é que todo o direito existe e é reconhecido pela lei, emquanto é condição da pacifica coexistencia social e não como meio capaz de tor-

nar essa coexistencia impossivel. Não se poderá, pois, por força deste principio, admittir propriamente direito de propriedade que não seja limitado e condicionado por forma que não torne impossivel ou inutilize a propriedade do vizinho; a opposição que se afirma existir — e aqui impetramos especial attenção — entre o principio de que: *qui suo jure...* e as limitações legais do dominio immobiliario, diz o notavel jurisconsulto, é meramente escolastica e tradicional, e *nem assim é verdadeiramente «incolpevole» o danno de que vimos tratando*, mas apenas hypotheticamente, isto é, em relação sómente áquella escolastica e tradicional opposição (1).

Figura ainda ORLANDO o caso de um comboio atravessar na sua marcha um campo, e de uma fagulha casualmente despedida pela locomotiva ir provocar um incendio nesses campos marginaes, dando assim logar a graves prejuizos; será neste caso a companhia obrigada a indemnizar o proprietario do campo pelos danos que lhe advieram do incendio causado pela locomotiva? Não ha decerto negligencia nem imprevidencia no facto de o comboio atravessar o campo

Presumamos a hypothese de não ter havido

(1) GABBA, obr. cit., pag. 254 e 255.

imperícia do machinista, ou de não haver defeito na machina, diz ORLANDO; estamos em presença de um verdadeiro caso fortuito. e, não obstante isto, a jurisprudencia franceza e a italiana têm responsabilizado sempre as companhias de caminhos de ferro.

É, porém, ORLANDO, pelos termos em que apresenta o caso, quem nos dá os elementos para a solução daquelle exemplo, porquanto, apresentado o caso nu e cru, sem mais indicação alguma, não seria possível suggerir uma resposta decisiva; assim se, na realidade, das circumstancias em que o facto se deu resulta que o incendio foi devido a defeito da locomotiva, ou a imperícia do machinista, como por exemplo, se elle deitou carvão na fornalha na occasião em que atravessava um campo em estado tal que facilmente se poderia incendiar, ficará a companhia obrigada, neste caso, a prestar a devida indemnização, e é sobre a *culpa* que assenta essa obrigação. Se nenhuma dessas circumstancias se verifica, isto é, se o damno resulta de caso fortuito, ou se o incendio se deu por culpa do proprietario do campo, como se elle poz um monte de palha ou de lenha, ou de qualquer materia facilmente incendiavel, na vizinhança da linha ferrea, em nenhum destes casos terá logar, em nosso entender, a responsabilidade da companhia. No exemplo apresentado, portanto, como em geral, é ás circumstancias

que o facto reveste que se deve attender para determinar se envolve ou não culpa, derivando dahi a existencia ou ausencia de responsabilidade.

Apresentando-se com uma certa frequencia inconvenientes desta ordem, e sendo, quando menos, sempre possíveis, devemos analysar com cuidado a situação, considerando que se tomam já de antemão certas precauções prescriptas até pelos regulamentos, para impedir e prevenir quanto possível esses accidentes. Assim, uma dessas medidas consiste em obrigar os proprietarios dos terrenos atravessados pelas linhas ferreas a deixar junto a essas linhas uma tira de terreno arado e nu; se o damificado não tinha tomado essa precaução prescripta pelos regulamentos, ou, de um modo geral, se tinha que se accusar da não observancia de qualquer regulamento ou de regras communmente seguidas, nada poderá exigir da companhia visto ser o damno devido a *culpa* sua. Mas observadas mesmo as precauções regulamentares, é ainda a *culpa*, pelo que das circumstancias se apurar, que resolve a questão.

Consideremos o caso que GIORGI refere e que teve logar em Italia na noite de 27 de julho de 1873.

Pouco depois da passagem do comboio que saíra de Roma para Livorno, na matta da quinta Marsili, entre Talamone e Grossetò, levantou-se

um incendio tal que apenas ao fim de tres dias se conseguiu extinguir. Averiguadas as circunstancias, descobriu-se que algumas faiscas vindas da machina pegaram fogo a uns colmos que a administração deixára por cortar junto á linha; dahi, pela acção do vento, o incendio propagára-se ás sebes proximas e ás arvores da matta. Nestas condições, era clara a culpa da administração e por isso, em nosso ver com innegavel razão, o tribunal de Florença assegurou ao damnificado, com duas sentenças conformes, a indemnização por perdas e danos (1).

Nem se nos afigura que tenham especial significação as sentenças que ORLANDO refere e que apenas nos parecem arbitrarías.

Numerosos são os casos de damno *incolposo* (*incolpevole*), diz GABBA, e por isso se comprehende e justifica a tendencia da jurisprudencia franceza e italiana a alargar por analogia o numero desses casos.

Allude, porém, em especial ORLANDO a uma sentença da Corte de Turim, em que se pondera que constituindo a exploração de uma linha ferrea por meio duma locomotiva que constantemente vai es-

palhando faiscas e carvões incandescentes, um perigo de tal modo grave para as propriedades adjacentes, que se não póde admittir a auctorização de tal exploração, não obstante a observancia das precauções prescriptas, desde que estas se reconheçam insufficientes, o concessionario não póde deixar de indemnizar aquelles prejuizos que são uma consequencia directa do seu facto susceptivel de previsão. Ora nos termos desta sentença são perfeitamente applicaveis ao caso presente as considerações que antes adduzimos relativamente aos direitos do proprietario; e a obrigação do concessionario deriva da sua negligencia na observancia daquelle dever social que limita o exercicio de todos os direitos (1).

A insufficiencia do instituto classico da responsabilidade, diz ORLANDO, que notamos no thema especial da actividade do Estado, apparece, pois, nos diversos casos successivamente analysados, sem que, comtudo, se possa dizer accidental esta coincidencia; e quando uma determinada instituição de direito commum se apresenta simultaneamente

(1) GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, tom. v, pag. 470 e segg., n.º 314.

(1) Vid. ORLANDO, obr. cit., §§ 10, 11 e 12 de pag. 340 a 356. C. F. GABBA, obr. cit. *Misura della respons. nel danno contratt. e nel danno extracontratt.*, pag. 213. *Il danno incolpevole*, pag. 253 a 255.

em diferentes campos como não conforme ao sentimento juridico, devemos afirmar que essa instituição ameaça transformar-se, procurando adaptar-se ás necessidades e ás ideias recentes, a que já não satisfaz a fórmula antiga. Teremos uma prova completa desta afirmação se entre os motivos que determinam essa insufficiencia nas diferentes espheras notarmos verdadeira analogia, ou, antes, identidade. E observa ORLANDO que realmente, tanto no caso da responsabilidade do Estado, como no thema da responsabilidade indirecta do commitente, como na indemnização dos accidentes de trabalho, como na responsabilidade por culpa levíssima, na theoria da culpa *in re ipsa*, na responsabilidade do proprietario, em todos os diversos casos, enfim, successivamente observados prevalecem sempre as duas seguintes razões: a necessidade de indemnizar o direito lesado e a ideia de que deve supportar conjunctamente o risco quem exerce uma actividade mediante a qual realiza lucros.

E assim, entra ORLANDO na determinação do novo criterio de responsabilidade, que já deixámos delineado e que, como vimos, era — referimos o elemento negativo — uma responsabilidade sem culpa. Mas uma responsabilidade sem culpa, ou em que a culpa seja um elemento esquecido e des-

prezado, apresentar-se-á, escreve o notavel jurisconsulto, incompativel com algumas categorias rigidias do formalismo juridico; apenas estariamos, porém, em face d'uma simples questão de palavras, quando é certo que se impõe como absoluta necessidade a afirmação de que um facto *licito* possa em certos casos determinar a responsabilidade do seu auctor, condemnando-se assim o preconceito de ligar a ideia de responsabilidade indissolavelmente á de facto illicito. Nem será difficil conservar o velho formalismo adaptando-lhe o novo, dizendo que se trata de uma nova fonte de obrigações que occupam o logar intermedio entre os quasi-contractos e os quasi-delictos, tendo de commun com os primeiros a eventualidade de derivar de um facto lícito, e com os segundos a medida de indemnização, que se estende a todo o prejuizo soffrido.

Deixamos já assim enunciada a fórmula de ORLANDO, segundo a qual todo aquelle que no exercicio de qualquer empresa ou actividade lesa um direito de terceiro, deve reparar o prejuizo causado, mesmo que o damno não involva da sua parte culpa ou negligencia. A raiz ou o fundamento do principio formulado encontra-se numa verdade de ordem economica, achando-se nesta correspondencia da ordem juridica e da ordem economica, no entender de LORIA, a maior prova de que o risco constitue um elemento de toda a empresa ou qual-

quer forma de actividade. Na propria definição de empresa se encontra o elemento do risco, sendo aquella a união por conta e perigo proprio (*risco*) de forças productivas para um fim de produção; donde se vê o aspecto característico que naquella assume o risco.

E nesta ideia estão comprehendidos todos aquellos acontecimentos que se apresentam como insusceptíveis de previsão, relativamente aos quaes, por maiores precauções que se tomem, não ha prevenção possível. Ora é obvio que o empresario, do mesmo modo, diz ORLANDO, que aproveita com os acontecimentos favoraveis, que se poderão denominar *activos*, dos quaes advêm por vezes lucros colossaes, deverá tambem tomar sobre si os factos prejudiciaes, isto é, os *passivos*, que importam diminuição no patrimonio, os quaes por via de um calculo de probabilidades, que com o criterio das grandes medias chega a um grau de exactidão mathematica, se podem considerar como um *effeito ordinario* da industria. Se aquellos prejuizos isoladamente considerados apparecem como resultado de um verdadeiro facto accidental, ou de força maior, como o rebentar de uma caldeira, o incendio causado por uma locomotiva, considerados, contudo, como partes de uma maior ou menor multidão de factos analógos, apparecem, na verdade, como effeito inevitavel e directo da industria exer-

cida. Assim, continua ORLANDO, nas industrias que empregam machinas a vapor, o accidente da caldeira que rebenta, e, na industria ferro-viaria, o incendio motivado pela locomotiva, apparecerão já como um effeito inevitavel. Ora, se o facto prejudicial se apresenta como um effeito da propria empresa, se depende do proprio risco profissional ou industrial (em sentido lato), por nenhuma razão, nem moral, nem juridica, nem economica, se poderá pretender que qualquer pessoa estranha á empresa seja obrigada a supportá-lo, e não a que exerce a mesma empresa ou actividade a que aquelle risco anda connexo; quer da sua parte haja culpa, quer não, deverá esta supportar esse risco; se este está inherente á empresa, deve tomá-lo sobre si quem gosa os lucros que da mesma empresa lhe advêm, comprehendidos os de natureza alleatoria. E o que se diz de uma «empresa» em sentido restricto é applicavel a qualquer forma de actividade individual ou collectiva, por identidade de razões.

E passa então ORLANDO a mostrar a applicação generica do novo criterio de responsabilidade. Assim, observa, é visivel o cabimento daquelle fundamento no caso da responsabilidade dos patrões pelos accidentes do trabalho. O empresario supporta as consequencias dos prejuizos que resultam do caso fortuito, porque elles são uma consequencia inseparavel da sua industria, soffrendo-os por-

tanto elle, como aconteceria com qualquer risco que dependesse dessa empresa; do mesmo modo a responsabilidade pelos damnos eventuaes duma industria, como a de linhas ferreas, recái sobre quem a exerce, visto que, gosando das vantagens, deve supportar os prejuizos inherentes á mesma industria. Quem anda de carro é innegavel que experimenta uma vantagem, que recebe um commodo, e innegavel é tambem que este modo de locomoção implica um certo perigo, um certo risco; ora no caso de, por esse meio, se causar um damno a alguém, é justo que a reparação recáia sobre aquelle que, em vantagem ou commodo proprio, quiz correr o risco, sendo indifferente que haja procedido com culpa ou sem ella. Por esta mesma fórma se explica ainda a responsabilidade de quem no uso do seu direito de propriedade causa um prejuizo a um vizinho. Se bem que o acto que pratica seja *licito*, o damno soffrido pelo propretario vizinho é uma consequencia inseparavel da empresa pelo primeiro exercida; constitue pois um risco a esta inherente e deverá recair sobre aquelle que com a empresa procura realizar vantagens e obter lucros.

Applica tambem ORLANDO o novo criterio á instituição da responsabilidade indirecta. Assim, a relação de commissão importa, num sentido amplo e livre, uma empresa para o committente, que, além do repouso e bem estar que conquista, obtem

um lucro, incumbindo outra pessoa dum negocio ou dum serviço que elle proprio tinha que emprender, lucro que poderá ser consideravel, como no caso do exercicio duma grande industria, que exige necessariamente o emprego de varios órgãos. É sem duvida um commodo, uma vantagem, ter uma pessoa ao seu serviço. A vantagem a que nos referimos é fricante e saliente em relação ás pessoas moraes, que assim obtêm, nem mais nem menos que a possibilidade de exercer uma actividade. Justo é, pois, que nestes casos soffra o risco quem aproveita com os beneficios; tendo assim inteira applicação o novo criterio, que justifica, em qualquer hypothese, a responsabilidade do committente pelo damno causado por culpa do commissionado.

Ajunta, porém, ORLANDO uma segunda justificação desta figura de responsabilidade, que vem esclarecer e confirmar o conceito formado: Quem exerce *directamente* qualquer actividade expõe-se ao *risco* de lesar o direito de terceiro e de incorrer portanto em responsabilidade, não podendo mesmo garantir-se que o emprego de uma *ordinaria* diligencia isente de causar um damno a outrem (culpa levissima). Quem manda, pois, executar por outrem os seus negocios, além da vantagem geral que recebe, e ainda de não ter que preoccupar-se em usar da devida diligencia e cautela para evitar o damno de terceiro, evitará o risco de incorrer em respon-

sabilidade. Um tal proveito, porém, sem os prejuízos, sem o risco, não pareceria certamente lícito; além de que assim se iria prejudicar seriamente o lesado, que no lugar do committente solvente encontraria o commissionado eventualmente insolvente, o que praticamente importaria que ficasse sem indemnização. Assim surge a necessidade da responsabilidade indirecta.

Parece, todavia, que é o proprio ORLANDO o primeiro a reear os resultados da sua doutrina, e, prevenindo a hypothese de se considerar como inaceitável a sua theoria por lhe depararem na pratica graves difficuldades de applicação, observa que, suppondo necessariamente a perfeição formal de um principio juridico a sua elaboração não só na sciencia como na pratica, esta, no seu caso, apenas começaria então. Devemos, porém, suggerir — e isto nos parece de algum valor — que publicada a monographia de ORLANDO em 1893, a pratica em nada tem favorecido o triumpho da sua doutrina. Continua ainda com o mesmo temor pelo seu exclusivismo, quando declara que não pretende que a fórmula que enuncia seja traduzida, sem exame ulterior, em preceito legislativo, esperando pelo contrario que a critica scientifica e posteriores applicações concretas a modifiquem, corrijam ou attenuem em algumas partes; lembra igualmente que as difficuldades, que eventualmente se poderão

encontrar na applicação da sua fórmula, são communs a todos e quaesquer principios juridicos.

Mas na verdade todas as considerações de ORLANDO se explicam desde que se attenda á série de injustiças a que na pratica conduziria a sua doutrina, e que resultam já das observações que deixámos feitas ao percorrer as differentes formas de responsabilidade que examina.

Nós, comtudo, sentimo-nos a este respeito mais decididos do que o notavel jurisconsulto italiano, não hesitando um momento em recuar perante as consequencias verdadeiramente absurdas a que levaria a sua doutrina, e que nos dispõem a rejeitá-la desde já.

A theoria da responsabilidade sobre um tal criterio seria em primeiro logar insufficiente e incompleta, como muito bem diz GIORGI na critica verdadeiramente admiravel, que succintamente dirige contra a doutrina de ORLANDO. Na verdade uma tal doutrina não proveria aos damnos provenientes de omissões, nem tão pouco proporcionaria o meio de resolver a questão da responsabilidade pelos prejuizos que reciprocamente se causem as pessoas que exercem a mesma empresa. E tomando um dos exemplos apresentados por ORLANDO, relativamente ao qual aquelle escriptor particularmente demonstra a procedencia da sua doutrina, evidencia por sua vez GIORGI a deficiencia de tal criterio, e

desta vez com muito maior resultado: andar de carro, diz ORLANDO, não é decerto um acto illicito e pôde até presumir-se que em geral se emprega nesse acto uma certa diligencia, a necessaria pericia; mas não é menos certo que este meio de locomoção, quer constitua um commodo, quer uma industria, implica um risco profissional, que nem sempre a habilidade poderá evitar. Exige, porém, a justiça, conclue, que o damno recaia sobre quem quiz correr o risco em beneficio ou commodo proprio, em nada importando que o seu acto involva ou não culpa. A responsabilidade de quem guia os cavallos, que a theoria classica procura estabelecer forçando dum modo grotesco os elementos de facto para ir descobrir a culpa onde ella realmente não existe, torna-se assim simples e clara: e sobre tudo verdadeiramente geral.

Mas esta clareza e designadamente esta generalidade é que para GIORGI são em absoluto inexistentes. Figure-se o caso de duas pessoas andarem ambas de carro numa rua: ha um choque dos dois carros e um delles fica, em virtude desse encontro, completamente deteriorado. Quem deverá nesta hypothese pagar esses prejuizos? pergunta GIORGI. Ambas tinham os mesmos commodos, exercitavam a mesma industria, expondo-se assim ao mesmo risco. Não nos ministra solução alguma para este caso a theoria do risco, obrigando-nos a concluir,

diz o referido escriptor, que deve supportar em santa paz o damno aquelle que o soffreu, quando mesmo seja evidente que o damno deriva exclusivamente de imprudencia de outrem.

A designação de *grotesca*, continua GIORGI, a caber a alguma das theorias, não será decerto á theoria classica, porquanto se perguntássemos, ainda no caso figurado do choque de dois carros, ao primeiro popular que encontrássemos e soubéssemos ter presenciado o desastre, quem é que de facto tinha a responsabilidade do succedido, elle immediatamente diria: Ticio não teve culpa, foi o outro que corria demais, que vinha em excessiva velocidade, que não reteve os cavallos ou que se não desviou. E, se o que soffreu os prejuizos é que foi o culpado, peor para elle, dir-nos-ia, nada tem que dizer visto que a culpa foi toda sua. «Em summa, conclue GIORGI, esta necessidade de recorrer á culpa para resolver o problema da responsabilidade não é uma invenção dos jurisconsultos, mas é expressamente reconhecida por todos a todo o momento, como uma manifestação natural e necessaria do sentimento innato de justiça que existe no coração de todo o homem, e sobre o qual assenta pela mesma razão a responsabilidade penal, outra face da mesmo principio» (1).

(1) GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, tom. v, pag. 402 e 403.

Reconhecendo com GIORGI que a theoria de ORLANDO de certo modo é deficiente, entendemos, por outro lado, que prova demais, voltando-se contra as consequências que della quer tirar o seu auctor.

Assim, figuremos o caso da responsabilidade pelos accidentes de trabalho a que precisamente ORLANDO dá um valor especial: o empresario, que tem os commodos da industria que exerce e que se expõe ao *risco* inseparavel dessa industria, o qual comprehende o caso fortuito como consequencia inevitavel que é do exercicio desta, deve supportar este risco do mesmo modo que tem os commodos. Mas, não obstante o respeito que nos inspira a opinião dos outros, e particularmente uma opinião de tão experimentado escriptor, parece-nos que taes considerações não levam a attribuir a responsabilidade só ao patrão.

Observamos, com effeito, que o operario empregado numa officina obtem uma vantagem, realiza um lucro; que, empregando na officina a sua actividade productiva, obtem um commodo; e não é necessario provar que se expõe a um perigo, que corre um risco continuo, não só no sentido de que a todo o momento pôde ser «arrancado do numero dos vivos ou convertido num ser iutil» para nos servirmos das proprias expressões de BOUYER (1),

(1) BOUYER, *De l'évolution de la responsabilité civile en matière d'accidents du travail*.

mas em attenção a que para elle ha sempre o perigo de lhe faltar o trabalho.

Na verdade, a todo o tempo pôde o operario encontrar-se desoccupado, ou por no estabelecimento onde trabalha se pôr fim á producção, em virtude de prejuizo que por augmento da offerta soffra o industrial, ou por qualquer outro motivo, reflectindo-se, emfim, dum modo geral, indirectamente sobre o operario os riscos que corre o patrão. Podemos, pois, dizer que o operario exerce uma *empresa*, entendida esta expressão num sentido lato e amplo; isto é, com o alcance com que ORLANDO a toma ao designar como uma industria ou como uma empresa o facto de andar de carro, ou a relação de commissão; e não podemos tambem duvidar de que aquelles perigos são inherentes á propria industria que o operario exercita.

Nestes termos, podemos pois concluir que o operario que tem os commodos da sua empresa ou do exercicio da sua actividade, commodos ou proveitos taes que é da officina que o operario vive e que é por ella que sustenta a sua familia, deverá igualmente — a justiça assim o exige — supportar aquelle risco e, para sermos logicos, para irmos até ás ultimas consequências, que deverá indemnizar o patrão pelos estragos que causar á officina com os accidentes que por si provocar.

E como este muitos outros exemplos se poderiam

apresentar, que claramente demonstram quanto é exacta, unilateral e defeituosa a doutrina de ORLANDO. Tende este escriptor a eliminar a figura do caso fortuito, entendendo que esses accidentes, se isoladamente se apresentam como impossiveis de prever, comtudo de um modo geral representam uma consequencia propria da empresa que se exerce, conduzindo assim ás maiores arbitrariedades.

Se o facto prejudicial representa uma consequencia, um effeito immediato da empresa que se exerce, diz ORLANDO, por nenhuma razão nem economica, nem juridica, nem moral se poderá pretender que um estranho a essa empresa seja obrigado a supportar o damno que della deriva como consequencia necessaria, nada importando que no facto haja ou não concurso da culpa do agente; como se poderá pôr em duvida que a indemnização seja devida por quem exercita aquella fórma de actividade com que o risco se acha connexo?

Não nos parece difficil a resposta. Na verdade figuremos o seguinte caso: uma pessoa vai atravessando num carro uma rua concorrida, mantendo um andamento regular, e no meio da rua encontra-se uma pessoa numa abstracção completa, olhando distraida para qualquer ponto, para o mostrador duma loja ou para uma janella, ou observando qualquer trabalho que se esteja realisando na rua,

caso que tanto se repete entre nós, onde a curiosidade do povo desce ás coisas mais banaes e mais vulgares; e, apesar dos avisos e do alarme do cocheiro, o incauto observador não se desvia, não sendo ao mesmo tempo possivel áquelle, por causa da inclinação da rua, parar os cavallos a tempo, fazendo estes caír o distraído e causando-lhe um ferimento; ou então, os cavallos, que de ordinario eram mansissimos, espantam-se casualmente com qualquer accidente, indo ferir um individuo nas mesmas circumstancias.

É verdade que o espantarem-se os cavallos, a impossibilidade de os segurar numa certa inclinação, por maior que seja a pericia do cocheiro, se apresentam como circumstancias intimamente ligadas a este meio de locomoção. Mas no caso por nós figurado não é dessas circumstancias que deriva propriamente o accidente, mas directa e necessariamente da negligencia do atropellado, pois que mesmo que os cavallos se espantassem, se elle usasse do cuidado necessario e imprescindivel nas ruas concorridas, teria podido fugir, e não teria o cocheiro, no primeiro exemplo, necessidade de parar o carro; é, pois, immediatamente da sua condemnavel imprudencia que o prejuizo deriva, e nada poderá justificar — assim o affirmamos embora isto pareça inconcebivel a ORLANDO — a imposição da indemnização a quem andava de carro.

Um particular que circula numa cidade de carruagem, deverá reparar sempre os prejuizos que do seu acto derivarem. Mas é obrigado á indemnização, porquê? Porque tem os commodos ou vantagens inherentes á industria ou actividade que exerce; porque tendo os commodos desse meio de locomoção pertencem-lhe tambem os incommodos? Isto é, em ultima analyse, a elle é imputavel a responsabilidade porque andava de carruagem. É pois a esta doutrina que cabe a censura que ORLANDO dirige á theoria classica, de tornar illicitos muitos actos que o senso moral permite como licitos, e que todos os dias se praticam. Lembre-se, na verdade, que andar de carruagem é um acto licito e que tal industria ou actividade representa o exercicio legitimo de um direito irrecusavel, não auctorisando, portanto, a simples pratica desse acto a imputação da responsabilidade pelos prejuizos que eventualmente a acompanhem. Nem sempre desse acto sómente, resultarão esses prejuizos, que podem tambem ser consequencia doutra industria que o lesado actualmente esteja exercendo, e de que derivem igualmente commodos ou vantagens.

Neste caso e noutros analogos é só pelo elemento da culpa que se póde dar solução á questão; sendo este ainda o criterio que realmente apresenta aquella generalidade tão disputada para a theoria objectiva pelos diversos escriptores. Na verdade, di-

gamos com GIORGI, porque é que as leis civis, no decorrer de vinte seculos e em todos os paizes conhecidos têm affirmado o criterio da culpa como criterio da responsabilidade? Porque, no dizer de GAIO, *mulionem quoque si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur «culpa» nomine teneri*. Porque, segundo ULPIANO, *in lege Aquilia et levissima «culpa» venit*. Porque, finalmente, para os proprios jurisconsultos de Roma, *aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominem uteretur*.

O sentimento natural da justiça é que conduz sempre ao criterio da culpa. Prescindir desta para resolver a questão da responsabilidade importaria uma rebellião contra todas as leis antigas e modernas, uma offensa á tradição constante, implicaria, repetimo-lo, uma desobediencia ao sentimento da justiça que surge no coração de cada um, e que revoltaria a consciencia de um espirito bem formado. Por essa fórmula collocar-se-ia o direito civil em antagonismo com o direito penal.

Nem se argumente contra esta doutrina, dizendo que parecerá estranho que a lei tenha em certos casos que presumir a culpa. Não é mais estranho, observa GIORGI, o dizer *pater est, quem nuptiae demonstrant*. As presumpções não são figuras grotescas, mas consequencias que, segundo a logica e verosimilhança natural, a lei ou o juiz deduzem

de um facto conhecido para chegar a um facto desconhecido; o termo «estranho» é realmente desconhecido, porquanto em todos os tempos tem havido presumpções simples e legaes, e sempre se existirão, emquanto houver principios de logica natural e legal (1).

Feita a nossa critica á doutrina de ORLANDO, sobre o fundamento da responsabilidade civil, vejamos agora de uma maneira mais geral se poderá acceitar-se a doutrina do *damno objectivo*, na qual incluímos a theoria deste escriptor.

A orientação scientifica não poderá dizer-se que seja favoravel a esta doutrina, porquanto VENEZIAN não fez até agora proselitos em Italia. Notaremos até que um novo e notavel escriptor, BARASSI, não receia de classificar de *brutal* a theoria do *damno objectivo* ou do *nexo causal*.

Como explicar esse facto?

É que na realidade esta doutrina traria na sua applicação as mais repugnantes injustiças. Seria realmente revoltante a serie de iniquidades a que se chegaria, admittindo que todos os danos causados a terceiro sem dolo nem culpa, com a pessoa

(1) Vid. ORLANDO, obr. cit., §§ 13 e 14, pag. 356 a 370. GIORGI, obr. e tom. cit., n.º 252 *quater* pag. 400 a 404.

ou cousa propria, devessem ser indemnizados. Tanto assim é, que o proprio VENEZIAN não parece bastante convencido da sua doutrina como these geral e absoluta, recuando perante algumas consequencias, porquanto, depois de a haver propugnado, chega a reconhecer que «circumstancias especiaes e particulares inherentes aos direitos lesados e offendidos *excluem por vezes a applicação rigida da responsabilidade objectiva, e exigem o elemento subjectivo da responsabilidade*» (1). Preciosa confissão, pois nada de mais glorioso para a doutrina classica do que ver os proprios sectarios da theoria objectiva a recorrer ao elemento subjectivo da responsabilidade, como *exigencia necessaria em circumstancias particulares*.

É pois o seu maior propugnador, o seu mais energico defensor em Italia, o primeiro a repudiar em parte a these do nexo causal e a reconhecer a necessidade de a completar e corrigir com ultteriores determinações.

Dissemos que uma applicação generica e incondicional da theoria do damno objectivo ao damno causado mesmo independentemente de culpa conduzia praticamente ás maiores injustiças. Vejamos como:

Basta suppor a hypothese mais que verosimil,

(1) VENEZIAN, obr. cit., § 283.

mesmo frequente, de se achar a pessoa que causa o damno, ou o auctor deste, em situação mais precaria do que a que o soffre; repugnaria por certo á equidade e á conveniencia social, em nome da qual se reparam os damnos e se fazem respeitar os direitos, aggravar a situação do auctor do facto, augmentar a desgraça do agente que procedeu sem culpa, exigindo-lhe uma indemnização que fosse mais onerosa para elle do que vantajosa para o lesado.

Para nos servirmos do exemplo de VENEZIAN, supponhamos que um individuo escorregando casualmente, cai, ficando ferido; é um homem sem meios, pobre, trabalhando para viver, na incerteza do dia seguinte. Não seria certamente uma iniquidade, uma injustiça, e mais, uma deshumanidade, obrigar esse homem a indemnizar uma senhora pelo prejuizo que lhe tivesse causado manchando com o sangue de uma ferida que fizesse na cabeça, o vestido porventura riquissimo dessa senhora? Imaginando que a sua queda o inhabilitou para o trabalho, além de se lhe retirar o peculio que teria economizado e que seria absorvido numa desproporcionada indemnização, ficaria na impossibilidade de adquirir novos meios que lhe seriam imprescindiveis.

O criterio da culpa seria, pelo contrario, da maior efficacia no caso presente, tornando impossivel qualquer injustiça desta natureza.

A applicar-se a doutrina em toda a sua regidez, terse-hia necessariamente que obrigar á indemnização dos prejuizos causados uma pessoa que, passando por outra, ou tendo occupado em qualquer sitio, por exemplo, num carro publico, um lugar junto ao desta, ou um amigo que indo visitar, ou procurar outro para um negocio, tivesse transmittido a esta outra pessoa, ou a este amigo uma doença qualquer, quando se demonstrasse que o contagio fôra transmittido a estas por aquelles, ignorando muito embora os primeiros que em si tinham o germen dessa doença. Além de taes injustiças, o criterio do damno objectivo opporia uma barreira insuperavel á coexistencia humana, e envolveria o desconhecimento completo de que os homens, para existirem e viverem em commum, devem universal e reciprocamente acceitar e tolerar os perigos que naturalmente, ou independentemente de culpa ou negligencia, se acham ligados inseparavelmente a essa co-existencia, como universal e reciprocamente recebem os enormes beneficios que em identicos termos á mesma se prendem.

Pouco nos seduz pois a doutrina do damno objectivo, desaparecendo, com a da generalidade, todas as vantagens que para ella disputavam os seus defensores.

CAPITULO II

Theoria da responsabilidade de quem procede a risco proprio

Para explicar nalguns casos a attribuição da responsabilidade a uma pessoa, pelos prejuizos provenientes de um facto proprio, ou de terceiro que actúa no interesse della, ou que derivam de cousa que lhe pertence, sem que immediatamente no facto de que resultam esses damnos haja culpa ou dolo da sua parte, e que GABBA involve na denominação generica de *damno incolpevole*, propôs UNGER como criterio de responsabilidade o *canon geral* de que, quem procede a risco proprio deve supportar todas as consequencias da sua acção. Na sua magnifica obra *Handeln auf eigene Gefahr*, synthetisa UNGER neste unico conceito, numa commun justificação, um grande numero de casos de responsabilidade civil extra-contractual.

Passemos, pois, em exame a doutrina de UNGER e vejamos o alcance da sua theoria.

Applica o notavel jurisconsulto austriaco com merito incontestavel o seu criterio á responsabilidade proveniente de um damno causado directamente por uma pessoa a outra, praticando em relação a esta um acto licito, ou permittido pela lei, como por exemplo a citação duma pessoa para uma causa penal, a execução provisoria duma sentença, o acto de fazer declarar uma fallencia, ou, pela parte do Estado, a prisão preventiva, etc. Destes actos, se bem que licitos, podem resultar graves prejuizos, e aquelle que *imprudently* ou dolosamente os praticar responderá como tendo *procedido a risco proprio*. Ha, porém, ainda a considerar os damnos causados por uma pessoa indirectamente a terceiro, mediante a realização de um acto licito dentro da esphera do proprio direito, estando neste caso os prejuizos a que já nos referimos, causados ao predio visinho por um proprietario que usa do seu direito de propriedade, bem como os provenientes de quaesquer construcções que, em certas circunstancias, este levante no seu predio.

É ainda o mesmo principio que UNGER applica á responsabilidade pelos damnos causados a um terceiro por uma pessoa que actúa no interesse de outrem.

É, porém, visivel a insufficiencia deste criterio, observa GABBA, quando se procura explicar a responsabilidade pelos prejuizos causados a outrem

por intermedio de uma cousa propria; como, por exemplo, a indemnização pelo damno causado a uma pessoa ou a uma propriedade pelo desmoroamento dum predio, ou dum edificio qualquer, quando seja devido a vicio de construcção de que o proprietario não tenha conhecimento no momento em que adquire a propriedade, bem como pelos damnos causados a terceiros pelos animaes pertencentes a outra pessoa, quando a esta se não possa imputar dolo ou falta de diligencia. A responsabilidade civil que, segundo alguns codigos, poderá ter logar nestes casos e surge como imposição necessaria na doutrina do damno objectivo, não se explica pela theoria de UNGER.

Erra, sem duvida, UNGER, diz GABBA, quando applica aos damnos causados pelos animaes em poder de uma pessoa o canon relativo ao exercicio da actividade a proprio risco, porquanto, possuir um animal não implica, decerto, uma actividade, e aquelle canon só se poderá admittir, e só terá valor quando applicado rigorosamente.

Compreende-se que tal principio possa adaptar-se á responsabilidade indirecta do committente, visto que collocar alguém no nosso logar implica sem duvida uma acção, e uma acção a risco e perigo proprio; porém, no caso presente, tal applicação é descabida.

Concluimos, pois, que o mesmo defeito que

GIORGI apontava á doutrina de ORLANDO deverá imputar-se ao principio de UNGER; isto é, a theoria da responsabilidade sobre tal criterio não provê aos danos provenientes de omissões, deixando de um modo geral por explicar os casos em que não haja o exercicio de uma actividade.

Consideremos agora attentamente o valor do principio proposto por UNGER. Se bem reflectirmos na fórma que o notavel juriconsulto austriaco vái invocar para novo fundamento da responsabilidade, não nos será difficil reconhecer que na essencia e no funda tal criterio não só se inspira no elemento subjectivo da culpa, mas com elle se confunde até. Na verdade, proceder arriscadamente ou com perigo não differe muito de proceder imprudentemente; e não será difficil nem injusto accusar de incuria uma pessoa que pratica um determinado acto expondo-se a qualquer risco ou perigo; procede a risco quem exerce uma actividade de que *podem derivar prejuizos* para terceiro, o que implica certamente a ideia de *negligencia*. Assim, não será num grande numero de casos uma pessoa em extremo diligente aquella que fizer realizar qualquer acto por outra pessoa, declinando de si esse cuidado. Devemos respeitar sempre a sabedoria popular, que, no caso presente nos ensina que *quem quer vái, quem não quer manda*. Nos exemplos que referimos de danos causados a outrem directa-

mente mediante o exercicio de um acto licito, firmam-se bem a *imprudencia* que podiam importar no seu auctor; não é pois difficil levar o criterio da acção a risco e perigo proprio á ideia de culpa, visto que fundamentalmente coincidem, adaptando-se rigorosa e visivelmente aquelle criterio ao conceito de culpa levissima, acceite pelos juriconsultos.

Tornaremos ainda mais visivel esta affirmacão, mostrando a generica applicação da fórmula de UNGER, que se adapta tanto aquelles casos de dano *incolpevole* como aos casos em que é visivel e immediata a culpa, não nos devendo, porém, enganar esta expressão de GABBA, que se não póde tomar á lettra, porquanto abrange os casos em que, não concorrendo a culpa immediatamente no proprio facto que occasiona o dano, comtudo imediatamente remonta aquelle que por esses danos responde, sendo essa culpa que fundamenta ainda esta responsabilidade.

Generalizaremos assim a applicação daquelle criterio, mostrando que é possivel invocá-lo no caso em que é manifesta a culpa pessoal do agente; e desde que elle se não applica sómente em casos especiaes, mas de um modo geral, quer se proceda pessoalmente, quer por intermedio de outra pessoa, quer a culpa exista, quer não, manifesta e immediatamente na pratica do proprio acto, não repu-

gnará certamente a coincidência dos criterios; e na verdade, se, desde que se manifesta o elemento da culpa, se apresenta possível e natural a applicação do principio de UNGER, achamos assim removido um obstaculo que poderia contrariar a approximação dos dois criterios.

Repáre-se, na verdade, que tanto actúa a perigo e risco proprio quem procede pessoalmente dentro da esphera da liberdade contractual ou geral, como quem, adentro destes limites, encarrega outra pessoa de actuar no seu propeio interesse ou proveito; tanto o que fóra de relações contractuales actua pessoalmente, exercendo um direito sobre a pessoa ou cousa propria, como aquelle que exerce relativamente a outrem uma faculdade concedida pela lei, casos para os quaes vimos já como se applicava o principio citado e dentro dos quaes não ha duvida que a doutrina de UNGER, como tambem observa GABBA, se concilia com a doutrina tradicional do damno, procurando nós agora simplesmente alargar os limites desta conciliação a todos os casos em que haja um damno imputavel ao seu agente.

A doutrina de UNGER é apenas uma expressão daquella norma fundamental indispensavel á vida social, segundo a qual cada um é responsavel pelas proprias acções, bem como pelas consequencias que dessas acções surgirem. Ora é precisamente este

lemma da responsabilidade de cada um pelas proprias acções que estabelece a ligação ou o contacto entre a fórmula de UNGER e a doutrina classica do elemento culposos.

Pelos danos provenientes de actos ou omissões, independentemente de dolo ou culpa da parte de quem se diz a verdadeira e primeira causa desses actos ou omissões, mas que os pratica no interesse de outrem (damno *incolpevole*), não deixa de haver a obrigação de indemnização para aquelle a quem esses mesmos actos ou omissões se possam fazer remontar mais ou menos directamente. Este procede a *risco e perigo proprio* precisamente no momento em que entrega a outrem os actos que elle teria que realizar por si, do mesmo modo que quando pratica pessoalmente um acto permitido pela lei, de que podiam resultar danos para um terceiro.

Na verdade, quando mesmo se assente a responsabilidade na ideia da culpa, quer no contracto, quer fóra deste, é facil reconhecer como se não comprehende a existencia daquella, senão referida ao principio geral já enunciado da responsabilidade pelos factos proprios. Implicando a negligencia a ausencia de vontade, a responsabilidade que della derive é responsabilidade por *não ter querido*; e portanto, a responsabilidade liga-se ao agente por via daquelle principio generico, tor-

nando-se efectiva pelo concurso do elemento subjectivo da culpa; e assim a fórmula de que, quem actúa a risco e perigo proprio responde por todas as consequencias pessoaes ou não pessoaes que directamente ou indirectamente derivem dessa acção, assiste como canon geral e commun, ás duas categorias de damno e, correspondentemente, de responsabilidade, abrangendo tanto os prejuizos que visivelmente envolvem culpa, como aquelles que por qualquer modo, directo ou indirecto, têm a sua fonte na acção voluntaria das pessoas, e a que GABBA dá a denominação já referida. Por isso, com todo o fundamento, na sua excellente obra sobre a theoria da responsabilidade por facto não proprio, justapunha BARASSI o principio indicado a toda a doutrina classica do damno e da indemnização (1).

Não parece, pois, difficil estabelecer a coincidência destes dois criterios. No caso da responsabilidade do patrão ou committente, faz o notavel jurisconsulto austriaco remontar a culpa ao momento em que se estabelece a relação entre este e o commissionado; suppõe o que poderíamos chamar *culpa in committendo*; sómente nestes termos se compromette em parte o valor da doutrina, sendo

(1) BARASSI, *Contributi alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, Torino, 1898.

certo que nalguns casos a relação de commissão; longe de denunciar negligencia da pessoa que a outrem confia os actos que lhe interessam, significa da sua parte uma louvavel diligencia, como no caso em que se trate de serviços que exijam certa competencia ou habilitade technica que falte na pessoa do committente; e neste ponto transparece nitidamente a coincidência notada deste criterio com o conceito de culpa levissima. Apenas será pois menos feliz a expressão: *a perigo e risco proprio*, sendo ainda conveniente substituir o termo *actuar* por outro que assegure áquella fórmula maior generalidade.

Accrescentemos ainda que em face de tal fórmula não parecerá facil explicar e resolver convenientemente os casos em que o risco seja corrido no interesse de outrem. Supponhamos assim que um individuo passeando numa praia dá conta de que um homem nadando ao largo, se acha em perigo de ser levado pelas ondas, que em grande tempestade lhe embaraçam os movimentos, e que, para evitar que elle se afogue, mette ao mar um barco que ali se achava, e que lhe não pertencia; corre naturalmente o perigo de o fazer despedaçar pela força das aguas, ou o risco de ser o barco levado por estas, envolvido na tempestade, ou emfim, o perigo de lhe causar quaesquer avarias, que no caso figurado seriam até inevitaveis. Não póde du-

vidar-se de que este indivíduo, no sublime intuito de salvar um homem, procede a perigo e risco próprio. Seria, porém, admissível a injustiça e a monstruosidade que daí derivaria, a seguir-se a fórmula de UNGER, de obrigar o heroico altruista a responder pelos prejuízos que causasse ao dono do barco, a indemnizá-lo pelas avarias com que o barco chegasse a terra, com o naufrago salvo ou sem este?

O que seguramente podemos afirmar é que semelhante critério seria de bem desastrosas e desoladoras consequências na sua applicação.

CAPITULO III

Theoria intermedia ou mixta

Depois das referencias que deixámos feitas ás theorias que chamámos exclusivas ou radicaes, passemos a occupar-nos da doutrina daquelles que seguem como que uma solução intermedia, escolhendo differentes criterios como base da responsabilidade civil. Apresentaremos a doutrina proposta por GABBA na sua moderna obra intitulada *Novas questões de direito civil* (Turim, 1905).

«A sciencia juridica contemporanea, diz GABBA, revendo a doutrina tradicional do damno e da indemnização, repudia a these geral de que o damno causado independentemente de culpa não deva ser indemnizado, these que o direito romano e depois as legislações civis contemporaneas em diversos casos já haviam derogado (1). Observa o experi-

(1) GABBA, obr. cit., *Damno incolpevole*, pag. 275.

mentado jurisconsulto que a *theoria classica* da culpa tem o inconveniente de deixar sem indemnização certa ordem de prejuizos que, por fôrma alguma, poderão, sem grave injustiça, ficar por reparar. É contrario ao sentimento *commun* da equidade e da convivencia social admittir que o *damno* causado involuntariamente a terceiro, isto é, independentemente de dolo ou culpa, em caso algum dê logar a responsabilidade. A *classica* doutrina de que a culpa é o *unico e exclusivo* fundamento da reparação do *damno* que uma pessoa causa a outra, de que, quando no auctor desse *damno* não concorra culpa ou negligencia, não pôde o lesado propor a acção de indemnização, não é doutrina admissivel na sciencia actual, e por isso procura GABBA remediar os seus inconvenientes; pretende, pois, completá-la e corrigir a sua excessiva intolerancia, concedendo a indemnização nalguns casos em que aquella *theoria* negaria ao lesado a acção de reparação dos prejuizos soffridos.

Tres são as categorias que figura de *damno* sem culpa: a) *damno* causado a terceiro por uma pessoa que actua no interesse doutra; b) *damno* causado por uma pessoa a outra, ou indirectamente, executando um acto lícito dentro da esphera do proprio direito, ou directamente, executando um acto lícito em relação áquella pessoa; c) *damno*

causado directamente por uma pessoa a outra sem culpa nem dolo, ou proveniente de uma cousa, sem culpa nem dolo do seu proprietario.

Relativamente aos prejuizos abrangidos na primeira categoria, admittie GABBA a fórmula proposta por UNGER, explicando a responsabilidade do committente pelos actos do commissionedo, pela consideração de que quem actúa a risco proprio deve supportar todas as consequencias da sua actividade, principio este que mostra poder tambem applicar-se ao *damno* culposo, pela fôrma que vimos já. Pelo que respeita, porém, aos prejuizos causados indirectamente a uma pessoa, mediante o exercicio de um direito proprio sobre a pessoa ou sobre a cousa propria, a razão da responsabilidade que dahi deriva acha-se na equidade, como principio geral, estabelecendo que todo o direito apenas existe e é reconhecido pela lei enquanto é condição da pacifica coexistencia social, e não como factor que possa tornar esta coexistencia impossivel. Assim o direito de propriedade não será admissivel senão quando devidamente limitado e condicionado de fôrma a não tornar impossivel ou inutil a propriedade do vizinho.

No caso do *damno* que a outrem causa directamente uma pessoa, praticando relativamente a esta um acto permittido pela lei, a indemnização desse *damno* não culposo poderá tambem, segundo GABBA,

ser exigida a titulo de que quem pratica um acto *a perigo e risco proprio*, responde pelas consequencias que desse acto advierem. Não applica, porém, já este criterio á responsabilidade pelos prejuizos causados independentemente de culpa, á pessoa ou coisa de terceiro por meio duma coisa propria; responsabilidade que explica ainda pela equidade, pela *utilitas*, invocada pelos romanos, fundamento que se torna evidente relativamente ao *damnum infectum* e aos prejuizos causados pelos animaes. Seria iniquo e incompativel com a segurança publica admittir que, quando de uma coisa pertencente a uma determinada pessoa, advenham prejuizos a outrem sem culpa do proprietario. mas por simples desgraça, esta desgraça, deva recair ou ficar totalmente a cargo do lesado. A equidade e considerações de utilidade social aconselham, como sendo de justiça e conveniencia reconduzir o damno ou prejuizo aonde a natureza das cousas ou o caso occorrido collocou a sua origem ou causa primaria, representando esse damno como que um effeito natural e inevitavel da posse da coisa ou do objecto que o occasiona.

Relativamente, porém, á especie do damno não culposo causado por um individuo com a propria pessoa á pessoa ou coisa de outrem, nada ensina, diz GABBA, a doutrina de UNGER ou qualquer outra que não seja a theoria do damno objectivo; é, pois,

em relação a esta categoria de *damno incolpevole* que aquelle escriptor discute o valor desta doutrina. Não julga, pois, em absoluto admissivel a these que todos os damnos causados a outrem independentemente de dolo ou culpa devam ser indemnizados; e apenas lhe reconhece valor emquanto se insurge contra a negação geral e absoluta da indemnização nos casos em que falta o elemento subjectivo da culpa.

Quando se discuta o alcance da doutrina do damno objectivo, dever-se-ha, nao pinião de GABBA, distinguir entre damno occasionado com a propria pessoa ou com uma coisa que a esta pertença.

Relativamente ao segundo caso, não repudia as consequencias da theoria do nexos causal, pelas considerações que já reproduzimos, formulando o principio de que «o damno que a uma pessoa ou coisa provém de coisa de outrem, animada ou inanimada, sem culpa do proprietario e não por força maior nem por culpa do lesado ou doutra pessoa, deve ser indemnizado pelo proprietario».

Em absoluto se oppõe, porém, o experimentado escriptor a uma analogia applicação geral da theoria objectiva ao damno causado á pessoa ou coisa de alguém pela propria pessoa de outrem, sem um facto desta, sem culpa da sua parte ou de qualquer outra pessoa, ainda que não seja devida a força

maior estranha áquella. No logar em que criticámos a doutrina em questão, adduzimos já algumas considerações que a este respeito apresenta GABBA. Assim, casos ha em que não devem pesar totalmente sobre quem procedeu sem culpa as consequências do prejuizo que causou, impondo-se, como um dever de coexistencia civil, uma certa tolerancia reciproca entre os cidadãos, designadamente pelo que respeita aos danos causados em virtude de desgraças pessoas.

Nem todos os prejuizos da categoria de que nos estamos occupando podem, pois, segundo este escriptor, dar logar a reparação; nem tão pouco poderá a medida da indemnização ser determinada segundo a entidade objectiva do damno, abstrahindo dos dictames da equidade. Apenas será admissivel a theoria do damno objectivo, quando se combinem as razões do direito com as da equidade, que não peccam por demasiada generalidade nem por excessivamente absolutas, na formula que poderá ser enunciada nos seguintes termos: o damno não culposo, que da pessoa de um individuo resulta á pessoa ou cousa de outrem, deve ser indemnizado, e a medida da indemnização deve ser determinada em harmonia com as exigencias da equidade e da conveniencia social.

Nem se diga, previne GABBA, que por tal processo se confunde o direito com a equidade, em pre-

juizo da certeza e determinação proprias d'aquelle. Só assim se satisfarão as razões da justiça na materia presente. E certo é que, quando ao proprio legislador é impossivel, em face da sua infinita variedade, caracterizar as especies dos factos, deverá reputar-se verdadeira regra juridica, se bem que excepcional, o principio pelo qual aquelle deixa ao juiz uma maior liberdade de apreciação concreta daquelles factos; o que aliás não é para estranhar, visto que no actual systema legislativo já se deixa ao juiz, relativamente ao damno em geral, liberdade de apreciação.

Em harmonia com taes principios, não determinarão decerto a obrigação de reparação os prejuizos que derivam das relações ordinarias e comuns entre os homens, ou de simples coexistencia, ou de troca de deveres ou funcções, sem o proposito de um fim util qualquer. Sómente fóra destes casos haverá direito á indemnização pelos danos causados pela pessoa d'outrem independentemente de culpa sua, mas a extensão da indemnização deverá ser determinada nos differentes casos pelo juiz em attenção ás circumstancias.

Portanto, em resumo, na doutrina de GABBA, relativamente aos danos sem culpa, começa-se por distinguir os *danni incolpevoli* provenientes da pessoa ou cousa de outrem, de todas as outras especies ou categorias destes danos que acima dei-

amos indicadas, relativamente ás quaes tem inteira applicação a formula de UNGER, segundo a qual quem actua *a risco proprio* deve responder por todas as consequencias directas e indirectas da sua actividade, principio que igualmente explica a responsabilidade pelos danos que envolvem culpa; aos primeiros é applicavel a doutrina do *damno objectivo* (VENEZIAN na Italia, e diversos auctores allemães), quando se trate dos prejuizos que resultam da cousa de outrem. Mas quando se trate de *damno incolpevoli* que directamente resulta de pessoa de outrem, sómente se poderá applicar o criterio objectivo quando se acceite nos termos da equidade, não só para definir se é devida a indemnização, como para determinar a medida e quantidade desta; do que deverá sempre, porém, o juiz sentenciar em cada caso singular (1).

Relativamente á doutrina de tão notavel jurisconsulto comecemos por observar que nos merece reparo especial a adopção de differentes criterios, e de criterios tão oppostos na sua essencia como na sua applicação. Na verdade invocar principios e fundamentos diversos conforme a conveniencia de occasião, é sem duvida um processo defeituoso, illogico e anti-cientifico.

(1) GABBA, obr. cit., *Il danno incolpevole*, pag. 239 à 276.

Como explicar e fundamentar a entidade da responsabilidade civil, invariavel e fixa, por diversos titulos, por motivos differentes, conforme os differentes casos? Se se exige duma pessoa a reparação dos prejuizos que causa é, sem duvida, com um fundamento determinado, que deverá evidentemente ser sempre um e o mesmo, independentemente do meio e da forma por que esses prejuizos se effectivaram. Poder-se-ha, certamente, attender aos diversos casos, ás circumstancias que em cada occasião reveste o facto, para decidir se existe ou não, e em que termos, a obrigação de indemnização, mas sempre em face do mesmo criterio, servindo as circumstancias que acompanham cada caso particular apenas para orientar o juiz ao resolver se são, ou não, adaptaveis ao caso presente as condições, fixas e invariaveis, da imputação da responsabilidade.

Inclue tambem GABBA, entre as especies de *damno incolpevole* alguns casos em que, como observámos ao examinar a theoria de UNGER, intervem manifestamente, de um modo immediato, a ideia de culpa, pela qual na doutrina classica se justifica nos termos referidos a responsabilidade civil, como vimos designadamente em relação aos actos pelos quaes o proprietario, usando embora do seu direito, prejudicando indirectamente a propriedade de um visinho, descursa um dever de character geral. De-

riva, porém, necessaria e implicitamente das considerações acima adduzidas a critica á doutrina de GABBA, porquanto é um simples amalgame das theorias anteriormente examinadas, em que apenas se manifesta de modo original o *sensu equitativo*, isto é, a necessidade de *temperar* ou moderar as razões rigidas do direito com os dictames da equidade, relativamente aos *damnos* não culposos que resultam da propria pessoa.

E relativamente a esta ultima parte da doutrina de GABBA serão apoucados todos os elogios que lhe dirijamos, tendo além da originalidade que a destaca, o altissimo valor de envolver uma preciosissima confissão em favor da doutrina da culpa.

Repugna admittir por estes factos incondicionalmente a responsabilidade a que conduz a rigidez da theoria da objectividade do *damno*. É a equidade que se oppõe, que inspira essa repugnancia e que repelle como uma injustiça que se responsabilise uma pessoa pelos prejuizos de que ella nem sequer tem a mais leve culpa, e de que pode até derivar a sua desgraça; e as limitações que áquella doutrina se impõem inspiradas na justiça e equidade são realmente a melhor prova de que não pode ser o *damno* objectivo o titulo da responsabilidade. A cada passo tem que intervir a justiça corrigindo as perigosas consequencias a que na pratica dá origem aquella theoria, traduzindo essa

justiça o sentimento unanime e popular de que, onde não houve culpa, é descabida a responsabilidade.

Depois de expôr a sua doutrina, diz GABBA que, com tal alcance e em taes termos, poderá, sem duvida, acceitar-se a doutrina do *damno objectivo*, que tem ainda o duplo suffragio do codigo civil austriaco e do novo codigo civil allemão. Observemos, antes de tudo, que com tal alcance e em taes termos se retira todo o valor proprio e toda a sua significação á theoria do *damno* objectivo e que apenas se mostra a impossibilidade da sua perfeita applicação, adoptando-se implicitamente outro criterio, que é o que inspira essas modificações.

Mas, mais, nós achamos verdadeiramente eloquentes as limitações que na legislação allemã em nome da equidade se impõem á responsabilidade nos casos em que o *damno* não envolve culpa.

Assim, preceitua o codigo civil allemão no art. 829.º que não sendo responsaveis pelos prejuizos que causarem, aquelle que em estado de inconsciencia, ou num estado de perturbação doentia da actividade intellectual, que prive da livre determinação da vontade, causa prejuizo a outrem, exceptuado o que, por uso de bebidas alcoolicas, ou por outros meios, se collocou num estado passageiro desta natureza, os menores que não tenham attingido a idade de sete annos completos ou que, tendo-a attingido, não tenham ainda completado

deseito, quando hajam procedido sem discernimento, e os surdos-mudos nas mesmas condições, devem, comtudo, quando a reparação do prejuizo não póde ser exigida de um terceiro encarregado de os vigiar, reparar o prejuizo dentro dos limites em que, segundo as circunstancias e em particular segundo a posição do interessado, a equidade reclama uma indemnização; accrescentando que essa obrigação não terá logar nos casos em que teria como resultado privar aquelles dos recursos de que tẽem necessidade para os seus alimentos segundo a sua posição social e para o cumprimento das obrigações alimenticias impostas por lei.

Traduz, este artigo uma repugnancia visivel pela attribuição da obrigação de reparação independentemente da culpa.

As prescripções nelle contidas são baseadas sobre a equidade, mas só esta é que justifica o facto de se passar por cima do conceito de que é da culpa que deriva a responsabilidade, conceito que o mesmo código fundamentalmente proclama. Só em nome da equidade obriga o legislador a responder pelo prejuizo causado aquelles que procedem sem culpa, mas com tal repugnancia que essa obrigação deixará de existir desde que della derivem inconvenientes que se apresentariam como inteiramente injustos e contra os quaes se voltaria a mesma equidade.

Sacrifica, portanto, o direito puro á humanidade. Parece injusto ao legislador infligir uma pena áquelle que não é responsavel e que não commetten falta alguma; considerações, porém, de bem entendida politica social o levam a estabelecer uma tal disposição. E neste sentido é perfeitamente admissivel e apresenta-se até como necessaria a intervenção da equidade, como razão determinante da imposição e medida da reparação dos danos causados independentemente da culpa.

Resulta já das considerações apresentadas até agora qual a doutrina que se nos afigura impôr-se como a mais acceitavel e que nos parece mais justa.

Para garantir á responsabilidade civil uma perfeita correspondencia ás exigencias da justiça, é sem duvida necessario tomar para base desta a determinação subjectiva, aproximando-a quanto possivel da responsabilidade moral.

É certamente a doutrina romana da culpa e da responsabilidade que melhor satisfaz ás exigencias da justiça e da boa razão, devendo aqui lembrar-se e convindo accentuar que a necessidade de recorrer ao elemento subjectivo da culpabilidade para animar a figura da responsabilidade não é uma invenção dos jurisconsultos, mas acha-se pelo contrario no espirito de todos; é, realmente, a significação natural e necessaria do sentimento innato da justiça, como diz GIORGI, que reside no coração

de todos os homens; e se lançarmos a vista sobre os tempos decorridos desde a antiguidade romana, não deixará decerto de nos impressionar a sanção unanime e continua que este criterio tem recebido. E assim prescindir da culpa importaria uma injustificavel rebellião contra todas as leis antigas e modernas, contra a tradição constante e contra o sentimento intimo e natural do justo.

Porém, se é em nome da justiça que proclamamos tal criterio, casos ha em que, muito embora o damno não envolva culpa, essa justiça aconselha a levar em linha de conta a situação do lesado; por isso, sem prejuizo da logica e sem offensa dos principios de que partimos, e antes com irreprehenivel coherencia, poderemos nesses casos onerar com a reparação, dentro dos limites do possivel e do justo, dentro dos termos da equidade, aquelle que de direito e moralmente era irresponsavel.

Não se compromette assim o valor do principio *accito*, pois a sua applicação genérica ficará de pé, sendo apenas das circunstancias particulares de um caso singular que a difficuldade resulta, difficuldade apenas visivel á luz da equidade, não parecendo, além de tudo, razoavel pretender que seja concebivel um principio dotado de elasticidade tal, que se amolde e ajuste a todas as circunstancias de occasião, sem quebra importante dos mais elementares principios de justiça.

Nem assim se partilha do principio do *damno* objectivo, pois a consideração que adduzimos não é a de que quem causa um damno a outrem é obrigado a repará-lo; apenas ponderamos que, se foi lesado um direito, deverá essa lesão ser reparada sempre que seja possivel em face da justiça e que a equidade exija essa reparação nos casos em que o direito a não estabeleceria, podendo comtudo a indemnização ser devida tanto pelo auctor material do facto como por outrem a quem o prejuizo seja mediatamente imputavel.

E desta forma se combinam e se fundem as exigencias da pratica com os principios puros de direito.

Entendemos, pois, com GABBA, que, para tornar praticamente possivel tal doutrina, se deverá deixar ao juiz uma certa latitude, fixando-se na lei as condições em que pode dar-se indemnização sem culpa, mas de modo que ao juiz fique liberdade de apreciação para, em harmonia com as circunstancias, determinar quando a equidade exige a indemnização independentemente de culpa e precisar pela equidade ainda a medida dessa indemnização. E torna-se designadamente necessario o prudente arbitrio do juiz para, de caso para caso, em vista das circunstancias e condições peculiares em que se dão, precisar a graduação da indemnização.

E é desta doutrina, assim formulada, que en-

contramos no código civil allemão a mais completa, auctorizada e preciosa confirmação, não sendo possível duvidar, em face de algumas das suas disposições que toma o elemento da *culpa* para base da responsabilidade civil. E para bem se ver que o legislador allemão não admite a responsabilidade sem culpa, basta attender ao art. 823.º em que expressamente se determina que aquelle que intencionalmente ou por *negligencia* lesa illegalmente a vida, o corpo, a liberdade ou qualquer outro direito doutra pessoa, fica obrigado para com esta a reparar o prejuizo causado, e que a mesma obrigação incumbe áquelle que transgride uma lei feita para proteger outra pessoa, mas que, se, segundo o theor da lei, a transgressão é possível mesmo sem culpa, a obrigação de reparar o damno só tem logar em caso de culpa; e ainda a que nos artt. 827.º e 828.º se tornam irresponsaveis pelos prejuizos causados aquelles que não são susceptiveis de culpa, como aquelles que se acharem em estado de inconsciencia, ou num estado de perturbação doentia da actividade mental que exclua a livre determinação da vontade, os menores de menos de sete annos ou de mais de sete e menos de dezoito que procedam sem discernimento, e bem assim os surdos-mudos.

LIVRO II

Pessoas moraes

CAPITULO I

Responsabilidade das entidades collectivas

Passemos agora ao estudo da instituição da responsabilidade das entidades collectivas, investigando se serão reaes as difficuldades e obstaculos que se oppõem á applicação, neste campo, dos principios que se estabelecem relativamente ás pessoas singulares. É em relação ao Estado que a questão offerece maiores difficuldades em vista da complexidade das suas funcções; resolvida a questão, estabelecidos os principios em que deve assentar a sua solução relativamente ao Estado, não será difficil de estabelecer a legitimidade da applicação extensiva desses principios ás outras pessoas moraes.

Do mesmo modo, se conseguirmos estabelecer a existencia de uma responsabilidade para o Es-

tado, não poderá duvidar-se de que é no direito civil que tem logar o assumpto. Pense-se, na verdade, que, tornando-se essa responsabilidade efectiva no seu patrimonio, o Estado só poderá ser responsavel como pessoa moral, e como tal está sujeito ao direito civil.

A inteira immunidadade do Estado pelo actos dos seus funcionarios, que constitue o objecto da chamada *theoria regalista*, tem sido já arduamente sustentada por diversos escriptores. Assim MANTELLINI (1) propugna a irresponsabilidade absoluta da administração publica pelo facto do funcionario, attendendo substancialmente a que, sendo o Estado a *synthese* de toda a vida juridica e o *custos juris*, não se póde conceber que delle provenham directamente violações do direito. Se é do Estado que dimana todo o poder, como admittir que as auctoridades por elle constituídas possam syndicar e apreciar o exercicio dos seus poderes e desviar os meios do conseguimento dos seus fins? (2)

Não poderemos decerto negar que o Estado seja o *custos juris*, que é elle que declara todo o direito, que elle é o direito organizado; mas limita-

(1) MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. I, parte I, liv. I.

(2) Vid. BONASI, *Revista italiana per le scienze juridiche*, vol. I, pag. 16 e 17.

mo-nos a accrescentar que o direito não é uma criação arbitraria, que aos cidadãos não podem deixar de reconhecer-se direitos de que deriva uma limitação necessaria ás normas reguladoras da actividade do Estado, e que todo o Estado que não se imponha esta autolimitação do seu direito deformará o seu fim e deturpará a sua essencia. Um ente publico que actuando por meio dos seus funcionarios se recusasse a soffrer as consequencias dos actos destes, que em ultima analyse e substancialmente são seus actos proprios, não corresponderia de certo aos são criterios que presidem ao exercicio da actividade de toda e qualquer pessoa juridica em geral, duma pessoa politica em especial.

A responsabilidade é sempre a derivação de dois conceitos fundamentaes, em todas as espheras ou em relação a todos os sujeitos: *direito subjectivo* validamente adquirido e protegido, e acção antijuridica (injuria) lesiva daquelle direito, e *subjectivamente* imputavel ao agente. Desde que haja esta violação imputavel, é indifferente que ella traduza um facto voluntario humano, ou que se ligue a um acto de suprema vontade imperante, e a responsabilidade surgirá num e noutro caso desde que as condições requeridas se manifestem. Sómente onde haja um direito subjectivo e a lei ou o direito objectivo não proteja e tutele a faculdade do individuo, não poderá este fazer valer efficazes pretensões

contra aquelle a quem seja imputavel qualquer violação infligida á sua pessoa, ou diminuição causada no seu patrimonio.

Como derivará, porém, para o Estado a responsabilidade por factos illicitos?

O Estado fórma de pleno direito uma pessoa moral emquanto é sujeito de direitos civis, ente colectivo capaz de possuir um patrimonio e susceptível de obrigações; apenas o seu poder de império o distingue, como os outros entes publicos, o municipio, a parochia, das pessoas juridicas privadas, contrapondo-se ao fim exclusivamente privado destas o seu fim de indole politica e social. Tem comtudo substancialmente de commum com as mesmas os principios geraes reguladores da sua constituição e vida.

Affirma-se em geral que as pessoas juridicas não podem de modo algum querer e muito menos querer mal, visto que a vontade é exclusiva do homem e não se póde suppôr em seres ideaes.

Observemos comtudo que as pessoas juridicas apenas se poderão considerar entes ideacs emquanto não têm, como taes, uma existencia concreta e emquanto se não reconhecem pelo aspecto physico como os individuos, dos quaes obtêm a equiparação juridica por um acto do legislador, inspirado em fins juridicos, economicos, sociaes, moraes, etc.

Têm, porém, uma existencia real tanto nos seus fins como nos meios para a sua realização e ainda nas pessoas physicas que as representam, ou escolhem esses representantes; constituindo apenas uma criação da lei emquanto representam, com vontade propria que por esta lhes é attribuida, um ente distincto de cada um dos elementos que as compõem.

A lei, attribuindo direitos á pessoa juridica, fazendo reverter em seu proveito, ou em seu prejuizo os actos praticados pelos seus representantes ou funcionarios, dentro dos limites de acção que por lei lhes são assignados, parte do principio de que a vontade e a intelligencia do representante são a vontade e a intelligencia do representado. Mas nas pessoas juridicas, diversamente do que succede nas pessoas physicas, interesse e vontade não coexistem reunidos no mesmo ser, e apenas ali se associam por uma ficção juridica, e portanto é indispensavel conhecer qual seja a relação que ha entre a pessoa moral e os seus administradores, isto é, precisar as relações que existem entre a pessoa moral e as pessoas que realizam pessoalmente, ou por intermedio de agentes, todos os actos juridicos que sejam dirigidos á realização do fim da pessoa moral.

É pois por este estudo que devemos principiar para determinar a quem deverão attribuir-se os

actos praticados pelos representantes das pessoas moraes, quando não excedam os limites adentro dos quaes os seus actos obrigam estas pessoas, e precisar então se, além dos actos licitos, aquelles representantes ou administradores podem praticar factos illicitos que devam reputar-se proprios da pessoa moral, e pelos quaes esta deva responder.

Duas são as theorias fundamentaes que a este respeito se confrontam. Segundo uma, attenta a impossibilidade material de querer das pessoas moraes, estas não são susceptíveis de culpa, não podem praticar factos illicitos que se considerem proprios dellas. Outra, porém, vendo entre as pessoas moraes e seus administradores uma relação de representação, faz dahi derivar uma responsabilidade civil propria da pessoa moral, pelos actos praticados pelos seus administradores dentro dos limites da representação. Segundo esta theoria, o acto do representante é a manifestação da propria actividade da pessoa moral.

E na verdade attenda-se a que as pessoas physicas, que representam os entes collectivos, procedem em nome destes, como órgãos por intermedio dos quaes elles se manifestam; considere-se igualmente que é a pessoa moral que fica sendo sujeito activo e passivo dos direitos e obrigações, que em seu nome aquellas contrahem; e assim não será

difficil admittir que a pessoa moral seja susceptivel de responsabilidade civil.

Devemos contudo observar que a responsabilidade civil, consistindo na obrigação de reparar o damno causado por um facto illicito, e sendo neste sentido proprio e rigoroso que tomamos aqui aquellas palavras, não abrange de modo algum o caso das expropriações. O Estado expropriando, no interesse de todos, os direitos dos cidadãos, pratica um verdadeiro acto licito. É pois necessario excluir da materia, que faz objecto do presente estudo, alguns casos em que diversos escriptores fallam de responsabilidade directa.

Nalgumas contingencias tem o Estado necessidade de lançar mão dos bens e direitos dos particulares; mas como a consistencia do direito subjectivo do individuo, para usar as expressões de SICILIANI (1), e o principio de que não póde a comunidade aproveitar com o damno exclusivo do particular, se oppõem á iniquidade que derivaria do sacrificio ou limitação que daquella expropriação derivaria, o Estado fica constituido no dever moral, bem como juridico, de proporcionar ao particular expropriado uma correspondente indemnização. Não se trata aqui de responsabilidade di-

(1) SICILIANI, obr. cit., pag. 8.

recta, como alguns pretendem, dizendo que em todos os outros casos apenas se póde fallar de responsabilidade indirecta; nos casos de legitima limitação dos direitos individuaes por parte do poder publico, trata-se, não propriamente de responsabilidade, mas de *expropriação* como figura especial; não commette o Estado um facto illicito e, assim, apenas deve substituir a *indemnização* ao direito supprimido.

Feito este reparo, que julgamos essencial, continuemos a occupar-nos da responsabilidade por factos illicitos attribuida aos entes collectivos. Entre a pessoa moral e as pessoas physicas que a representam não ha uma simples relação de mandato, mas de representação geral, quasi uma personificação. A vontade da pessoa moral, segundo as eloquentes palavras de MICHOD, é constituida pela vontade combinada das pessoas physicas que a representam e que são os seus órgãos; e por esta fórma se manifesta, movendo-se no circulo de acção para que foi constituida, ou que a lei lhe destinou; e adentro deste circulo o acto realizado pelos seus representantes, quer pelo systema da vontade legal quer pelo da vontade natural, é sempre um acto proprio da pessoa collectiva, tendo aquelles representantes abdicado, em favor desta, duma parte da sua personalidade. É a pessoa moral que se torna proprietaria, credora, devedora, etc., me-

dante os actos que os seus administradores realizam, e não estes, cuja pessoa desaparece para apenas ficar a pessoa moral nas relações com terceiro (1).

Sendo assim, não se comprehenderia que houvesse a ficção da identidade do representante e do representado para os actos que aproveitassem a esta, isto é, á pessoa moral, e que se dissipasse esta identidade para os actos de que derivasse responsabilidade, que ficaria assim pesando só sobre o representante, que deixaria de o ser, quando o facto que em nome da pessoa moral praticá fosse lesar injustamente o direito de terceiro.

SCOLARI, seguindo o systema da irresponsabilidade do Estado, adduz para fundamentar a sua opinião as tres seguintes considerações: 1) fazer remontar á administração publica a responsabilidade pelos delictos e quasi-delictos dos seus agentes, considerando-a assim capaz de dolo e de culpa, é uma ficção que vai de encontro ao conceito do Estado; 2) quando se não queira adoptar a doutrina dos communistas, o Estado não poderá ser

(1) MICHOD, *De la responsabilité de l'État raison des fautes de ses agents*, na *Revue de droit publique et de la science politique en France et à l'étranger*, tom v, cit. pelo Sr. Dr. G. A. MOREIRA, obr. cit., pag. 769.

obrigado a indemnizar o damno causado por dolo ou culpa dos seus funcionarios com maior razão do que a reparar os prejuizos provenientes das faltas dos cidadãos singularmente considerados ; 3) contra os argumentos com que se defende a responsabilidade do Estado, apresenta os exemplos da Inglaterra e dos Estados-Unidos.

Mas relativamente ao primeiro argumento, diz, e com toda a razão, MEUCCI que o Estado, como qualquer outra pessoa moral considerada em absoluto, não é capaz nem de bem nem de mal, e apenas se torna tal quando exterioriza a sua propria acção por meio de pessoas physicas; e que, tomando a pessoa moral de emprestimo para o fim para que se constitue, a vontade, a intelligencia e o braço da pessoa physica, justo é que com as vantagens suporte os defeitos dessa vontade e dessa intelligencia, isto é, os erros e as culpas, que não deve declinar de si. Se a lei, sobre a base da pessoa physica, considera que a intelligencia e a vontade do representante sejam a intelligencia e a vontade da pessoa moral, necessariamente a moralidade daquelle será tambem a moralidade da pessoa juridica.

«Não se comprehende como, quando os actos do representante sejam no interesse do representado, se invoque a ficção da identidade das duas pessoas, e, quando desses actos derive prejuizo,

desappareça a ficção para só ficar sujeito á responsabilidade o representante, que já o não é» (1).

Mas note-se ainda que o insigne professor, sustentando a doutrina que vimos impugnando relativamente ao Estado, admite que qualquer outra pessoa moral deva responder pelo facto do proprio agente, sendo assim o primeiro a contradictar a sua doutrina. Funda-se SCOLARI em que áquellas outras pessoas juridicas é pura e simplesmente applicavel o direito privado; mas se é como pessoa moral que o Estado responde, deve sob este aspecto equiparar-se á provincia, á communa ou a qualquer outro ente publico considerado como pessoa civil.

Em relação ao segundo argumento, observaremos unicamente que não se póde justificar a equiparação dos delictos dos particulares ao dolo ou culpa dos funcionarios publicos no desempenho das suas incumbencias.

Para que possa occorrer a necessidade da responsabilidade do Estado será necessario que entre este e o auctor do damno interceda um *vinculum juris*, que, faltando para os cidadãos em geral, precisamente se estabelece entre o Estado e os seus funcionarios, como seus representantes que são. E quando as reparações impostas ao Estado dos

(1) MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, pag. 272.

prejuizos causados pelos seus funcionarios importem um agravo para os contribuintes, certo é que esse encargo supportam-no os cidadãos como qualquer outro tributo, para obter a tutela do direito individual, e obter uma garantia de que as funções dirigidas a esta tutela se não traduzam num damno.

Nem tão pouco julgamos que se possa invocar como argumento a favor da irresponsabilidade do Estado o exemplo daquelles dois paizes, visto que circunstancias especialissimas asseguram taes resultados.

Assim, relativamente á Inglaterra deve ter-se em conta que, para a ordem politica e social da nação, o governo central e as administrações governativas locais são reservados a uma classe dirigente que não só offerece as maiores garantias de probidade e capacidade, como dispõe de um patrimonio ou de meios sufficientemente poderosos para poder responder por qualquer indemnização. E o conceito da responsabilidade do Estado pelos actos dos seus funcionarios depende sem duvida neste país em grande parte desta condição de facto. Tanto assim que quando as condições e requisitos especiaes que se requerem, não permitem escolher o funcionario dentre a maioria, exige-se como condição *sine qua non* que possua em bens estaveis um patrimonio sufficiente para garantir a Corôa e os

administrados. E nos Estados-Unidos faltando embora esta garantia pessoal dos funcionarios, as maiorias seguras e organizadas com o systema electivo dos funcionarios publicos, nada têm a temer destes, comprehendendo-se assim a irresponsabilidade do Estado.

Na verdade, as pessoas quer physicas quer juridicas, são consideradas por lei sujeitos de direitos, capazes de obrigações, provenham estas muito embora de factos illicitos.

Como sujeito de direitos a pessoa juridica forma um só todo com os seus órgãos proprios; e embora se não possa identificar de um modo completo ás pessoas physicas, visto que não é susceptivel, por exemplo, de soffrer penas corporaes, poderá contudo, offender os direitos de outrem por intermedio dos seus representantes, e, tendo um patrimonio, incorrer em responsabilidade civil, sendo já susceptivel de penas pecuniarias.

Se faltasse esta capacidade de praticar factos illicitos teriamos que considerar as pessoas juridicas ineptas para contrahir qualquer especie de obrigações. Se a pessoa juridica é reputada incapaz de actuar por falta de determinação e de liberdade, não será então ella quem assumirá o vinculo contractual, e como unico sujeito de direitos e de obrigações apenas fica a pessoa physica que por ella se move, unica materialmente capaz de praticar actos e omissões.

Com toda a razão se observa na *Revista de Legislação e de Jurisprudência* que não é permitido afirmar que os representantes da pessoa moral não receberam desta mandato para commetter faltas; desde que se acha constituída a pessoa moral, permite a lei que ella se mova como as pessoas physicas dentro da esphera de acção que lhe foi marcada. A estas pessoas é attribuída ou reconhecida uma vontade propria, tendo nestes termos que se admittir que podem praticar o bem ou o mal, o licito ou o illicito; e desde que o representante se mantenha dentro dos limites das suas funcções não fica constituído em obrigação alguma, sendo á pessoa moral que tem de imputar-se a responsabilidade do acto por elle praticado.

Dois erros se commettem, observa no mesmo sentido SICILIANI, quando se diz que a actividade da pessoa juridica, ente creado pelo direito e para os fins do direito, não póde ser antijuridica, que não póde transgredir a orbita do direito, invadindo injustamente a esphera dos direitos de outrem.

Em primeiro logar é falso suppôr sempre um mandato entre a pessoa juridica e a pessoa physica para cada acto, não excluindo os actos illicitos, como se a responsabilidade resultasse de um mandato para praticar o mal. Apenas existe, na verdade, o encargo geral para o representante de negociar em nome da pessoa juridica.

E em segundo logar nega-se um facto que se torna manifesto e incontestavel na vida pratica do direito, visto que as pessoas moraes diversas vezes offendem os direitos de outrem por intermedio dos seus agentes, que lhe exteriorizam a actividade, sendo apenas uma concepção platónica a sua incapacidade de prejudicar.

Como poderiam então estas por si proprias praticar o bem e comportar-se regularmente nos limites exteriores do direito?

Esta doutrina leva, pois, a attribuir a responsabilidade ás pessoas moraes, como se foram physicas, quando aquelles que as representam pratiquem actos que involvam lesão ou violação dos direitos de terceiros (1).

É, pois, como temos vindo mostrando, da associação de diferentes vontades, de diversos individuos, ou pela attribuição de um patrimonio a um fim determinado, que surge o ente colectivo, a pessoa juridica, com uma vontade propria que se exterioriza por intermedio daquelles que a representam. É, porém, conveniente ter bem em vista o processo ou o modo de formação da vontade da

(1) SICILIANI, obr. cit., I *Prenozioni*, pag. 1 a 8; BONASI, obr. cit., pag. 7 e 8 e pag. 18 a 21; Sr. Dr. GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições, etc.*, tom. cit., § 121, pag. 766 a 771.

pessoa colectiva e as relações que ficam estabelecidas entre esta e os seus funcionarios. Assim, não tendo o Estado uma vontade propria quando considerado em si, ou como pessoa. e não podendo dizer-se que as funções que lhe incumbem constituem essa vontade, pois que apenas são uma norma reguladora da sua actividade e não uma faculdade volitiva, e como por conseguinte não se pôde considerar o Estado como causa determinante do damno causado pelos seus funcionarios, só se poderá attribuir ao Estado a responsabilidade por esse damno, com o fundamento de que, em relação ao offendido, os funcionarios representam o Estado, de modo que se considera por elle proprio realizado o prejuizo que por aquelles foi causado.

Nestes termos, porém, parece que nunca poderá ser indirecta a responsabilidade civil do Estado, e por isso urge entrar no exame que acima assignalamos.

Nem todos os administradores e agentes do ente colectivo, nos differentes actos que praticam se comportam da mesma forma em relação a este; na situação e attitude que podem tomar, nota-se uma differença juridica, psychologica e de facto.

Os representantes ou administradores de qualquer pessoa juridica começam por formular as deliberações que, uma vez tomadas, têm que ser em seguida *executadas*, cumprindo-lhes ainda *syn-*

dicar, ou vigiar a execução dessas decisões. Os differentes funcionarios determinam, portanto, a vontade do ente colectivo e executam-na ou fazem-na executar sob a sua guarda ou vigilancia.

Uns ha, aos quaes especialmente compete querer pela pessoa juridica, formando assim a vontade desta; são os seus *órgãos deliberantes*. Outros, porém, apenas levam a effeito os actos daquella vontade, isto é, são os *órgãos executores* dessa mesma vontade.

E decerto se não poderá dizer que não é lícito separar o *querer* do *executar*, allegando que todo o acto de vontade supõe necessariamente a possibilidade de execução ou realização pratica, porquanto nada se oppõe á scisão dos dois actos, sendo visivel e de facil verificação que na pratica muitas vezes são esses actos confiados a agentes diversos, não só no dominio do direito privado como na esphera do direito publico. Nem parece que isto seja para estranhar, visto que, nas proprias pessoas physicas, se distinguem os órgãos de formação da vontade, daquellas que a levam a effeito.

Não se pôde confundir a vontade com a execução, como não é igualmente permittido collocar ao mesmo nivel o cerebro e o braço do homem. Attenda-se realmente, a que, podendo um pessoa querer e executar, o braço não é, comtudo, tão essencial, de uma necessidade tão imperiosa como a vontade,

a qual se poderá sempre impôr a um terceiro, que em vez dessa pessoa levará a effeito a determinação estranha.

Nem se diga que não é licita esta distincção entre órgãos deliberantes e simples executores, porque ambos em face da pessoa juridica se conservam pessoas distinctas, e que não é concebivel que, emquanto a vontade do órgão se considera vontade do ente colectivo, a vontade do agente executor se possa reputar como vontade sua propria, referindo-se igualmente ao representado, porquanto, nas *relações internas* entre o ente colectivo e a pessoa physica, permanecem illesas e distinctas as respectivas responsabilidades.

O mesmo não succede relativamente a terceiros em frente dos quaes ha apenas dois sujeitos: a entidade colectiva, e o agente executor que se apresenta como qualquer individuo, actuando por si, podendo, comtudo, motivar a responsabilidade indirecta daquella; num e noutro caso ha, realmente, duas pessoas, aquella que actua, e aquella por quem se actua, mas não temos já em ambos os casos dois sujeitos de vontade differente, cooperando para um mesmo fim.

Não é necessario entrar no campo do direito; todo e qualquer acto pressuppõe um elemento psychologico e um elemento material, um elemento subjectivo e um elemento objectivo: a determina-

ção voluntaria e a execução concreta que torna effectiva a volição. E nesta duplicidade assenta a distincção entre acto e facto, implicando o acto a reunião dos dois elementos, limitando-se o facto a uma mera realidade, não vinculada directamente a uma actividade psychica e que, portanto, se não pôde imputar a um sujeito.

Impõe-se, pois, como necessaria e inadiavel a distincção entre *órgãos deliberantes* e *órgãos executores*, visto que uma coisa é proceder e actuar por iniciativa propria e outra coisa é proceder em execução de uma actividade já estabelecida; num e noutro caso temos representação emquanto ha a manifestação da vontade no interesse de outrem, para com terceiros, a fim de crear, modificar ou extinguir relações juridicas.

E assim, dentre os agentes do Estado, ao passo que uns deliberam, outros limitam-se a levar a effeito ou a executar as resoluções tomadas, ou a superintender na sua execução. Daqui resulta que o órgão quer pelo Estado, e este é que se considera como tendo querido; são os funcionarios que deliberam, que formam a vontade do Estado, e, portanto, o representam, procedendo por iniciativa propria; os que apenas effectuam a vontade já formada, limitam-se a uma prestação de serviços, realizam o que em linguagem technica se chama uma função de instrumento.

Ha, sem duvida, uma diversidade profunda de natureza entre um ministro de Estado, um governador civil, um delegado de saude, um director duma companhia de caminhos de ferro, e um continuo do ministerio, um porteiro do governo civil, ou de qualquer estabelecimento do Estado, ou um machinista dos caminhos de ferro. E assim, enquanto os primeiros constituem verdadeiros *orgãos* do Estado ou da pessoa colectiva, os segundos são meros *instrumentos* da sua actividade. Para o effeito da responsabilidade, entre a vontade daquelles e a da pessoa que representam, não poderá fazer-se distincção alguma; os funcionarios que procedem por iniciativa propria personificam a vontade do ente colectivo, e dos actos illicitos por elles praticados resulta responsabilidade directa para essa entidade.

Não podendo o Estado, como qualquer outra entidade politica ou juridica, visto não ter como pessoa uma existencia concreta, realizar por si os actos que lhe incumbem, os funcionarios que por elle deliberam, collocam-se *immediatamente* no seu lugar. O conceito de Estado como que se individualiza nesses funcionarios, e assim, desde que culposamente praticam actos que de algum modo offendem os direitos dos particulares, essa culpa afflue immediatamente ao Estado, e a responsabilidade deste surge por intermedio daquelles que

occasionam o damno, não como simples particulares, mas como órgãos da entidade que nelles transparece. E embora procedam intencionalmente servindo-se da função que exercem, como de um meio pelo qual causam um prejuizo a outrem, não desaparece a responsabilidade do Estado desde que o funcionario proceda como tal e no exercicio das suas funções. Não desaparece nelles o aspecto *politico*, por assim dizer, mas nelles se revela tambem agora o aspecto *privado*, ficando, por sua vez responsaveis para com o Estado, como auctores duma infracção.

Porém, os funcionarios que simplesmente exercem uma função de instrumento, executando resoluções já tomadas, deverão considerar-se verdadeiros creados ou commissionados, incumbidos da prestação de certos serviços, sob as ordens e direcção dos órgãos do Estado, isto é, daquelles que propriamente o representam, que em nome delle tomam as deliberações e a quem cumpre a superintendencia na execução dessas mesmas deliberações. E assim os factos illicitos praticados pelos agentes executores serão indirectamente imputaveis a estes órgãos ou representantes do Estado, havendo da sua parte culpa *in eligendo* ou *in vigilando*; culpa que recái, portanto, sobre o proprio Estado, para o qual surge então a responsabilidade indirecta.

Nem se affirme que a responsabilidade directa

do Estado deriva de uma pessoal e interna responsabilidade entre o mandante e o mandatário, porquanto, urge fazer uma clara distincção entre as relações existentes entre mandante e mandatário, relações internas, e as que se desenvolvem entre o representado, por intermedio do seu administrador, e a parte contrahente ou terceiros em geral. Assim, como muito bem nota IHERING, o mandato indica o lado interno ou intimo da relação, ao passo que as palavras representante e principal mostramos esta em face de terceiros, indicam o lado exterior da relação; e sob este segundo aspecto apenas poderá haver responsabilidade directa do representado.

A par, porém, desta, terá logar a responsabilidade indirecta pelos factos praticados pelos funcionarios meros executores, para os quaes não ha representação, quando desses factos resulte offensa para os direitos de terceiro; teremos, neste caso, a responsabilidade pelo facto do commissionado, e a responsabilidade do committente, dá-se então, não porque o facto do commissionado se repute seu facto proprio, mas porque lhe é subjectivamente imputavel quando haja procedido com culpa, na sua escolha ou vigilancia.

Difficuldades praticas de attendivel gravidade surgem, porém, quando se trata de determinar quaes os funcionarios que se devem reputar ver-

dadeiros órgãos do Estado, seus representantes, e quaes os que se apresentam como simples commissiionados, desempenhando uma função de instrumento e, consequentemente, quando é directa ou indirecta a responsabilidade do Estado. Não pertence, porém, ao direito civil esta questão essencialmente theorica e de consideravel importancia. E alguns escriptores, como DE FALCO (1), notando que a indagação é apenas de facto, entendem que deve deixar-se por inteiro á apreciação do magistrado.

E o mesmo que dizemos do Estado se poderá dizer das pessoas moraes em geral, como formando um complexo de órgãos e funções attinentes a um mesmo fim, reconhecidas pela lei como sujeitos de direitos; e quando os administradores, órgãos dessas pessoas juridicas commettem qualquer facto illicito, constituem-na em responsabilidade, assim como as partes do corpo humano, órgãos da pessoa, affectam, com as suas perturbações, todo o organismo. Estabelece-se, pois, uma intima e necessaria compenetração e identificação entre as pessoas moraes e as pessoas physicas que as representam, manifestando-se e exteriorizando-se a vontade do ente colectivo na vontade e na obra dos seus mem-

(1) DE FALCO, *Della respons. delle amm., etc.*, cit. por SICILIANI, obr. cit., pag. 53.

bros; e assim a vontade destas se torna vontade da pessoa jurídica, bem como os seus factos se tornam factos proprios desta mesma pessoa jurídica.

E do mesmo modo que por intermedio de seus representantes pôde entrar em relações jurídicas com terceiros, apprehendendo, como sujeito de direitos, negocios juridicos, igualmente deverá considerar-se a pessoa colectiva capaz de factos illicitos.

Poderemos sem duvida affirmar que as pessoas moraes, se bem que desprovidas de existencia propria e concreta, representando uma criação da lei, poderão responder pelos factos illicitos, como pelos licitos, reputando-se sua a culpa dos seus agentes, que immediatamente a representam.

Assim, em primeiro logar, aquella substituição da pessoa physica á pessoa jurídica que representa, desde que torna propria desta a vontade daquella nos contractos, tornará igualmente imputavel a esta a culpa daquella que, representando-a, offendeu os direitos de outrem.

Assim o director de uma cooperativa militar que mande os operarios atravessar um predio alheio sem o consentimento do proprietario, ou que encaminhe para esse predio as aguas e detritos das machinas, ou, no campo do direito publico, o presidente de uma camara municipal que illegitimamente despeça um empregado ou que construa defei-

tuosamente um dique, por fórma que dahi venham a surgir graves prejuizos para um agricultor, constituirão certamente em responsabilidade a entidade que representam. Não seria decerto contra o director da sociedade no primeiro caso, ou contra o administrador no segundo, que se insurgiriam o proprietario, o empregado ou o agricultor, não seria dos funcionarios que elles iriam exigir a reparação, mas antes contra a propria sociedade se voltariam, ou contra o concelho, isto é, contra a entidade em nome de quem e por cuja auctoridade foi realizado o facto prejudicial, e desta exigiam a competente indemnização.

Nem parecerá difficil conceber a culpa por parte do ente ficticio administrado e representado por pessoas physicas, desde que se attenda a que o estado da vontade do representante, que origina a relação jurídica, é a manifestação do consenso apparente da pessoa jurídica; não é possivel scindir em duas essa relação naturalmente una, para descriminar a culpa do administrado da do administrador, porisso responderá directamente a pessoa jurídica pelo dolo ou culpa do representante, apparecendo em face do lesado apenas uma vontade.

Chama-se assim o corpo moral, diz SICILIANI, a responder por um acto illicito contractual que — do mesmo modo que o extracontractual — é fun-

dado sobre a culpa. Na sua entidade juridica, a culpa, quer em materia contractual quer fóra do contracto, é sempre una (1); theorica e psychologicamente estas duas especies de culpa reúnem-se numa apenas.

Termina, pois, assim a pretendida inapplicabilidade do conceito de culpa ás pessoas moraes, a que, como vimos, ORLANDO alludia a proposito da inoportunidade da culpa para explicar a responsabilidade directa do Estado. E numerosos casos poderíamos ir colher não só á jurisprudencia italiana, como á de outros países, que mostram não haver incompatibilidade entre o conceito da actividade das pessoas juridicas e a ideia de culpa.

Como prova da possibilidade de culpa nas pessoas juridicas, podemos ainda invocar a mora, que se liga a um facto culposo, imputavel ao obrigado, visto que se funda na presumpção de culpa (presumpção que admite comtudo prova em contrario) e de que no entanto são susceptiveis as pessoas moraes; e numerosos exemplos nos offerecem as continuas relações contractuaes entre privados e as relações entre os cidadãos e as administrações publicas.

(1) CHIRONI, *C. extracontrattuale*, I, n.º 10, pag. 37 e 38.

Devemos, pois, desde já concluir que não é lícito afirmar com razão que a responsabilidade das pessoas moraes não póde assentar sobre a culpa.

Mas, como vimos já, nem todos os agentes de uma entidade collectiva se poderão reputar órgãos dessa entidade, apresentando-se alguns como simples instrumentos. Nem todos concorrem para a formação da sua vontade, e aquelles ultimos são havidos como commissionedos; e assim, conforme o damno derivar de uns ou doutros, haverá responsabilidade directa ou indirecta, quando esse damno seja subjectivamente imputavel, directa ou indirectamente, aos representantes da pessoa moral. Deverá distinguir-se como dissemos, entre o director e o machinista de uma companhia de caminhos de ferro, bem como entre os administradores duma obra pia, fundação ou hospital e os medicos e enfermeiros, etc., a quem cumpre realizar o fim humanitario que na fundação se tem em vista; os primeiros dão logar á responsabilidade directa, os segundos á responsabilidade indirecta nos termos apontados.

Nem se poderá objectar contra a doutrina que acabamos de apresentar, que a pessoa moral não tem uma *realidade*, uma vontade natural e innata.

Na verdade apenas teremos a responder que não é essa a nossa doutrina. Somos os primeiros a reconhecer que, assim concebida, a pessoa moral não

teria capacidade immediata de praticar actos illicitos (1), deixando então de considerar-se sua a vontade dos seus órgãos ou administradores. Mas de modo algum se julgue que assentamos naquella falsa proposição, pois que apenas partimos duma substituição juridica, supprindo a vontade da pessoa juridica pela vontade de um sujeito physico.

Poderá tambem o funcionario órgão ou representante incorrer, por sua parte, em responsabilidade penal ou civil pelo facto illicito, que em nome da pessoa moral pratica e que aquella sómente obriga, quando se não mantenha nos justos limites das suas funcções.

Como vimos, desde que o facto prejudicial se apresente com caracteres visivelmente pessoaes, que se não possam imputar á pessoa moral, tem logar a responsabilidade propria e exclusiva do funcionario. Porém, a determinação dos casos em que tem logar a responsabilidade da pessoa collectiva e aquelles em que respondem os funcionarios, é uma questão de facto que deve ficar entregue ao arbitrio do juiz.

Mas, dum modo geral, tendo os administradores duma entidade collectiva deveres especiaes

para com esta, facilmente se concebe como possa ter logar a responsabilidade pessoal daquelles; não poderá sem duvida subtrahir-se á sancção penal, embora tenha logar a responsabilidade da pessoa juridica, o funcionario que commetta um abuso de poderes. Deve sempre ter-se em vista que, estando o funcionario publico investido de um direito politico, pelo qual representa um órgão do ente publico, este tem todo o interesse em que elle faça bom uso das faculdades e poderes que lhe confia. O Estado tem interesse, e mesmo o dever de assegurar a felicidade e bem estar social, e a este fim é dirigida a sua auctoridade, apresentando-se como indispensavel para a completa harmonia no seio do Estado uma ordem juridica destinada a garantir e impôr como obrigação aos funcionarios o regular exercicio dos direitos politicos, comminando penas para qualquer illegitimidade ou falta nesse exercicio.

E assim apparece justificada a responsabilidade penal do funcionario; devendo ainda ter-se em vista não só a difficuldade de reintegrar o direito lesado, bem como a efficacia da pressão psychologica que, com a ideia das penalidades em que poderão incorrer, se exerce sobre o animo daquelles a quem se acha confiada a execução da lei.

E do mesmo modo, saindo dos limites do direito publico, um director duma companhia de ca-

(1) CHIRONI, *C. extracontr.*, n.º 138, pag. 332.

minhos de ferro do Estado, que, por deixar em mau estado o material, provocou um desastre qualquer constituindo por um lado em responsabilidade a companhia que nelle se personificava, incorre simultaneamente por sua parte em responsabilidade civil como auctor de uma grave transgressão, emquanto por negligencia ou impericia, ou descuidada escolha dos seus subordinados foi a causa remota do desastre (1).

Segundo alguns escriptores, a pessoa moral é equiparada a qualquer committente, sendo assim os seus administradores considerados como simples commissionados, de cujos factos illicitos surge para o committente (pessoa moral) responsabilidade indirecta, nos termos do artigo 1153.º do codigo civil francez e 2380.º do nosso codigo civil. Sendo, porém, o fundamento de taes disposições a presumpção de culpa da parte do committente, não parecerá facil torná-las extensivas ás pessoas moraes, não podendo relativamente a ellas ter logar aquella presumpção, visto que por si, na sua constituição íntima, são naturalmente incapazes de actuar e de querer.

Na sua indeterminação não especificam aquel-

(1) SICILIANI, obr. cit. IV, pag. 40 a 67, n.ºs 23-35; Sr. Dr. GUILHERME MOREIRA, obr. cit., § 122, pag. 771 e 772.

les artigos quaes os individuos e quaes as relações que têm em vista; mas não obstante ser tão vasta a escala dos serviços humanos, que em qualquer acto e a qualquer tempo, cada um pode considerar-se committente ou commissionado, não se nos afigura que nesta área possam incluir-se os representantes da pessoa moral, tomado que seja o termo na sua precisa e rigorosa accepção, significando aquelles que em face de terceiros constituem os órgãos de formação da vontade de um sujeito de direitos.

Sendo certo que todo o encargo ou incumbencia suppõe uma vontade dirigida neste sentido e estranha, portanto, e independente da vontade do commissionado, como pretender que o administrador de qualquer entidade seja um commissionado desta, que em si, abstractamente, é incapaz de estabelecer qualquer relação de commissão, insusceptível de lançar qualquer encargo. A responsabilidade indirecta suppõe necessariamente a coexistencia de dois sujeitos de direitos, livres e bem distinctos, quando no caso presente ha apenas, em face de terceiros, um unico sujeito, cessando por uma ficção juridica a distincção entre os dois individuos e surgindo apenas uma vontade; ha uma verdadeira identificação, que apenas conduz á responsabilidade directa ou por facto proprio.

É, porém, no campo do direito publico que mais

saliente se torna a falsidade da doutrina que vimos combattendo.

Assim os funcionarios publicos são os órgãos ou representantes tanto do Estado como das demais entidades publicas, concorrendo com a propria vontade para a formação da vontade daquellas entidades. É frisante neste caso a inoportunidade do termo *commissionado*, que apenas se poderá applicar áquelles que executam materialmente ou technicamente qualquer serviço no interesse de outrem, aos funcionarios que se limitam a executar as deliberações que outros tomaram. Evidentemente não poderemos chamar *commissionado* ao ministro de Estado, ao governador civil, ao administrador do concelho, ao juiz, etc., os quaes desempenham uma função publica, para a qual se exige uma vontade e deliberação propria.

Não é, pois, admissivel a doutrina que apenas admite a responsabilidade indirecta do Estado, havendo casos em que o funcionario se apresenta como um órgão do ente publico ao qual empresta como vimos, a sua intelligencia e a sua vontade, tendo então logar, como sabemos, a responsabilidade directa.

Jurisconsultos ha, porém, que procurando fundamentar as disposições citadas dos codigos francez, italiano e portuguez, consideram os creados

ou *commissionados* como representantes dos patrões ou *committentes*, donde resulta que será directa ou indirecta a responsabilidade em que o Estado incorre pelos factos illicitos dos seus funcionarios que desempenham uma simples função de instrumento.

Não se nos afigura, porém, que seja exacta tal doutrina, e para mostrar quanto ella é inadmissivel, comecemos por notar que se as relações entre patrões e *commissionados* representassem realmente um mandato, apenas responderiam aquelles pelas obrigações contraídas em seu nome dentro dos limites do mandato, sendo só os creados ou *commissionados* que houvessem excedido as ordens ou instrucções recebidas responsaveis pelos danos que causassem, quando nos termos do artigo 2380.º os *committentes* respondem pelos prejuizos causados pelos creados ou *commissionados*, mesmo quando estes tenham excedido as ordens e instrucções recebidas.

E a responsabilidade solidaria dos *committentes* e *comissionados* que o mesmo artigo estabelece, diz o Sr. Dr. GUILHERME MOREIRA, não se concilia de modo algum com a ideia de representação, porquanto, relativamente aos patrões ou *committentes*, os actos dos *commissionados* ou seriam illicitos em virtude do mandato que aliás era legitimo, quando o *commissionado* não era já manda-

tario por ter excedido os limites do mandato, ou, se o mandato tinha por objecto um acto illicito, seria nullo, e, portanto, não haveria representação jurídica, derivando a responsabilidade do facto de o committente e o commissionado serem conjuntamente auctores do damno.

No artigo 2380.º, continua o douto professor, apenas se tem em vista estabelecer uma garantia a favor do lesado na responsabilidade que se faz recair sobre os committentes, que mais facilmente satisfarão a indemnização.

Refere-se o citado artigo precisamente ás pessoas encarregadas da prestação de serviços em que não haja representação. Os serviços de que estes creados ou commissionados são incumbidos podem ser licitos, e acontecer que aos committentes não caiba responsabilidade alguma nos danos por elles causados na execução desses serviços, considerados em si os factos de que resultam esses danos. É assim que se um machinista deixa de deitar agua na caldeira, occasionando, por negligencia, uma explosão, pratica um acto contrario á vontade do patrão, e não poderá neste caso resultar para este responsabilidade directa, visto que nem foi o auctor material do damno nem a explosão foi devida a culpa ou negligencia da sua parte. Baseia-se o artigo 2380.º sobre a presumpção de *culpa in eligendo* e *in vigilando*, da parte

do committente, e esta presumpção pôde dar-se relativamente ás pessoas incumbidas de certos serviços pelos órgãos do Estado, que assim será susceptível de responsabilidade indirecta (1).

Do que deixamos exposto neste capitulo se vê, pois, que ás pessoas moraes e ao Estado nesta qualidade é perfeitamente adaptavel o criterio que procuramos defender relativamente á responsabilidade das pessoas'physicas, devendo igualmente subsistir a intervenção da equidade impondo, por vezes, a reparação nos casos em que não haja culpa e regulando, quanto seja necessario, a graduação da indemnização. Neste campo, porém, terá certamente o elemento da equidade um novo alcance e uma acção diversa, especialmente em relação ao Estado, attenta a sua situação em relação ao particulares e o seu dever de protecção social.

(1) SICILIANI, obr. cit., n.º 9, pag. 17 a 19. Sr. Dr. GUILHERME MOREIRA, obr. cit., pag. 772 a 774.

CAPITULO II

Theorias sobre a responsabilidade das entidades collectivas

Para completar o nova referencia á theoria de ORLANDO, depois de a termos examinado em relação aos actos dos particulares, vejamos agora a sua applicação á entidade do Estado. Procurando tornar extensivo a este campo o seu novo criterio, observa ORLANDO que das razões adduzidas pelos escriptores e pela jurisprudencia como base da responsabilidade directa do Estado, a que se refere a insufficiencia do conceito da culpa, resulta em primeiro logar a consciencia da desnecessidade deste elemento subjectivo. É este precisamente o elemento negativo da sua doutrina, que assim subsiste ainda no dominio da responsabilidade da administração publica. E em linha de reconstrução positiva, a razão decisiva para a attribuição da responsabilidade consiste, segundo a sua theoria, em que, aproveitando o Estado com o legitimo

exercício da sua actividade, deve igualmente supor o risco dessa actividade, de que tira uma vantagem, ou um commodo geral. Este é o principio fundamental da sua construcção.

Accentuando a differença entre a communidade e o individuo, e entre interesse colectivo e individual, observa que a sciencia juridica moderna procura estabelecer em vez do sacrificio reciproco que dantes se invocava, a reciproca harmonia dos dois interesses. Enuncia o bem conhecido e elementar postulado de que o interesse da communidade representa a somma dos interesses individuaes, observando em seguida que apesar disto se poderá conceber o interesse do individuo independentemente do interesse commun.

Assim, a construcção de uma linha de caminho de ferro, podendo aproveitar e proporcionar um beneficio a qualquer cidadão considerado como membro da communidade, poderá representar ao mesmo tempo um prejuizo para o proprietario cujo predio seja atravessado pela linha, quando lhe não seja dada a correspondente indemnização.

Deste modo estabelece o direito publico moderno o principio de que os meios necessarios para que os fins do Estado, mediante os quaes a administração publica visa a felicidade e bem estar dos cidadãos, se possam realizar, devem pesar igualmente sobre a universalidade dos cidadãos. E fei-

tas estas considerações, conclue ORLANDO que este postulado, referido aos prejuizos que dos actos da administração derivam para os individuos, leva novamente á justiça e necessidade da responsabilidade do Estado e confirma a correspondencia entre este principio e a sua formula.

Objectamos, porém, com GIORGI que á acceitação deste systema se oppõem as mesmas razões que obstavam a que podesse adoptar-se como base da responsabilidade civil das pessoas physicas. Na verdade, se o Estado responde como pessoa moral, não deverá, pelo que respeita á responsabilidade, differir de uma pessoa singular, podendo ser, como qualquer cidadão, obrigado a reparar os danos causados. E as mesmas injustiças e inconvenientes a que levava a theoria de ORLANDO no campo da responsabilidade das pessoas physicas, terão agora logar nos dominios da responsabilidade do Estado. Assim, poderá acontecer que os prejuizos, embora visivelmente occasionados pela administração no exercício da sua actividade, sejam na verdade devidos a negligencia do damnificado, isto é, a culpa dos particulares, tendo, portanto, inteiro cabimento nesta hypothese as considerações e razões que sugerimos relativamente á responsabilidade civil das pessoas physicas.

Nada importa, diz ainda ORLANDO, a distincção da actividade em juridica e social. Não se poderá

decerto exonerar o Estado de responsabilidade, quando o damno seja causado no exercicio da primeira fôrma de actividade, allegando o aspecto de *necessidade* que caracteriza a intervenção do Estado naquella caso. Não é, podia dizer-se, actividade *voluntaria* a que o Estado desinvolve para manter o direito, a ordem, a segurança interna, etc. Esta necessidade está na causa immediata, remota e originaria do damno, na actividade de que elle resulta.

Oppõe a isto ORLANDO, que aquella differença na razão da actividade do Estado não só é indifferente áquelle que com ella soffre, como tambem sob o ponto de vista da razão determinante da nova ideia de responsabilidade. Assim, seja qual for o character da actividade do Estado, seja ou não necessaria a sua acção, é sempre certo que ella tende a realizar o bem commum e não é justo em qualquer caso que o bem commum se obtenha com o sacrificio exclusivo de um particular.

Adiante apreciaremos o valor desta distincção de fôrmas de actividade do Estado.

Finalmente se deprehende já, que ORLANDO cria nestes termos uma responsabilidade especial para os entes publicos, assentando num principio de direito publico a justificação da responsabilidade desses entes, por factos de que não poderá dizer-se que resulte rigorosamente responsabilidade civil.

E é tanto mais para estranhar que ORLANDO dê assim uma figura propria e exclusiva á responsabilidade do Estado, quanto é certo que elle procura no seu trabalho pôr bem em evidencia que não se trata de uma figura constitucional e exclusiva propria do direito publico.

Explicará até certo ponto, diz GIORGI, referindo-se ao systema de ORLANDO no campo da responsabilidade do Estado, a responsabilidade, as compensações devidas pelos *factos licitos* com os quaes o poder publico pôde impôr sacrificios aos cidadãos, como a expropriação por utilidade publica, ou certas associações de seguro pelos infortunios do trabalho, que se contam entre as pretensões do socialismo. «Mas não servirá para explicar a responsabilidade *ex facto illicito ministrorum* pelos delictos e quasi-delictos, que tem fundamentos e regras proprias» (1).

Dentre os escriptores que se occupam da doutrina da responsabilidade do Estado, numerosos são os que a admittem segundo a natureza dos actos ou a indole das funcções a que o acto se refere, de alguns dos quaes apresentaremos em seguida as doutrinas.

(1) ORLANDO, obr. cit., § 15, pag. 370 a 378. GIORGI, obr. e tom. cit., pag. 518 e 519.

STRYKIO depois de enumerar os escriptores que propugnam a doutrina da irresponsabilidade do Principe pelos factos illicitos positivos praticados pelos seus ministros e os que defendem a these opposta, nota a grande necessidade de estabelecer a este respeito uma distincção fundamental: ou ao Principe não é imputavel *culpa in eligendo*, sendo o ministro, por elle escolhido, de boa moral e de reconhecida idoneidade para desempenhar as funcções e realizar os actos que como tal lhe competirão, ou procede culposamente, peccando por má escolha, nomeando individuos mal cotados e de má reputação e conjuntamente ineptos para o desempenho do cargo a que são destinados.

No primeiro caso, se, depois de escolhido pelo Principe, o ministro se preverte e vem a praticar actos não excusaveis em absoluto com os quaes prejudica os particulares, não deverá o Principe, que os soube escolher, responder pelo damno que porventura assim venham a causar. No segundo caso, porém, deverão os erros dos ministros recair sobre o Principe que na escolha daquelles procedeu com culpa. Esta mesma distincção applicou-a STRYKIO com algumas alterações aos danos que os ministros causam com factos negativos.

Não poderá de certo contestar-se que nesta theoria transparece um principio de rigorosa justiça, que consiste em exigir, para que haja a

responsabilidade, que se prove o concurso da culpa.

Segundo a theoria proposta no congresso dos juristas allemães, o principio da responsabilidade do Estado apenas se applica no caso de locupletação do proprio Estado, e na hypothese de arrecadação de dinheiro ou quaesquer moveis por parte dos empregados. Leva pois esta doutrina a fazer uma distincção mecanica nos casos em que o Estado deveria ou não responder, o que se nos afigura em extremo injustificavel.

Uma das theorias, porém, que maior importancia nos merece como sendo a que tem recolhido o maior numero de adeptos, é a que distingue no Estado duas personalidade relativas a duas ordens diversas de funcções, uma personalidade politica no exercicio necessario ou inevitavel e essencial de funcções soberanas e uma personalidade juridica no desempenho das funcções de natureza patrimonial e economica, quer no interesse publico abstractamente comprehendido quer em proveito deste ou daquelle individuo particular, ou melhor, duas funcções differentes, funcção de *imperio* e funcção de *gestão*, distincção esta a que, como vimos, ORLANDO se oppõe pelas razões acima apontadas. Esta theoria, defendida por BONASI em Italia, é seguida por LAROMRIÈRE e SOURDAT em França.

Entende BONASI que é do moderno conceito racional e juridico do Estado, que deve necessariamente deduzir-se o criterio fundamental a seguir neste assumpto. O Estado, organismo etico-juridico, sendo directamente destinado a assegurar á sociedade humana, as suas condições de existencia e de bem estar, tem consequentemente como fins essenciaes a manutenção da ordem e segurança interna, da segurança externa, a protecção do direito, o impulso e tutela dos direitos moraes, intellectuaes e economicos.

Incumbem, porém, ao Estado, a par destes, outros fins ou officios secundarios e subordinados que representam os meios necessarios para o conseguimento daquelles, que têm antes uma razão de utilidade e não de necessidade, e pelos quaes o Estado se põe em concorrência com a actividade individual, supprindo-a no interesse geral. Em vista desta segunda missão exerce, pois, o Estado uma dupla ordem de funções perfeitamente distinctas. E é desta diversidade, diz BONASI, que se manifesta tanto no titulo com que o Estado exercita as suas varias funções como no character objectivo destas, que surge naturalmente o criterio fundamental por que nos devemos orientar ao definir os casos em que o Estado fica isento de responsabilidade pelos actos dos seus agentes, daquelles em que esta sobre elle deve pesar.

«Quando com effeito o Estado procede como soberano para o desempenho da sua missão social, exercita necessariamente uma função de imperio, em face da qual são inconcebiveis entre elle e os cidadãos relações de igualdade, das quaes unicamente podem surgir relações de direito e obrigações reciprocas, faltando assim a condição essencial para a applicação das disposições das leis civis» (1).

Mas quando o Estado se despe deste aspecto soberano, sai da orbita destas funções essenciaes e apparece como proprietario de bens moveis e immoveis, estipula contractos, como rendeiro, como credor, constructor de trabalhos, empresario, industrial privilegiado. etc., quando enfim pratica actos que por sua propria indole são proprios do individuo, podendo ser abandonados á iniciativa particular individual, actos que objectivamente considerados caem sob o dominio das leis civis, como voluntariamente se colloca numa situação de igualdade com os cidadãos, deve então ficar submettido ao imperio da lei commum.

No primeiro caso, o Estado, como pessoa politica, não responde pelas culpas dos proprios funcionarios que ficam só devedores da indemnização em face do particular lesado com o acto arbitrario

(1) BONASI, cit. *Rev. ital.*, tom. 1, pag. 5.

ou culposos, que apenas poderá intentar acção contra o proprio funcionario; no segundo caso, o Estado, como pessoa juridica, é um verdadeiro committente sujeito assim é responsabilidade indirecta nos casos em que o codigo civil a imputa a quem procede por meio de interposta pessoa.

Em materia de culpa aquiliana, apressa-se a observar BONASI, em thema de delictos e quasi-delictos, não deixa, certamente, de ter logar a responsabilidade pessoal dos funcionarios, mesmo que se trate do exercicio de funcções soberanas ou de actos de imperio, pois que a razão que isenta o Estado por tal ordem de funcções de obediencia á lei civil, não subsiste a favor dos agentes, cujo facto pessoal não deixa de ser o facto pelo qual um individuo culposamente prejudica um terceiro, obrigando-se para com elle a prestar a correspondente indemnização.

Em 1875, numa monographia publicada na *Giurisprudencia italiana* (1), apresentava GABBA sobre o assumpto da responsabilidade do Estado uma doutrina substancialmente affirm do systema de BONASI, como este ultimo auctor é o primeiro a observar (2).

Distinguia o notavel professor entre funcções

proprias e improprias do Estado; relativamente ás primeiras nenhum principio de direito civil era applicavel ao Estado, pessoa juridica de direito publico, inteiramente *sui generis*; relativamente ás funcções improprias achava-se o Estado sujeito ás normas da relação *istitoria*, considerando-se, porém, como funcções improprias os actos e factos dos funcionarios publicos das administrações por conta do Estado (*regie*) e administrações ou empresas governativas de indele juridico-privada assumidas e dirigidas por este, bem como os contractos de natureza particular realizados com os cidadãos pelos funcionarios publicos, applicados a qualquer ramo da administração publica, mesmo que fosse num interesse politico ou organico (*statuale*), como o aprovisionamento dos exercitos e dos carceres.

A differença entre este systema e o anteriormente apresentado apenas consiste em que, emquanto BONASI se apoia sobre uma consideração *meramente subjectiva*, fazendo distincção entre os casos em que o Estado figura como pessoa politica ou ente soberano, e aquelles em que se apresenta como pessoa juridica, GABBA apenas attende ao character *objectivo* das funcções, differença esta, sem duvida, mais de methodo do que de substancia, pois que numa e noutra doutrina a distincção contém essencialmente o mesmo conceito.

E até certo ponto coincidem as duas doutrinas

(1) *Giurisprudencia italiana*, vol. 27.

(2) BONASI, cit. *Rev. ital.*, vol. I, pag. 24.

nas suas applicações praticas, visto que as funções que GABBA taxava de *improprias* correspondem precisamente aos actos em que segundo BONASI o Estado procede como pessoa juridica, isto é, aos actos que denomina de *gestão*. Sómente GABBA não se limitava a attribuir a responsabilidade civil ao Estado apenas no exercicio de funções improprias, mas, a titulo de excepção, admittia igualmente essa responsabilidade pelos actos dos verdadeiros e proprios agentes da força publica. Observemos apenas com BONASI que a extensão destas duas excepções pouco se harmoniza com o principio da irresponsabilidade do Estado, que GABBA proclama.

Mais tarde, porém, reproduzindo apenas com maior copia de doutrina e com ligeiras alterações o systema que havia formulado, voltou GABBA a tratar do mesmo problema; limitou-se então a restringir as excepções ao principio de irresponsabilidade do Estado pelos factos illicitos dos funcionarios nas funções estaduaes ou de direito publico (*statuali*), 1) aos prejuizos causados aos particulares, pelos soldados ou pelos seus animaes em occasião de manobras ou operações militares; 2) aos abusos dos funcionarios publicos encarregados por qualquer titulo da guarda ou gestão de cousas e valores de qualquer genero que lhes hajam sido confiados pelos cidadãos particulares na conformidade das leis ou regulamentos.

Restringindo a *regra* da irresponsabilidade ao a circulo propriamente politico ou *estadual*, para nos servirmos da sua expressão, não duvidando da responsabilidade do Estado pelos abusos dos funcionarios nas relações de indole patrimonial nos serviços em que o Estado procede não em obediencia a uma necessidade mas no intuito de offerecer maior commodo aos cidadãos, ou cedendo a uma razão do lucro, não atraiçoa GABBA em substancia a distincção entre actos de imperio e de gestão, embora a não acceite expressamente, allegando que envolve uma sub-distincção das funções propriamente politicas ou estaduaes.

Observemos, porém, com GIORGI que assim não é, no animo dos que apresentaram tal distincção, coincidindo as funções politicas e organicas (*statuali*) com os actos de imperio, e as funções patrimonias com os actos de gestão.

É, porém, novo o fundamento que agora invoca para justificar tanto a regra como a excepção; entendendo que se trata de uma questão, de um direito especial, isto é, de uma «parte especial do direito civil que nada tem que ver com o direito dos particulares» e cujos principios são ainda pouco menos do que ignorados, observa que é nesse campo que se deve collocar a questão, para que se possam attingir proficuos e seguros resultados, invocando apenas os recursos da razão «isto é, da *ratio non scripta* visto que falta a *scripta*».

Não nos parece, contudo, que o novo aspecto em que a questão assim é collocada lhe traga a desejada resolução. Das suas novas considerações deduz GABBA que é apenas por intermedio dos seus órgãos ou funcionarios que o Estado se transforma de conceito abstracto em ente concreto, sendo a acção variada destes que fórma a vida e a acção concreta do Estado, além da qual elle apenas constitue uma mera abstracção. E, nestes termos, fallar da responsabilidade do Estado pelos abusos dos funcionarios publicos parece ao notavel professor um inexplicavel contrasenso, visto que tal proposição involveria necessariamente a separação do Estado e dos seus funcionarios, oppondo aquelle a estes uma força distincta da sua, conceito absolutamente arido e esteril que, a mais, manifestamente envolve uma petição de principio.

Observemos, porém, com BONASI que este mesmo principio da identificação do Estado e dos seus funcionarios, que com tanta firmeza e convicção GABBA chama a campo para proclamar a isenção normal do Estado, com muito maior facilidade, e muito mais fundamentadamente conduz á these opposta, ao principio da responsabilidade do Estado, e neste intuito tem sido opportunamente invocado por differentes escriptores.

Não se poderão confundir as relações internas entre o Estado e o funcionario, como refere SICI-

LIANI, e as externas com os particulares em face dos quaes está o acto do funcionario como homem ou o acto do Estado (*official*) (1).

Não se poderá nunca assentar a irresponsabilidade do Estado na reflexão de que a personalidade do Estado nas funcções internas proprias e nos exercicios militares se confunde com a dos funcionarios, pois que, diz muito bem GIORGI, este argumento subtil é inconcludente, tendo apenas o valor de conduzir logicamente a converter a responsabilidade do Estado em responsabilidade directa ou de facto proprio (2).

Mas se considerarmos agora attentamente a vida das pessoas moraes, deparar-se-nos-hão serios embaraços e reconheceremos que o principio de GABBA prova demais, porquanto, em todos os corpos moraes, como entes autonomos, tudo se dissolve, seprimindo os funcionarios, numa ficticia abstracção legal, e assim em nenhum caso se conceberá, de qualquer especie que sejam as funcções de que se trate, como possam as pessoas moraes responder pelos actos dos seus funcionarios. Pelos actos do governo apenas se póde admittir, diz o illustre juris-

(1) SICILIANI, *Mon. cit.*, pag. 76.

(2) GIORGI, *obr. e tom. cit.*, pag. 519, n.º 356. Conf. SICILIANI, *Mon. cit.*, pag. 76.

consulto, a responsabilidade pessoal dos funcionarios, e acrescenta que esta responsabilidade forma um só todo com a responsabilidade do Estado, como este, em concreto, e precisamente por este motivo, forma um só todo indescernível com os funcionarios.

Ora note-se, como o faz com toda a razão BONASI, que na doutrina de GABBA, emquanto se identifica a personalidade e responsabilidade do Estado e dos funcionarios numa questão meramente patrimonial, não sendo a responsabilidade civil mais do que obrigação de reparação do prejuizo causado, vai-se por outro lado dividir arbitrariamente os patrimonios do Estado e dos funcionarios, pon-do-se a salvo o daquelle e deixando apenas o destes exposto á acção dos damnificados (1).

Com igual proficiencia critica BONASI o fundamento em que GABBA apoia as suas excepções, mostrando, relativamente á primeira, que a razão moral que invoca, de que se trata de individuos que muitas vezes se não podem identificar em juizo e que na maior parte dos casos não poderiam materialmente indemnizar os prejuizos que muitas vezes causassem, teria igualmente applicação e valor em muitos outros casos, e observando quanto á razão juridica de que os soldados não são verdadeiros

funcionarios por não participarem do poder publico, que os chefes ou commandantes sob cujas ordens procedem, o são, sem duvida, em sentido restricto, e perguntando se não deveria valer agora o principio da identificação com que se pretende justificar a irresponsabilidade do Estado. Pergunta tambem além disto SICILIANI se não seria estranho na esphera das funcções politicas responder sempre o Estado pelos prejuizos causados pelos seus soldados e não pelos occasionados pelos seus funcionarios.

Relativamente á segunda, porém, nota apenas BONASI que não se póde fallar de excepção em thema de funcções *proprias*, visto que se trata de relações de indole juridico-privada, as quaes em face do proprio systema de GABBA entram na especie das funcções *improprias* do Estado (1).

E neste sentido, acrescenta ainda SICILIANI relativamente á segunda excepção, que o fundamento que GABBA invoca, considerando que entre os militares e os particulares não podem vérificar-se relações juridicas de character publico, mas apenas relações do facto em ordem ás quaes é manifestamente impossivel considerar os militares como verdadeiros funcionarios publicos, não tem valor al-

(1) BONASI, obr. cit., vol. cit., pag. 23.

(1) BONASI, obr. cit., vol. cit., pag. 28 e 29.

gum, quando os militares se apresentam como agentes da força publica.

Mas, affirma ainda o notavel escriptor, mesmo nos outros casos é igualmente uma verdadeira funcção do Estado que os militares desempenham, sendo a designação de funcionarios a que lhes cabe, pois que, se assim não fosse, teriamos de applicar os principios da responsabilidade indirecta do committente e não poderiamos fallar de responsabilidade directa do Estado, visto que a identificação do Estado com o seu agente apenas é viavel emquanto se verifica o exercicio de uma funcção (1).

Destas ideias não se afasta, porém, tanto nas suas conclusões, como á primeira vista se poderia imaginar, o notavel professor MEUCCI, partindo muito embora de um conceito diverso, de um principio diametralmente opposto.

Sustenta o principio de que o Estado responde sempre, em regra, pelos abusos dos funcionarios publicos, sem distincção de funcções; fundamenta, porém, esta responsabilidade do Estado nos principios do *actio institoria* dos romanos, considerando os funcionarios publicos como *institori*, ou como verdadeiros commissionedados em face do governo. E a razão fundamental e decisiva que leva MEUCCI,

bem como CHIRONI, a enunciar como regra a responsabilidade do Estado, este ultimo, porém, com maior rigor levando o principio ás suas ultimas consequencias, na applicação ao Estado quando funcione como tal, um principio de direito privado, consiste em que o Estado, seja embora regido por normas especiaes de direito no exercicio das suas funcções proprias, não deixa porisso de se mover dentro duma orbita juridica, que não pôde ultrapassar, sem que para elle surja a obrigação de reparar o direito offendido.

Abre, porém, uma excepção ao principio da responsabilidade para os actos do poder legislativo, do poder judicial, para o exercicio da funcção regulamentar das leis, bem como para o ensino publico. Bem se comprehende como se tenha que abrir uma excepção pelo que respeita ao poder legislativo, excepção que se conforma mesmo com o systema de MEUCCI, porquanto suppondo a responsabilidade a lesão injusta de um direito, sendo a lei a fonte do direito, como contra o legislador se não comprehendem nem concebem direitos assim se não podem admittir razões que obriguem a indemnização, é a unica limitação que poderá soffrer o principio da responsabilidade. Em face do principio que sustenta não se poderão já comprehender as excepções relativas ao poder judicial e ao ensino, porquanto, achando-se o Estado numa relação *ins-*

(1) SICILIANI, *Mon* cit., n.º 42, pag. 75 a 81.

titoria com os seus funcionarios, sem distincção de funcções, não ha razão que o revista de immuni-
dade pelos factos destas duas categorias de com-
missionados.

Nem se diga, como fazem alguns escriptores, como, por exemplo, GIORGI, que MEUCCI exceptua ainda os actos discrecionarios, porquanto é absurdo fallar de excepção para taes actos, que por si já excluem a ideia de responsabilidade. Esta suppõe sempre a lesão de um direito e em thema de faculdades discrecionarias ou seja de attribuições cuja extensão depende de apreciações inteiramente subje-
ctivas, não se poderá juridicamente dizer que se excederam os limites de taes faculdades e que haja desse modo violação de um direito. Como o proprio MEUCCI é o primeiro a declarar, não se trata de uma restricção ao principio da responsabilidade mas dos limites naturaes desta, seja qual for a theoria que se adopte.

Não parecerá, porém, facilmente admissivel o criterio de MEUCCI, não podendo acceitar-se sem objecção o principio de que é a *actio institoria* dos romanos a fonte juridica da responsabilidade do Estado; deverá repellir-se um tal criterio, diz com toda a razão GIORGI, porque a *institoria* foi uma acção restricta exclusivamente ás violações de direito privado que os romanos nunca pensaram em adaptar ao Estado. Preverte-se, pois, a significa-

ção e alcance de tal relação com a applicação que della pretende fazer MEUCCI.

DE FALCO e LAURENT entendem que o problema da responsabilidade do Estado se deve converter de uma questão de direito numa questão de facto, abandonada á escrupulosa investigação do juiz e aos diversos criterios praticos especificos, pondo de lado os diversos principios e theorias.

LAURENT considera o Estado responsavel, quando se possa coisiderar como committente; admitindo como o Tribunal de Cassação que o artigo 1384.º do codigo civil francez é applicavel ao Estado quando este figura naquella qualidade, observando que «o texto e o espirito da lei concorrem para tornar o Estado responsavel quando é committente» (1), accrescenta que a difficuldade está em saber quando o Estado se póde considerar como tal e quando os funcionarios e empregados se podem dizer com-
missionados. Subsistem neste campo as mesmas condições que se exigem relativamente aos particu-
lares, mas se a applicação de taes condições é difficil quando se trata de particulares, essa difficuldade, diz LAURENT torna-se particularmente consi-
deravel para o Estado; e formulando o criterio para determinar os casos em que o Estado é ou não

(1) LAURENT, *Principes de droit civil français*, 1887, tom. XX, n.º 593, pag. 636.

committente, indicando esses casos, termina por observar que «é ao juiz que compete apreciar em cada especie se as ideias de committente e de commissionedo podem applicar-se ás relações do Estado e dos funcionarios; a questão é de facto mais do que de direito» (1).

Diz LAURENT que o Estado é committente quando é elle que opera por intermedio de um agente, não o sendo, porém, quando o funcionario procede, não como commissionedo e instrumento do Estado, mas sim por sua propria auctoridade como exercendo a missão social que lhe é confiada. Tal theoria, porém, como muito bem observa BONASI, resolve-se numa simples petição de principios.

Na verdade qual o criterio para distinguir um e outro destes casos, isto é, para precisar quando o funcionario obra como instrumento do Estado, ou no desempenho da sua missão social? (2).

Mas digamos ainda, com GIORGI, que de modo algum DE FALCO e LAURENT vêem resolver nem sequer facilitar o problema, pois dizer que a questão se deve resolver de um modo ou de outro, conforme os diferentes casos, é apenas enunciar a difficul-

dade sem dar um passo para a sua resolução. Affirmar que se deve examinar se o acto do funcionario publico, diz GIORGI, lesa um direito ou fere um interesse, é apenas annunciar uma das condições essenciaes da responsabilidade em geral, mas não tratar do problema especial de que nos occupamos (1).

Partindo embora de principios differentes, afastando-se na argumentação scientifica, BONASI, GABBA e MEUCCI, chegam frequentemente a identicas conclusões que representam a applicação pratica dos seus principios. Assim todos concordam em admittir a responsabilidade do Estado por todos os actos dos seus funcionarios nas empresas ou administrações por conta do Estado (*regie*) e nos serviços publicos voluntariamente assumidos pelo Estado, bem como pelos actos que se referem á gestão do seu patrimonio; e facil é de ver que em ultima analyse estes nada mais são do que os actos de gestão, emanados da personalidade juridica do Estado.

Segue tambem GIORGI a theoria que distingue entre actos de gestão e actos de imperio e que, como já dissemos, é sem duvida a que até hoje tem

(1) LAURENT, obr. e tom. cit., pag. 368 e 369, n.º 593.

(2) BONASI, obr. e tom. cit., pag. 32.

(1) GIORGI, log. cit., pag. 518.

contado maior numero de defensores. Remontando a NERI BADIA, além dos propugnadores que já enunciámos, foi reconhecida pelo ministro da justiça italiano no relatório do projecto apresentado á Camara dos Deputados em 25 de novembro de 1876 e conta com o favor de não poucos juristas alle-mães (1).

Passemos agora a analysar o valor de tal doutrina e vejamos se parecerá razoavel isentar o Estado de responsabilidade, quando pratique actos de soberania ou imperio, no exercicio da sua função politica. O fim dos actos realizados é então essencialmente publico, dizem os partidarios de tal distincção, de interesse geral e deve então poder o Estado praticá-los sem que a sua acção possa soffrer impedimentos e embaraços ou incertezas de qualquer ordem. Neste caso é o funcionario que pessoalmente deve responder pelos prejuizos que culposamente occasiona, sendo a acção contra este e o recurso a titulo gracioso para requerer a revogação ou reforma dos actos prejudiciaes as unicas

(1) Vej. BONASI, *Monographia* cit., pag. 1 a 33. SICILIANI, obr. e tom. cit., pag. 73 e 74, 81 e 82. GIORGI, obr. e tom. cit., n.º 352 e seg. CHIRONI, obr. cit., pag. 501 e 502. LAURENT, obr. cit. pag. 630 a 642, n.º 590 e segg.

garantias dos cidadãos neste campo, além das garantias constitucionaes e administrativas. Ao passo que no exercicio da outra especie de funções o Estado figura como pessoa juridica ou civil, equiparado aos cidadãos e como elles sujeito ás normas do direito privado. Não são actos injuriosos os que o Estado pratica como poder soberano, sendo inteiramente inconcebivel que elle auctorize os seus agentes ou funcionarios a querer mal. Pergunta, porém, opportunamente SICILIANI se tambem isto será possivel na esphera privada.

O primeiro defeito capital que vicia esta construcção, diz muito bem CHIRONI, consiste na incerteza invencivel em determinar decisiva e nitidamente, com a precisão requerida nas construcções juridicas, a distincção na personalidade e nas funções do Estado, segundo este se considera como ente politico ou soberano, ou como entidade juridica. Essa distincção é de uma excessiva difficuldade pratica precisamente porque as duas personalidades são accessorias uma á outra, inseparaveis e intimamente connexas.

Não parece, pois, razoavel a observação de BONASI de que não é séria a objecção de que a sua doutrina offerece graves difficuldades praticas, porquanto, para julgar da orthodoxia de uma theoria, é mais logico e mais proficuo attender ao seu fundamento racional e juridico que ás maiores ou me-

nores dificuldades de applicação, visto que é justamente porque essa distincção repugna á razão e ao senso juridico, não parecendo licita em principio a distincção ou separação de duas pessoas no Estado, uma responsavel, outra irresponsavel, que a referida distincção offerece dificuldades.

É, na verdade, contraria aos principios a referida distincção entre as funcções do Estado, porquanto, constituindo este uma personalidade juridica, não será admissivel uma separação tão radical entre as funcções que exerce, que se considere como irresponsavel quando desinvolve a sua acção no campo do direito publico, respondendo, comtudo, quando a desinvolve na esphera do direito privado.

Seja qual for a indole dos actos que os funcionarios publicos praticam, é sempre a mesma e invariavel a natureza da relação entre esses funcionarios e o Estado; e sendo este susceptivel de responsabilidade, deverá esta ter logar tanto pelos actos em que figura como simples pessoa juridica, como por aquelles em que procede como poder soberano, isto é, pelos actos de imperio ou soberania, visto que os seus funcionarios em qualquer destas funcções podem offender os direitos privados dos cidadãos, causando-lhes um damno.

Mas quando assim não fosse, se BONASI apresenta a sua doutrina querendo impô-la, como a

unica verdadeira e conforme ao direito positivo, aos juizes nas suas decisões, como deixar de attender ás difficuldades que na applicação pratica offerece tal theoria? E que consideração nos poderia merecer uma doutrina desta natureza, excellente em theoria, mas que apenas tivesse o inconveniente de não poder proporcionar os maravilhosos resultados promettidos por difficuldades insuperaveis de applicação pratica?

As difficuldades são serias e graves, e delicadissimas investigações serão precisas para a sua resolução, diz BONASI, mas não auctoriza isto a pôr de lado uma theoria, desattendendo o seu valor scientifico e menosprezando os auctorizados suffragios que conta; e o caminho a seguir deverá antes consistir em procurar um criterio, um methodo com que se eliminem esses obstaculos e resolvam essas difficuldades.

Basta formar um conceito exacto da natureza da entidade soberana *sui generis* do Estado, diz BONASI, para distinguir os casos em que exercita funcções proprias da sua essencia, daquelles em que assume missões accessorias e impropriias, e este conceito não poderá de modo algum julgar-se inaccessible ao jurista e ao magistrado.

Julga então poder fixar com exemplos a distincção, mas é para notar que não apresenta uma unica caracteristica, não traça uma unica linha de demarcação entre as duas espheras juridicas.

O methodo que conduz á distincção precisa não pôde deixar de consistir no *exame cuidadoso e paciente dos officios singulares nos quaes se traduz a acção do Estado, e bem assim das leis e regulamentos por que é dirigido cada ramo de serviço, para chegar a distinguir em cada caso se se trata de função propria ou impropria do Estado e onde, em cada ramo, acaba a função de imperio e começa a de gestão* (1).

Este methodo não contém realmente imperfeição que se corrija mas offerece o desolador inconveniente de involver uma petição de principios. Os obstaculos na verdade não desaparecem assim; é precisamente aqui que surge a difficuldade e BONASI apenas a enuncia. Como distinguir então as funções e serviços em que o Estado actúa como soberano, daquelles em que procede como simples pessoa juridica?

Um minucioso e demorado exame, responde BONASI, dos differentes serviços e das disposições legislativas que os regulam.

Não accusamos, porém, os juristas e magistrados de negligencia ou impaciencia ao procurar estabelecer a distincção; não nos anima, pois, em demasia o cuidado e paciente exame que BONASI recommenda.

(1) BONASI, *Mon. cit.*, pag. 15 e 16.

Como determinar, realmente, os limites que separam as funções soberanas das de gestão, como indicar onde acaba o fim politico para começar o fim administrativo ou juridico-privado?

Parecerá decerto inconcebivel tal distincção, desde que se attenda a que o Estado, até quando pratica actos que poderão parecer simplesmente juridicos, não se despe da qualidade de ente politico que lhe é essencial. Mas além d'isto, como muito bem observa CHIRONI, o Estado assumindo varias empresas, como o serviço de correios, telegraphos, caminhos de ferro, transportes maritimos, que em nada prendem com o seu poder de soberania ou imperio, procede no interesse publico, procurando vantagens, não para si, visto que não é especulador, mas para os cidadãos unicamente.

Tendo, pois, a prestação destas vantagens um tal character, não poderá affirmar-se decisivamente que figura então o Estado como entidade politica ou como entidade juridica; e todas as resoluções em que entrassemos, além da inevitavel incerteza de conceitos por que peccariam, seriam contrarias á propria essencia da entidade do Estado que nunca perde o aspecto de ente politico.

«O Estado ente *juridico* e não *politico*, diz com toda a razão CHIRONI, não será mais o Estado, por-

que lhe faltará a razão da sua existencia» (1). E nisto se encontra sem duvida o maior defeito da theoria que examinamos, como claramente se reconhece ao procurar estabelecer uma regra *certa* para definir e circunscrever aquellas duas funcções *politica* e *juridica*, ou, o que é o mesmo, para distinguir os *actos de governo*, praticados em virtude do poder soberano, dos simples actos de gestão.

Para obter esta distincção, sugere GIORGI que se deve observar qual seja o fim *proximo* do acto praticado pelos funcionarios, pois o fim *ultimo* é sempre o interesse publico: vendo se o acto em questão deve essencialmente ser realizado pelo Estado, ou se poderia ser abandonada a sua execução aos particulares.

Entendemos, com SICILIANI, que este criterio é inteiramente inadequado e improprio, obrigando o magistrado a uma investigação que exorbitaria consideravelmente, como nota CHIRONI, das suas attribuições tendo então, continúa o notavel jurisconsulto, nas ordens politicas constituídas, que indagar sempre se teria havido correspondencia com o conceito que por si fórma da soberania, fazendo assim continuamente direito constitucional, onde

(1) CHIRONI, *La colpa contrat.* cit., pag. 503, n.º 216.

apenas teria que applicar a lei, sendo escusado notar que o juizo ficaria dependente da maior ou menor extensão que o interprete dêsse ás attribuições inherentes ao fim do Estado (1).

Teria então o juiz que proceder em cada caso a uma apreciação de facto para precisar se o Estado procedeu mal ou bem, executando por si um acto que poderia confiar á iniciativa particular, investigação esta que, além de não mudar ou facilitar a questão, pois seria sempre necessario demonstrar os casos em que ha ou deixa de haver o exercicio de direitos privados, seria ainda inutil, no sentido de que o facto de se encarregar o Estado de um acto ou serviço que os particulares poderiam tomar sobre si, não significa de modo algum que o Estado o não tenha executado como Estado, por considerações preponderantes de interesse publico.

Não parecerá tambem logico distinguir num acto fim proximo e fim remoto, porquanto, já se suppõe a união intima e substancial das entidades politica e juridica quando se sustenta que em todos os actos do Estado ha um fim ultimo ou remoto, o interesse publico, offendendo-se assim a construcção na sua base.

Mas sobretudo debaixo do ponto de vista em

(1) CHIRONI, obr. cit., pag. 503 e 504, n.º 216.

que nos collocamos, exigindo a culpa como fonte de responsabilidade, seria absoluta a inutilidade da referida distincção, mesmo quando se obtivesse uma determinação exacta e certa das suas funcções. Na verdade, mesmo no exercicio de uma funcção *politica* ou *soberana*, desde que o funcionario procede com *culpa*, desde que causa um damno offendendo o direito dos particulares, embora se trate de um facto justo em si, o facto torna-se, nestes termos, injusto, originando responsabilidade. A funcção politica apenas era *legitima* quando exercida adentro dos limites consentidos pela lei; desde que concorre a culpa, compromette-se a legitimidade do acto.

Para evitar esta difficuldade recorre-se á diversa relação entre o Estado e os seus funcionarios, quando assumem o aspecto de commissionados, nas funcções juridicas ou de gestão, ou quando a perdem, revestindo a qualidade de órgãos, tratando-se de funcções de soberania. Dizendo-se que o Estado não responde pelo exercicio das funcções da primeira especie, mas apenas pela culpa dos funcionarios no exercicio das segundas, infere-se que só no segundo caso o Estado é committente e os empregados commissionados, faltando esta relação na primeira hypothese.

Entende BONASI não ser serio objectar contra a sua doutrina que os funcionarios publicos por

um lado têm a qualidade de commissionados nos termos do art. 1153.º (codigo civil italiano), achando-se, por outro, numa relação indefinida e indefinível para com o Estado, porque, no exercicio de funcções improprias, o Estado apresenta-se como uma pessoa juridica e os actos que como tal realiza, objectivamente considerados, caem sob o imperio da lei civil, ao passo que, no exercicio de funcções organicas e politicas, figura como uma entidade *sui generis*, regulado pelo direito publico, subtrahindo-se então os seus actos ao dominio do direito civil.

No exercicio destas funcções, racionalmente consideradas, são ainda os funcionarios commissionados do Estado, mas juridicamente, em direito positivo, não se poderão definir como taes nem subjectiva nem objectivamente.

Parece-nos, porém, extremamente superficial a argumentação de BONASI, que apenas consegue sophismar a questão com abstracções inuteis e improcedentes.

Na sua doutrina não parece realmente facil desfazer a anormalidade de que é accusada. E muito bem observa CHIRONI, que se não pôde de modo algum admittir a situação que da doutrina que examinamos resultaria, com respeito á indole juridica da relação entre os funcionarios e o Estado, segundo a qual, em determinadas occasiões,

estes seriam realmente commissionados, e noutras occasiões deixariam de o ser, ficando numa relação indeterminada.

Uma e unica é a relação que os liga ao Estado. E quando se diga que, relativamente ás funções de soberania, a pessoa do Estado se identifica com a dos funcionarios, permanece sempre a necessidade de explicar como numa ordem de funções se dá tal confusão entre os funcionarios e o Estado e noutra ordem permanece em toda a sua pureza a distincção de pessoas.

Todos os funcionarios mantêm para com o Estado uma mesma relação. Entre elles e o Estado ha sempre, como dissemos, uma representação geral, quasi uma personificação; para cada funcionario, a relação que o liga ao Estado é sempre invariavel, seja qual for a indole dos actos de que se trate.

Como todos o personificam e concretizam, desinvolvendo-se por intermedio de todos a sua acção, pelos actos de todos deve sempre responder. Entre esses funcionarios, porém, destacamos duas categorias: uns, querendo livremente pelo Estado, que faz sua a vontade livre daquelles, são seus verdadeiros órgãos ou representantes, em todos os actos que pratiquem; outros, sem deliberação propria, são meros executores, simples commissionados, incumbidos da prestação de certos serviços sob as

ordens e direcção dos órgãos do Estado, seja qual for a natureza dos actos que realizem. Dos actos de uns e outros deriva sempre responsabilidade para o Estado; sómente esta será directa no primeiro caso e indirecta no segundo.

A doutrina que criticamos é bem differente da que estabelecemos. Apenas attendemos, na verdade, ao papel que na concretização da ideia de Estado desempenham os differentes funcionarios publicos, distinguindo aquelles que se podem dizer verdadeiros *representantes* do Estado, órgãos deliberantes, daquelles que apenas figuram como simples instrumentos, que tambem são seus representantes no sentido de que é por meio dos seus funcionarios que a entidade do Estado manifesta a sua propria personalidade, a sua vida juridica; ao passo que na doutrina em exame se faz distincção pela natureza das funções que no Estado se exercem e que em diversas occasiões são confiadas ao funcionario, cuja relação para com o Estado varia nos differentes casos; refere-se a distincção á relação de representação entre este e os seus funcionarios.

Extraímos da citada monographia de SICILIANI as principaes objecções que se têm formulado contra a theoria que distingue entre actos de imperio e de gestão: *a)* que o Estado é intrinsecamente uno, una é a sua personalidade, não podendo tornar-se

um ente amphibio que viva ora no campo do direito privado, ora no campo do direito publico, não se podendo separar nitidamente as differentes partes ou funções que formam o seu organismo; *b)* que se não comprehende como se possa isentar o Estado de responsabilidade como pessoa soberana, quando a mesma entidade é capaz de uma actividade patrimonial, considerando-se como una e unica a relação entre o Estado e seus empregados nas duas espheras de acção; *c)* que, a fazer-se tal distincção, igualmente se deveria poder fazer uma correspondente distincção na responsabilidade do funcionario, estabelecendo até a sua immunitade, desde que procedesse em pleno exercicio de soberania; *d)* o Estado é nas relações publicas pessoa juridica do mesmo modo que nas relações privadas, e a sua acção tanto é limitada pelo direito publico como pelo privado (1); *e)* não se póde exigir do Estado que inutilize os actos com que tem em vista alguma utilidade, mas a equidade e o direito reclamam que elle indemnize os prejuizos causados (2); *f)* o direito á indemnização é um direito.

(1) Vid. SCALVANTI, *Rev. di dir. publ.*, pag. 153 cit. por SICILIANI, *Mon. cit.*, pag. 84. MEUCCI, *obr. cit.*, pag. 257. CHIRONI, *C. contr.*, pag. 505, n.º 245. GIRON, 229 e seg. cit. por SICILIANI, *log. cit.*

(2) ORLANDO, *obr. cit.*, pag. 257.

privado, mesmo que resulte de normas de direito publico e de factos que o Estado pratica como entidade soberana; *g)* a distincção, nas suas consequencias em ordem á responsabilidade, é em si contradictoria, porquanto briga com a necessaria e imprescindivel correlação entre direito objectivo e direitos subjectivos; existindo um e outros deve o Estado reconhecê-los e respeitá-los sempre (1); *h)* que toda a categoria de actos estaduaes ou organicos (*statuali*), denominada *ingerencia social* ou *actividade social*, difficilmente achará o seu logar na bipartição de que fallamos, especialmente se se basear a caracteristica distinctiva entre actos de gestão e actos de imperio, como faz BONASI, na *utilidade* para os primeiros e na *necessidade* para os segundos (2); *i)* esta mesma distincção foi muito controvertida e combatida noutras disciplinas em que tem sido applicada, por exemplo no direito commercial, para averiguar quando e até onde o Estado cumpre ou realiza actos habituaes do commercio.

Segundo o criterio seguido em geral pela jurisprudencia para obter a distincção de que fallamos, criterio proposto por numerosos escriptores, ter-

(1) CHIRONI, *C. extra-contr.*

(2) BONASI, *Mon. cit.*, pag. 4. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, n.ºs 670 e seg.

se-hão relações privadas, quando o Estado se propõe como fim proximo o lucro ou utilidade economica; em todos os demais casos apenas se poderá fallar de relações publicas entre a administração e os cidadãos.

Não nos parece, porém, satisfactorio tal criterio. Na verdade basta attender ao fim principal, á razão de existencia do Estado, que se propõe obter o maior commodo dos cidadãos e realizar sempre o bem estar social, promovendo a felicidade juridica, material, intellectual, e social do povo, não sendo, como dissemos, especulador, será difficil encontrar actos que tenham por fim proximo e immediato o lucro, Nem seria certamente licito limitar a responsabilidade do Estado a estes actos.

Não poucas vezes pratica o Estado certos actos que em determinados momentos se podem considerar de gestão e noutros de imperio ou de natureza politica, como, por exemplo, quando para prevenir uma crise ou para obstar á elevação de preços motivada por um conluio entre commerciantes e agricultores, compra cereaes, vendendo-os em seguida por preço inferior ao da aquisição.

Realiza, neste caso, consciencientemente um acto que para elle representa uma perda e que para outros é uma fonte de lucros.

Dir-se-hia que praticou um acto de imperio? O

fim do lucro é para elle mediato, isto é, serve para a consecução ou realização do seu fim immediato e principal — o bem estar dos cidadãos.

Outros actos ha, porém, que se podem considerar mixtos de *imperio* e de *gestão*, e relativamente aos quaes é mais necessario o criterio de distincção e mais viva a discussão, como são as relações entre os funcionarios e a administração, entre esta e os concessionarios, entre a administração e os cidadãos em materia de impostos, de expropriação por utilidade publica, nas limitações ao exercicio de certas industrias, sobre cuja natureza e consequencias é erroneo e excessivo querer decidir em relação á preponderancia do elemento ideal ou do character economico ou patrimonial.

E é especialmente em face desta categoria de actos que se manifesta o vicio intrinseco da doutrina que analysamos.

Alguns jurisconsultos que a defendem, observam que a responsabilidade do Estado seria extremamente prejudicial e até ruinosa para este, não só pela influencia que teria nas suas finanças, mas ainda porque tornaria a sua acção timida e hesitante. Notamos, porém, que não pôde o direito deixar de se considerar como uma limitação á acção do Estado, tendo este necessariamente que respeitar e reconhecer esse direito, mantendo os cidadãos no goso inteiro dos direitos legitimamente

adquiridos. E a responsabilidade do Estado, longe de constituir um perigo para este, teria os mais proveitosos effeitos, seria de uma enorme conveniencia, conduzindo naturalmente a uma escolha cuidadosa dos empregados publicos, e garantiria os direitos dos cidadãos nas suas relações com a entidade publica

A inteira responsabilidade do Estado é, pois, para nós de um alcance, de um valor e de uma importancia pratica de primeira plana, sendo talvez a falta de applicação destes principios uma das causas que mais preponderantemente concorrem para o estado menos prospero de alguns paizes, sendo sem duvida uma conveniente e regular organização do instituto da responsabilidade do Estado um dos elementos que contribuem para assegurar a prosperidade deste.

É, porém, quando se encara esta doutrina na sua applicação, diz CHIRONI, que melhor se apprehende a sua inopportunidade.

Foi decidido numa sentença da Cassação de Palermo (1), argumentando-se com a distincção entre «Estado Governo» e «Estado Administração»,

que a execução dos decretos e ordens dos ministros, como das leis e dos regulamentos, constitue um acto de gestão, devendo assim responder o administrador pela culpa do agente executor.

Com tal extensão dada á função administrativa, considera sabiamente CHIRONI, destróe-se toda a utilidade da distincção proposta como fundamental.

Com a incerteza do conceito que a devia justificar, soffrê arbitrariamente ampliações e restrições, que compromettem seriamente as instituições bem como os direitos das partes interessadas.

Numerosas são as decisões judicarias que, acolhendo essa distincção, vêm a cair, ao applicá-la, em injustificaveis contradicções (1).

Algumas decisões recentes em Italia estabeleceram a these da inteira responsabilidade do Estado pelos actos de imperio, quer apoiando-se no art. 1153.º (codigo civilitaliano), quer sancionando uma responsabilidade directa.

A administração responde pelos damnos causados pelos seus representantes, quer haja quer não violação das suas obrigações contractuaes, e sem distincção entre actos de imperio ou actos de gestão, distincção que é taxada de *vaga e perigosa*. A

(1) Cassaz. di Palermo, sent. 14 aprile 1883, cit. por CHIRONI, *C. cont.*, pag. 506, n.º 218, nota.

(1) SICILIANI, *Mon. cit.*, pag. 75 e seg.

única indagação a fazer consiste em determinar se o acto é *licito*, *discrecionário* ou *illicito*, devendo apenas no terceiro caso ficar a administração responsável. Não é correcto fallar de acto illegítimo ou illicito praticado *jure imperii* ou *jure gestionis*, sendo certo que se trata simplesmente de acto *injure* (1). É anti-jurídica a separação da pessoa pública e da pessoa privada no Estado, devendo pôr-se de parte pelo menos no que respeita á responsabilidade, sobretudo porque leva a crer que só os actos que emanam da personalidade jurídica têm character jurídico.

O direito impõe-se ao Estado como ás outras entidades sociaes, bem como a politica, tal como a define ROMAGNOSI: «a arte de effectuar o util de uma sociedade civil dentro dos limites prescriptos pelo direito e segundo os motivos da moral pública».

Contém a doutrina que faz distincção entre actos de imperio e de gestão um fundo de verdade, diz SICILIANI, emquanto é certo que nalguns casos, essa distincção coincide com a distincção entre actos discrecionarios e não discrecionarios, sobre que deveria em parte assentar o systema de responsabilidade do Estado; longe está, porém, esta coincidência,

(1) SICILIANI, *Mon. cit.* pag. 90.

continua o mesmo escriptor, de se verificar em todos os actos de gestão e de imperio.

Sobre os traços suggeridos por HAURIU e LE-PORINI, organizou BORSI (1) uma nova separação entre as funcções do Estado. Dentro dos actos de gestão, separa aquelles que são essencialmente privados, com os quaes o Estado se propõe o mesmo fim economico que os particulares têm em vista ao realizá-los, dos actos verdadeiros e proprios de gestão administrativa, em que apparece já o desenvolvimento do poder publico, mas em estado potencial. Estes actos, porém, embora se refiram directamente ao interesse publico e sejam praticados em nome do poder publico, não contêm uma manifestação presente mas apenas potencial deste poder, revelando-se nos modos e nas fórmulas do direito privado.

Nem fica deste modo justificada a distincção, porquanto, embora nada haja a corrigir na divisão em si, certo é que nunca poderá, relativamente a qualquer dos grupos da tripartição, permittir como legitima a acção exorbitante ou lesiva dos direitos individuaes por parte da administração.

É para nós perfeitamente justa e inteiramente

(1) BORSI, *L'esecutarietà degli atti amm.*, n.º 14 e seg., f. 35, cit. por SICILIANI, *Mon. cit.*, pag. 90.

exacta a doutrina formulada em 11 de janeiro de 1893 pelas secções reunidas do Supremo Tribunal de Roma, segundo a qual se não poderá allegar que a divisão dos poderes e a reciproca independencia que o legislador lhes quiz assegurar no desinvolvimento das proprias funcções não permitem que os actos do poder administrativo praticados *jure imperii*, nos limites da sua jurisdição e em conformidade com as formalidades legais, sejam examinados e apreciados pelo poder judicial, porquanto, a obra da auctoridade judiciaria apenas corresponde a um *exame exterior* do acto, averiguando da sua *legitimidade*, verificando as fórmulas observadas, a competencia da auctoridade de onde emana (juizo de legitimidade).

Toda e qualquer distincção, pois, que neste sentido se faça pelo que respeita á responsabilidade, é para nós inteiramente inaceitavel.

Quando o Estado pelos actos de imperio lesa injustamente os direitos dos particulares, estes poderão sempre, vendo no Estado uma pessoa moral, chamá-lo a responder.

O Estado não pôde offender o direito constituido.

Por todos e quaesquer actos que o Estado offenda a ordem juridica constituida, lesando os direitos dos cidadãos, quer proceda em toda a sua

soberania, garantindo a segurança interna e externa, mantendo a ordem juridica, promovendo o progresso nos ramos de actividade social em que, para esse effeito, se torna necessaria a sua acção, legislando, estabelecendo regulamentos para a boa execução das leis, administrando a justiça, organizando a força publica, mantendo a ordem entre os cidadãos, a liberdade e segurança da propriedade, promovendo o desinvolvimento da instrucção e bem assim o incremento das industrias e do commercio, quer proceda como mera pessoa juridica, deverá responder como qualquer particular.

Assim, se um juiz profere uma sentença contra direito, ou manda prender arbitrariamente um cidadão; se um notario publico, por erro de officio ou má fé, não realiza o acto com as formalidades devidas, e assim prejudica as partes nos seus interesses, se o commandante de uma força militar manda matar arbitrariamente uma pessoa a pretexto de manutenção da ordem; se um conservador não faz um registo na devida fórmula e assim prejudica gravemente um particular não poderá de modo algum repudiar-se a responsabilidade do Estado para apenas obrigar pessoalmente os funcionarios.

Tanto mais que a responsabilidade pessoal do funcionario seria em muitos casos uma garantia inteiramente illusoria. Assim, por exemplo, annul-

lando-se por falta de formalidades externas um testamento de 400 contos de reis, em consequencia de negligencia do notario publico, seria irrisorio pedir-lhe a indemnização correspondente, tendo elle prestado de caução 200, 300 ou 600 mil reis, e não tendo patrimonio que garanta tal responsabilidade.

Não tem certamente que se discutir a faculdade legislativa do Estado, bem como a função de regulamentação dentro dos limites da lei, porquanto a responsabilidade tem que se tornar effectiva dentro do direito e nesta função o Estado move-se livremente em qualquer forma de governo, sendo unica garantia neste campo as limitações que pela constituição sejam impostas ao poder legislativo ordinario.

Tem, porém, já logar a responsabilidade do ministro ao regulamentar a lei, visto que apenas pôde fazê-lo dentro dos limites desta.

PARTE II

Distincção entre culpa contractual e culpa extra-contractual

Consideremos agora, depois de termos assentado o conceito sobre que, em nosso parecer, se deve basear a ideia de responsabilidade, afastando-nos neste campo da esteira em que seguem alguns auctores modernos que, proscrevendo da noção de responsabilidade o *antiquado* elemento da culpa, aspiram a novos e mais rasgados ideaes, proclamando impensada e precipitadamente o thema da indemnização pelo damno objectivo causado a outrem, o segundo problema, que com o primeiro intimamente se liga, e que completa o objecto deste trabalho, estudando o valor da distincção entre culpa contractual e culpa extra-contractual.

Occupando-se especialmente deste assumpto diz GABBA na sua interessante obra *Novas questões*

de direito civil, que a distincção entre damno contractual e extra-contractual, com a correspondente divisão da responsabilidade, constitue um dos varios conceitos mal definidos da moderna jurisprudencia. Poderemos já encontrar esta doutrina no direito romano, porquanto, se bem que não resulte explicita das fontes daquelle direito, é ella tida em vista pelos romanistas que até ha pouco tempo deduziam dos textos pelo menos tres graus de culpa e de responsabilidade contractual, levando, porém, a responsabilidade extra-contractual ou aquiliana sempre até á culpa *levissima*.

Alcançou a referida distincção um dominio soberano em toda a litteratura franceza, dominio de mais de meio seculo, sendo ainda defendida por recentissimos auctores, entre os quaes citaremos HENRI CAPITANT. Manteve-se esta doutrina não só em França como em Italia, e em geral em todos os países cujos codigos civis se modelaram sobre o codigo de NAPOLEÃO.

Para podermos tratar convenientemente do assumpto, comecemos por definir rigorosamente os termos da distincção que apreciamos, porquanto a maior parte dos auctores dão uma noção falsa e errada de culpa extra-contractual ou delictual, definindo-a como um facto que se verifica entre duas pessoas *juridicamente estranhas uma á outra*, do qual derivam obrigações. A differença entre as duas es-

pecies de culpa consistiria assim em que, emquanto a culpa contractual suppõe a existencia de uma obrigação de que ella revela a inexecução, a culpa extra-contractual supporia a ausencia duma obrigação e teria precisamente como effeito criá-la.

É, porém, simples e impõe-se naturalmente o conceito de cada uma destas especies de culpa e correspondentemente a differença que entre esses conceitos se estabelece. Como já dissemos a principio, culpa contractual é a que acompanha o não cumprimento de uma obrigação relativa preexistente entre determinadas pessoas; ha, portanto, a violação de uma obrigação relativa proveniente de um accordo, de um contracto ou qualquer outro facto juridico; culpa extra-contractual ou delictual, é a que tem logar relativamente a uma obrigação de caracter geral, independentemente de qualquer relação juridica preexistente; tem logar, pois, quando haja a infracção de um dever que resulta apenas das relações de coexistencia social.

Passemos agora a definir precisamente o sentido ou a significação da distincção de que nos occupamos. Não se pretende de modo algum dividir ou scindir a entidade da culpa por fôrma que noções diversas correspondam aos termos daquelle divisão. A este respeito já assentamos a verdadeira doutrina na parte em que tratamos da noção de culpa, em Introducção. O conteúdo juridico da

culpa, dissemos, é o mesmo, não offendendo esta distincção a ideia de culpa na sua natureza ou entidade jurídica (1).

CHIRONI apressa-se a fazer uma declaração neste sentido ao tratar da unidade do conceito de culpa (2). E por isso diz GABBA que nunca se poderia pôr em duvida que a noção abstracta e geral do dolo ou de culpa fosse a mesma nos contractos ou nos delictos.

Na opinião commum a differença estabelecida entre as duas especies de culpa apenas significa: 1.º que não devem ser *apreciadas* da mesma maneira; em geral, ao determinar se um facto qualquer envolve ou não culpa deve empregar-se menor severidade e menor rigor no contracto do que fóra deste; 2.º que não devem ser *reprimidas* ou reparaadas da mesma maneira, devendo a indemnização ser maior pela culpa extra-contractual do que pela culpa contractual; 3.º que não devem ser *provas* da mesma maneira, presumindo-se a culpa contractual mas não a delictual.

Definido assim o objecto da segunda parte deste nosso estudo, occupemo-nos propriamente do assumpto.

(1) Introdução, pag. 7.

(2) CHIRONI, *C. contr.*, n.º 6, pag. 23.

Notando que a distincção entre a culpa contractual e a culpa aquiliana é um dos themos preferidos da doutrina contemporanea, observa GIORGI que, sem desconhecer o merito de novos estudos, o problema, difficil pela obscuridade da lei, não ganhou nem em clareza nem em simplicidade; que em nada aproveitou o methodo de tratar como questão de puro direito algumas investigações, dominadas por um criterio largo de apreciação, que a lei confia á descripção do juiz.

Entendendo que os termos, culpa grave, leve, levissima, diligencia, dolo ou má fé, previsão ou impossibilidade de previsão do facto, consequencias directas ou indirectas da culpa, nada significam senão quando sejam transportados para o campo dos factos, ou quando se refiram a casos concretos, observa que nenhum valor offerecem, reduzindo-se a estereis luctas de palavras todos os esforços que se emprehenderem para determinar as differenças entre culpa contractual e delictual, emquanto a lei não definir a precisar o alcance juridico daquelles conceitos de si vagos e destituidos de sentido; nenhum partido vencerá, nem se esclarecerá o assumpto.

Não hesitaremos, em face do exposto, em nos afastar do pensamento de tão douto jurisconsulto, se não fosse elle o primeiro a declarar em seguida que se não póde retirar á sciencia a sua interven-

ção no direito, reconhecendo-lhe a missão salutar e proveitosa de ditar princípios e definir conceitos que depois ao legislador cumpre pôr em pratica. Para simplificar, porém, o argumento, nota então GIORGI, é necessario separar as investigações da philosophia do direito das de mera interpretação do direito positivo; e se é verdadeira a affirmação de que estas ultimas têm um alcance de grande utilidade para a pratica do direito, não menos certa é a sua primeira asserção de que as primeiras são de incontestavel utilidade para preparar melhoramentos legislativos. Porisso não devemos menosprezar os estudos nesse sentido, tanto mais que em face de nós se descobre agora um campo vastissimo e apropriado a tal elaboração (1).

Esta doutrina da distincção entre as duas especies referidas de culpa tem sido vivamente impugnada por alguns juriconsultos que a consideram apenas como o resultado dum exame superficial, destituida em absoluto de fundamento scientifico. Uma e outra especies de culpa criam igualmente uma obrigação: a de reparar por uma indemnização o prejuizo causado; uma e outra, diz PLANIOL, supõem igualmente a existencia de uma

obrigação anterior e ambas consistem na violação dessa obrigação. «Sómente na culpa que se convençionou chamar delictual a obrigação violada é uma *obrigação legal*, tendo ordinariamente por objecto um facto negativo, uma omissão».

Se apenas se pretende fallar de uma distincção *pratica* entre as obrigações contractuales e legaes encontrar-se-hão talvez disposições legislativas que dêem algum interesse a essa distincção. Se, porém, se tem em vista, continua PLANIOL, estabelecer uma differença especifica entre as duas categorias de culpa sob o aspecto racional e doutrinal, a distincção geralmente admittida não só é contestavel como destituida em absoluto de sentido e de razão de ser (1).

Igualmente, seguindo na esteira de PLANIOL, rejeita GABBA a distincção entre culpa contractual e culpa aquiliana. Não querendo estabelecer a unidade dos conceitos geraes do dolo e culpa, these que, segundo declara, ninguém mais terminantemente negou, apenas procura impugnar a differença que se estabelece entre culpa contractual e delictual nos criterios ou principios reguladores da ideia de culpa, tanto pelo que respeita ao grau,

(1) Vid GIORGI, obr. e tom. cit., pag. 201 e 202, nota (1).

(1) MARCEL PLANIOL *Traité élémentaire de droit civil*, tom. II, pag. 268, n.º 876 e 877.

como no que respeita ao seu objecto, isto é, á medida ou extensão da responsabilidade objectiva. E estes dois aspectos da questão, ou, para melhor dizer, estas duas questões resolvem-se numa unica mais geral, relativa á diferença de *entidade* entre o damno contractual e o damno extra-contractual.

Assim entende GABBA que esta distincção apenas é justificada pela distincção entre actos ou omissões que occorrem na execução de um contracto, ou que surgem nas simples relações de co-existencia social, independentemente de qualquer obrigação contractual ou quasi-contractual, e não sob o ponto de vista da *entidade juridica* do damno, isto é, da causa deste, (culpa em sentido lato, dolo, culpa em sentido restricto) e da sua extensão objectiva; esta distincção, observa o notavel juriconsulto, apenas teria a significação juridica de determinar a applicação diversa e duplicada dos mesmos principios geraes relativamente á *entidade* isto é, á *causa* ou *extensão* objectiva do damno em geral.

Não se refere, pois, GABBA, ao terceiro aspecto que consideramos na enumeração que fizemos ao definir o alcance da distincção entre as duas categorias de culpa, isto é, a qualquer diferença relativamente á prova desta. E, na verdade, nisto nos achamos de inteiro accordo com o eminente juriconsulto; fallar de qualquer diferença a este res-

peito entre culpa contractual e delictual, pareceria para nós inteiramente absurdo. Sendo certo que tanto no não cumprimento dum contracto como na pratica de um delicto, ou infracção de um dever de character geral, póde existir ou deixar de existir a culpa, é necessario num e noutro caso que esta se prove para que haja responsabilidade, não havendo razão alguma para presumir a culpa no primeiro e não no segundo caso.

Se bem que ainda no seculo passado no *Landrecht* prussiano, que acceitava a doutrina romanista dos tres graus de culpa contractual, se admitisse diferença intrinseca ou juridica entre o damno contractual e o damno aquiliano, diz GABBA, procurando insinuar a justiça e racionalidade da sua doutrina, apparece já aquelle criterio posto de lado no codigo austriaco, que expressamente enuncia a doutrina opposta nos artigos 1295.º, 1323.º e 1324.º, tanto pelo que respeita ao grau de culpa como á medida da indemnização. Igual caminho foi seguido pelo moderno codigo allemão, que considera uno o conceito de culpa e dolo no contracto e no delicto, sendo igualmente sempre a mesma a medida objectiva do damno e da indemnização.

E assim deduz GABBA que, em face destes exemplos de legislações estrangeiras, é licito duvidar de que seja conforme á razão e á sciencia a doutrina

commum que distingue o damno contractual do aquiliano, no que diz respeito tanto á medida da culpa como á medida do damno e da indemnização; e contrariamente, no entender do notavel professor, dolo e culpa são duas palavras que têm o mesmo valor juridico, quer se trate de um contracto, quer de actos e factos extra-contractuales, porquanto «todos nós, continua GABBA, temos o dever de não cansar damno aos outros, e não só de não prejudicar deliberadamente, mas ainda de empregar todo o zelo e atenção em não damnificar involuntariamente».

Em nada vem alterar ou modificar este dever ou obrigação a circumstancia meramente accidental de se achar uma pessoa em face da pessoa ou cousa de outrem, ou em relação com este, por virtude de um contracto, isto é por dever de cumprir uma promessa contractual, ou por sua mera e livre vontade; o contracto apenas vem collocar uma pessoa na situação de proceder mal ou bem relativamente a outra; apenas tem o resultado de imprimir uma direcção concreta ao dever geral de não prejudicar nem intencionalmente, nem por negligencia, determinando o objecto immediato a que se dirige a acção da primeira relativamente a esta ultima, conservando, comtudo, necessariamente, aquelle dever nesta applicação toda a sua natural extensão.

E como facto comprovativo da sua doutrina

nota então GABBA que pode a responsabilidade do damno contractual estender-se além do objecto immediato ou da prestação contractual não cumprida ou mal executado, se os effeitos daquelles elementos excederam esta esphera.

Mas relativamente a esta ultima observação não podemos deixar de objectar que a circumstancia que allega nada prova, porquanto, em verdade, quem tem que prestar indemnização fica adstricto á reparação integral dos prejuizos que realmente occasionou; e se estes excederem o objecto immediato da prestação, nada ha que estranhar que até fóra destes limites se estenda a indemnização, não havendo razão alguma para que a obrigação do damnificante não ultrapasse o objecto do contracto uma vez que tem logar a responsabilidade, isto é, a obrigação de reparar o damno contractual.

Procura ainda GABBA na sciencia do direito civil dos nossos dias o assentimento á these da unidade da medida da culpa contractual e aquiliana, citando as auctoridades de MOSCA (1) e COVIELLO (2) e invocando ainda o valioso exemplo, como elle declara, do codigo civil allemão.

Assentando em que são os mesmos os criterios

(1) MOSCA, *Studi sulla colpa*, pag. 45.

(2) COVIELLO, *Giur. ital.*, I, pag. 26 em nota, citado por GABBA, *obr. cit.*, pag. 215.

a seguir ao appicar o conceito geral de culpa, para determinar em particular o grau de culpa por negligencia tanto no contracto como fóra deste, passa GABBA á segunda parte da questão, procurando demonstrar a unidade da culpa no seu mais amplo significado pelo que respeita á medida objectiva da indemnização.

Qualquer differença neste ponto, como observa o notavel jurisconsulto, vem sem duvida contrariar a doutrina que começa por estabelecer que não póde distinguir-s entre dolo e culpa no contracto e dolo e culpa fóra do contracto; se bem que a intenção ou o grau de malignidade seja bem differente segundo se trata de culpa ou dolo contractual ou aquiliano, certo é que, lembra GABBA, o valor intrinseco e moral do acto injusto prejudicial não tem valor algum para além da responsabilidade senão em face do direito penal; e assim o dolo no contracto póde ser meramente civil e propriamente contractual, e póde assumir tambem a natureza de dolo penal, devendo, comtudo, a responsabilidade civil, pelo que toca á extensão da indemnização, ser igualmente medida em ambos os casos.

Repelle igualmente GABBA a doutrina de que deve ser diversa a medida ou extensão da indemnização de um modo geral, confórme se trata de simples culpa ou negligencia ou se trata de dolo, quer

nas relações contractuaes quer nas relações extra-contractuaes.

A responsabilidade em que incorre aquelle que causa por culpa algum prejuizo a outrem, não se póde explicar senão em attenção a que elle é considerado pela lei como tendo querido aquillo que realmente não quiz; e, portanto, neste caso, o damno effectivo a indemnizar deve ser o mesmo que no caso em que o damnificante *tivesse querido*, recaindo num e noutro caso a responsabilidade sobre o damno effectivo, isto é, damno que se apresenta como um effeito que o agente *quiz*, já tendo-o directamente em vista (dolo) já não cuidando de o prevenir (culpa).

Nem se diga, continua GABBA, que o facto de se poderem mais facilmente prever as consequencias do acto prejudicial, e de se poder levar mais longe essa previsão no caso de dolo, do que quando haja simples culpa ou negligencia, importa uma maior extensão da indemnização no primeiro caso; os prejuizos que se não possam considerar como verdadeiro e proprio effeito do acto injusto e dolo, ainda mesmo que sejam previstos como possiveis pelo auctor deste, não poderão certamente constituir objecto da indemnização, correspondendo perfeitamente estes prejuizos áquelles que o que procede com culpa não previu e devia e podia prever.

O elemento da previsão do damno, observa GABBA, apenas poderá empregar-se como criterio para determinar se o acto do lesante é contractual ou extra contractual: assim, se mandando estar uma carruagem á nossa porta a determinada hora, para nos conduzir para um determinado ponto soffremos um grande prejuizo pelo facto de o cocheiro não chegar á hora precisa, não poderá racionalmente afirmar-se que deva quem nos alugou o trem responder quer o tenhamos prevenido, quer não, do perigo que corriamos, porquanto o prejuizo que soffremos não é, entende GABBA, um effeito verdadeiro e proprio do não cumprimento da obrigação que o cocheiro assumira alugando a carruagem; este apenas nos deverá indemnizar pelo prejuizo que soffremos não chegando a tempo ao logar marcado, quando provemos que elle teve directamente em vista, faltando á sua obrigação, causar-nos aquelle prejuizo; mas neste caso trata-se já de um damno extra-contractual, de um damno doloso aquiliano e simultaneamente penal, não sendo este damno propriamente um effeito da violação do contracto, mas o verdadeiro objecto da vontade do lesante que procedeu de má fé, servindo o contracto apenas de meio para nos causar um prejuizo.

E rejeitada a doutrina da diversa graduação da indemnização por dolo ou por culpa, conclue GABBA, fica necessariamente repellida a these da diversa

extensão da indemnização no damno contractual ou no damno extra-contractual.

Passemos agora a examinar o valor da doutrina da unidade da entidade juridica da culpa sob os seus dois aspectos que, como vimos, GABBA estabelece, acompanhando a opinião de PLANIOL, com argumentos mais serios e attendiveis do que os que até então tinham sido adduzidos em abono da mesma these.

Assim alguns escriptores, como LEFEBVRE, partindo da consideração de que o contracto é assimilavel a uma lei, concluiam que se não podia conceber como a inexecução do contracto «lei particular» podesse divergir da infracção das disposições da lei, contracto geral implicitamente acceito pelas partes, não havendo, portanto, senão uma unica especie de culpa. Note-se, porém, que por esta fórmula apenas se demonstra que a culpa é sempre *delictual*. Outros ainda como GRANDMOULIN partindo da premissa contraria, de que a lei é assimilavel a um contracto, attendendo a que ella resulta dum consentimento manifestado pelos cidadãos quer directamente, quer por intermedio dos seus representantes, faziam derivar nestes termos, o direito de uma convenção tendo a obrigação legal a sua origem num contracto.

Similhanteramente se concluiria desta doutrina que toda a culpa é *contractual*. Qualquer demons-

tração neste sentido é igualmente viciosa, diz PLANIOL, porquanto é absolutamente inútil para a teoria da culpa assimilar entre si todas as obrigações que pesam sobre as pessoas. Como se vê da impossibilidade de dar da culpa uma dupla definição, «a natureza da obrigação violada fica sem influencia sobre a culpa», pouco importando as suas variedades (1).

Deverá, porém, em face das razões que antes apontamos acceitar-se a doutrina da unidade da culpa, base da responsabilidade civil? Parece-me que, apesar de tão auctorizadas opiniões em contrario, ainda deverá preferir-se a these do dualismo nesta materia.

A distincção entre culpa delictual e contractual não é para HUC seriamente contestavel (2). E na verdade «sendo incontestavel, diz o Sr. Dr. GUILHERME MOREIRA, que a responsabilidade civil resulta sempre do facto de se violar uma obrigação ou de se offenderem os direitos de outrem, parece-nos que, tanto no que respeita á imputação do facto e graduação da culpa, como á medida da in-

demnização pelo damno se póde attender á natureza da obrigação que foi violada».

Ha, sem duvida, uma distincção real entre os actos ou omissões que tenham logar na execução de uma obrigação proveniente de um contracto ou de qualquer outro facto juridico, e os actos ou omissões que se dêem no cumprimento de um dever de character geral ou que occurram nas simples relações de coexistencia social independentemente de qualquer relação juridica preexistente entre o lesante e o lesado, e assim apenas se poderá discutir «se essa distincção, continua o douto professor, póde fundamentar sob o ponto de vista juridico, quer pelo que respeita á culpa, ou imputação do facto, quer pelo que respeita á indemnização considerada objectivamente, a applicação de principios diversos» (1).

Contrariamente ao pensar de GABBA, entendemos que se torna naturalmente necessaria a diversidade de determinação da culpa nas relações contractuaes ou extra-contractuaes; assim se realizamos um contracto de mandato com um individuo que não costuma usar de grande diligencia nos seus proprios negocios, não poderemos naturalmente exigir delle maior diligencia do que aquella de que

(1) MARCEL PLANIOL, obr. e tom. cit., pag. 269, n.º 877.

(2) HUC, *Commentaire du code civil*, tom. VIII, n.º 424, cit. por PLANIOL, obr. e tom. cit., pag. 268.

(1) Sr. Dr. GUILHERME MOREIRA, obr. cit., § 118, *Deos factos illicitos*, Disposições preliminares, pag. 691.

elle é capaz, não podendo porisso pedir-lhe a indemnização pelo prejuizo resultante da falta de diligencia de que o sabiamos incapaz.

No caso, porém, de se introduzir um ratoneiro em nossa casa, efurtivamente subtrahir uma quantia que tinhamos arrecadada, certamente as cousas se passam dum modo diverso; da nossa parte não pôde occorrer circumstancia alguma da natureza da que tinha logar no primeiro caso, que venha desfazer ou limitar a culpa do auctor da lesão, visto que relação alguma se estabelecera anteriormente entre nós. Ou, ainda se um criado nos serve mal, mas não tem capacidade para cumprir melhor as suas obrigações, causando-nos assim qualquer prejuizo, não lhe será, decerto, sempre imputavel a responsabilidade pelo damno que causa, porquanto nem sempre haverá, realmente, negligencia da sua parte, devendo ter-se em consideração a circumstancia de que o acceitamos voluntariamente ao nosso serviço depois de nos ter informado da sua competencia ou capacidade. E comprehende-se que se não poderão, decerto, invocar estas considerações relativamente ás pessoas com quem se não contractou.

Há, sem duvida, razão para ser menos rigoroso na apreciação da culpa contractual porquanto, as partes livremente se escolheram e livremente contractaram, isto é, entraram voluntariamente em re-

lações a que não eram obrigadas. Attenda-se ainda a que, diz o Sr. Dr. DIAS DA SILVA, no contracto aquelle cuja falta se trata de apreciar não prometteu ou pôde presumir-se não ter promettido usar no cumprimento da obrigação que assumiu de mais cuidado do que o que costuma empregar nos seus negocios, ou de que é capaz, e este motivo cessa desde que se trate de um damno proveniente da infracção do dever social, de não offender o direito dos outros, dever geral e independente de qualquer relação pre-existente entre as partes.

«Aqui o auctor do damno e aquelle que o sofreu, continua o Sr. Dr. DIAS DA SILVA, são estranhos um ao outro, e por isso é logico e equitativo que o culpado por leve que seja a culpa supporte as consequencias prejudiciaes do seu facto e não as faça recair sobre a victima que de nada tem a inculpar-se e que não pode prever nem impedir o facto de outrem que lhe causa um damno. Em nome de que principio importaria elle a terceiros as consequencias funestas da sua indolencia, da sua falta de actividade ou de reflexão?» (1) E na verdade, desde que fôra do contracto seja a culpa apreciada em abstracto, não terá já cabimento a observação, adduzida por alguns escriptores, de que se não pôde deixar a propriedade e bens de

(1) Sr. Dr. DIAS DA SILVA, obr. cit., pag. 135 e 136.

cada um á mercê da intelligencia e vontade dos outros.

Quando se trate de responsabilidade contractual, isto é, de responsabilidade civil que resulte da inexecução de uma obrigação pre-existente entre as partes, facilmente se comprehende que essa responsabilidade não só deve determinar-se em harmonia com a natureza do acto, mas com os termos em que este foi realizado; assim não poderá decerto determinar-se a responsabilidade civil no contracto de locação, por exemplo, da mesma forma por que se determinaria no contracto de commo-dat, visto que o primeiro é um contracto oneroso emquanto o segundo é um contracto gratuito.

Não será licito affirmar que estas considerações repugnem por inteiro a GABBA, porquanto, criticando a doutrina dos que affirmam que a culpa contractual consiste em regra apenas na falta de diligencia de um bom pae de familia, emquanto a culpa aquiliana consiste na falta do cuidado de que seria capaz um homem diligentissimo (culpa levisima) censura os escriptores por generalizarem demasiadamente o conceito do bom pae de familia, formando um typo unico e universal, quando ha em concreto muitos e variados typos de bom pae de familia.

O typo do homem *diligente* ou do *bom pae de familia*, diz o illustre jurisconsulto, variará com as

differentes condições sociaes, com as diversas industrias e profissões que cada um exercer, e será em harmonia com o typo que lhe corresponder que para cada pessoa determinada se deverá avaliar a diligencia que lhe cumpre.

«Donde resulta que na execução de um contracto, diz GABBA, deverá imputar-se a uma determinada pessoa a culpa que noutro contracto lhe não poderia ser attribuida. Será necessaria a mesma diligencia para concertar um relógio ou para tirar agua de um poço?» Do mesmo modo se nos vamos tratar de uma determinada enfermidade com um medico especialista, poderemos fazê-lo responder por uma falta de diligencia que decerto não seria imputavel a qualquer outro medico vulgar.

Cáí, pois, GABBA numa evidente contradicção com a sua doutrina, porquanto leva a apreciar a culpa, em harmonia com a doutrina que acabamos de expender, de um modo diverso nos differentes contractos, conforme a natureza das relações que se effectivam entre as partes segundo o contracto de que se trata, conduzindo necessariamente a proceder de modo diverso na apreciação da culpa no contracto ou fóra deste, porquanto só no primeiro caso se estabelecem relações particulares entre determinadas pessoas.

Na culpa contractual, diz GIORGI, a obrigação

violada nasce do contracto e presuppõe porisso um facto preexistente que determina a natureza particular e extensão da obrigação, graduando a culpa nos differentes casos, donde resulta a necessidade de regras relativas á gradação da culpa contractual. «Nada disto se verifica, porém, quando falta o contracto, e a culpa provém *ex nunc* de uma violação do dever social de não offender. Faltando o contracto, desaparece a possibilidade de qualquer gradação accordada entre as partes, ou, pelo menos requerida pela natureza particular de certos contractos (1).

Deve ainda attender-se a que, quando haja uma obrigação relativa preexistente ontro o lesante e o lesado, a responsabilidade proveniente do não cumprimento dessa obrigação, embora constitua uma obrigação distincta, representa ao mesmo tempo uma modificação daquella relação juridica preexistente, estando, portanto, directamente relacionada com ella; e nestes termos não merecerá duvida que o legislador póde, tendo em consideração a natureza da relação juridica, determinar de um modo especial a gradação da culpa e a medida da indemnização.

Nem se diga com GIORGI que a distincção entre culpa contractual e extra-contractual seria de-

certo louvavel e conforme ao rigor scientifico se não tivesse a desvantagem de ir de encontro a certos argumentos importantissimos como a responsabilidade das pessoas juridicas, e do Estado em especial. Não parecerá decerto procedente esta objecção depois do que dissemos, ao tratar no Livro II da Parte I, da responsabilidade das entidades collectivas, onde observamos, e SICILIANI claramente o evidencia, serem estas capazes de uma vontade injuriosa, susceptiveis de culpa, não só no contracto como fóra deste, verificando-se a substituição da pessoa physica á pessoa juridica em todos os actos desta, que assim como póde querer em thema de contracto é igualmente capaz de factos illicitos extra-contractuales (1).

(1) MARCEL PLANIOL, obr. e tom. cit., pag. 1267, II, n.º 873-877; Sr. Dr. GUILHERME MOREIRA, obr. cit., log. cit., pag. 690 e segg.; Sr. Dr. DIAS DA SILVA, obr. e tom. cit., pag. 135 e 135, n.º 51; GIORGI, obr. e tom. cit., pag. 201, 202, nota 1, pag. 202 e 203, n.º 40, pag. 359, n.º 253 bis; GABBA, obr. cit., I, *Misura della respons. nel danno contratt. e nel danno excontrattuale*, pag. 209 e seg.; CHIRONI, *Colpa contr.*, pag. 23, n.º 6.

FIM.

(1) GIORGI, obr. e tom. cit., pag. 202 e 203, n.º 140.

ERRATAS

Página .	Linha .	Onde se lê .	Leia-se :
4	7	limites e da falta	limites da falta
157	3	directa ou indirecta	directa e não indirecta