O DIREITO MODERNO E OS SEUS SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE

Leis velhas e Doutrinas novas

Pelo DR. PEDRO MÁRIO SOARES MARTÍNEZ

Porque desde a epígrafe nos referimos a um Direito moderno e a doutrinas novas que parecem contrapor-se a uma velha ordem jurídica, cumpre-nos apreciar desde já se as modificações operadas na estrutura íntima do Direito nas últimas dezenas de anos correspondem a um curso evolutivo ou a um curso revolutivo.

Se assistimos a uma simples evolução que perfeitamente se compadece com a ossatura dos sistemas jurídicos do passado, talvez não haja lugar para falarmos dum Direito moderno, ou, como é costume dizer, dum Direito social, por contraposição ao Direito individualista, como se os sistemas normativos não tivessem de ser sempre e simultâneamente impregnados por dois elementos, o social e o individual. E como esses elementos se têm de combinar numa proporção tão fixa como a que se estabelece entre os corpos simples quando pela sua coesão constituem um composto químico, desde que não se pretenda que o grupo social destrua o homem ou o homem destrua o grupo social, preferível será não avaliarmos se predomina o elemento individual ou o elemento social. Se se consegue em determinado momento e em certa latitude uma maior ou menor estabilidade para a molécula jurídica é porque os elementos se acham na proporção precisa e nesse caso nenhum deles é predominante, sendo desnecessário e até inconveniente ferir a susceptibilidade dos teóricos personalistas ou transpersonalistas com expressões que podem não lhes soar bem.

Não queremos, portanto, falar em Direito Social.

E será razoável referirmo-nos a um Direito moderno?

Encontrarão as transformações jurídicas dos últimos tempos um fundamento diverso do que legitimava o Direito antigo?

Abstraindo de muitos preconceitos e dalguns conceitos de carácter político, julgamos que essas transformações operadas não são incompatíveis nem com o fundamento nem com o próprio sistema do Direito antigo. E sendo assim, a expressão por nós empregada «Direito moderno» terá um significado muito mais formal que substancial.

É claro que, sem sustentarmos que a Justiça corresponda a um conceito relativo modelado pela organização económica e social, vemo-nos obrigados a reconhecer que as classes dominantes, embora sem energia bastante para criarem uma Ética própria e favorável, procuram quanto possível adaptar os princípios imutáveis aos seus interesses e tentam, em nosso juízo sempre em vão, afirmar a imutabilidade de regras pela sua natureza flutuantes.

É, por isso, natural que as mutações sociais dos últimos duzentos anos, e especialmente do último século, tenham procurado introduzir no Direito princípios fundamentais novos. Tentativas dessa espécie foram feitas pela aristocracia feudal ao estabelecer o primado da «força», pela burguesia liberal ao lançar o primado da «esperteza», esperteza que nem sempre é superioridade intelectual e muitas vezes contraria os imperativos morais. Tentativas dessa natureza são feitas ainda pelos dirigentes socialistas quando reivindicam privilégios de classe em nome dum novo sinal heráldico, o da «pobreza».

Parece-nos, porém, que os princípios estruturais do Direito nem servem para os cartazes dos partidos nem podem ser sacrificados senão momentâneamente, em fases de negação jurídica, pelas «novas ordens» triunfantes, pois para nós o Direito Natural nem é mera categoria histórica situada na fase metafísica do pensamento jurídico nem simples rótulo que possa servir a todas as essências. Ele é para nós, seguindo na esteira dos conceitos romanistas e das ideias cristãs, o Direito ensinado pela natureza, ditado pela razão independentemente de qualquer raciocínio, difundido por todos, constante, sempiterno, gravado por Deus no coração de todos os homens. E onde o sistema jurídico não seja deduzido desta «verdadeira lei», no dizer de Cícero, quer fundamentada em princípios cristãos quer em princípios pagãos, não poderá haver comandos de Direito mas imposições de violência.

É por isso que o Direito moderno não pode ser qualquer coisa de fundamentalmente novo.

Sem dúvida, porém, que os últimos tempos têm assistido à exposição de doutrinas e à realização de práticas que subvertem ou parecem subverter princípios jurídicos tradicionais. Por isso convém aos juristas nunca confundirem nem as peças essenciais com os acessórios nem o invólucro com o conteúdo das instituições.

Com efeito, de entre as instituições sociais que têm desaparecido no decorrer dos séculos muitas eram ajurídicas, outras indiferentes para o Direito, outras ainda tinham já perdido o seu fundamento legítimo. Inúmeras foram aquelas que nos deram a ilusão do desaparecimento para persistirem sob outra forma ou sob outra designação, sob outro invólucro, enfim. Porque as «novas ordens» que costumam viver de fórmulas sem sentido, perseguem implacàvelmente a falta de sentido das fórmulas alheias.

Resumindo, diremos que o tempo que tanta coisa transforma, também sobre os sistemas jurídicos imprime o seu traço implacável, mas que a sua acção não é tão enérgica como por vezes parece, porque as necessidades e aspirações da alma humana também só lentamente, e quase sempre ilusòriamente, variam. Daqui resulta que quando o Direito positivo é recheado com mais alguns comandos ordenados por muitos artigos e parágrafos, esses comandos quase sempre se podem subordinar às teorias gerais já existentes; e quando assim não é, poderão impor a criação duma teoria nova, mas raramente exigirão o desaparecimento das teorias anteriores. Referimo-nos, claro está, aos princípios teóricos suficientemente amadurecidos em determinada ordem jurídica e não à possível multiplicidade de divagações doutrinárias.

De entre os princípios cuja aplicação tem sido muito flutuante desde o momento da sua formulação até ao nosso tempo, conta-se o «suum cuique tribuere», apresentado por Ulpiano como um dos três fundamentos do Direito e que podemos traduzir como «dar a cada um aquilo que lhe pertence».

Mas o que é que pertence a cada um?

Para determinar qual o critério prático destinado à atribuição do seu a seu dono, conhecemos fundamentalmente três sistemas, dos quais nenhum perfeito nem sequer satisfatório, e com os quais se têm feito inúmeras combinações sem individualidade bem definida, embora algumas delas menos injustas que os sistemas fundamentais na sua pureza.

Esses sistemas fundamentais são:

1.º — O sistema feudal, que com várias limitações assenta no princípio de que pertence a cada um aquilo que tenha conquistado pela sua força, ainda mercê de violências, pressupondo essa conquista um maior ou menor sacrifício físico.

2.º — O sistema liberal, fundado na ideia de que pertence a cada um aquilo que tenha adquirido por qualquer espécie de actividade, ainda que imoral, desde que não perturbe as garantias concedidas pelo grupo social aos outros homens.

3.º — O sistema socialista, baseado na convicção de que pertence a cada um aquilo, de que precisa.

Se as necessidades de cada homem pudessem ser medidas com rigor e com justiça e se os bens económicos fossem ilimitados, o sistema socialista seria o mais perfeito ou, pelo menos, o de defeitos menos notáveis. Nas condições reais e actuais da sociedade, porém, ele cria um privilégio que não é nem melhor nem pior do que qualquer outro e que, portanto, não se harmoniza com um princípio de igualdade. O privilégio criado é o de ser pobre ou o de ser mais pobre que outro.

Ora o privilégio da pobreza não repugna pelo que respeita a uma justiça distributiva, isto é, às relações entre o Estado e os indivíduos, desde que não produza senão efeitos de carácter económico, sendo até dever das entidades públicas auxiliar as classes mais pobres, obstando a que desçam abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente, como se diz na Constituição. Para cumprimento desse dever não repugna ainda que o Estado se sirva da poderosa arma que é o imposto, embora com os cuidados indispensáveis para não fazer perder o estímulo individual, perda que acarretaria consigo a penúria da produção. Mesmo abstraindo de toda e qualquer filantropia, o Estado, protegendo econòmicamente as classes menos favorecidas, realiza o fim da sua própria manutenção.

Simplesmente, essa protecção que tem sido tentada em todos os países, embora com maior ou menor entusiasmo, com maior ou me-

nor êxito, não deve alastrar para o campo jurídico e à custa dos particulares.

Estabelecer sistemàticamente uma desigualdade jurídica em favor do pobre apenas porque é pobre, é atraiçoar os princípios que regem a vida social dos povos civilizados. E se essa desigualdade se acentuasse, os bens de fortuna deixariam de ser desejados e o estímulo desapareceria da vida económica.

Contudo, parece ter sido mais cómodo aos vários Estados, em vez de proteger e elevar as classes menos favorecidas, colocá-las em situação de superioridade jurídica relativamente a todas as outras. E o mais grave ainda é que essa superioridade se estabelece por meio duma presunção de pobreza. Assim, o inquilino, ainda que seja banqueiro, grande industrial ou alto funcionário, goza do privilégio de recorrer sempre das decisões judiciais que lhe sejam desfavoráveis, seja qual for o valor da acção. O senhorio, porém, mesmo que se trate duma viúva que sustenta os seus filhos com o produto do seu trabalho e com o exíguo rendimento dum pequeno prédio, só poderá recorrer, em iguais circunstâncias, quando o valor da acção seja superior à alçada do tribunal.

A isto não se chama legislar... E nem sequer socializar o Direito, se entendermos que, como pretendia Charmont, ao defender a conciliação do individualismo com o socialismo, a socialização jurídica consistiria em admitir o Direito em benefício de todos os membros da sociedade (1). Isto parece que pressupõe igualdade jurídica...

Devemos reconhecer, porém, que certas medidas de socialização do Direito, se não são justas, são, contudo, de utilidade social, enquanto não se encontrarem melhores soluções para alguns graves problemas actuais e que preferível é admiti-las a manter uma atitude de completo desconhecimento por certas questões cuja solução um individualismo rígido afastaria dos quadros jurídicos. Assim, por exemplo, embora a actual regulamentação dos acidentes do trabalho não nos pareça de harmonia com uma equilibrada ordem jurídica, preferível será, sob o ponto de vista social e humano, que o patrão inclua nos gastos gerais da empresa os prémios de seguro do que o operário, invalidado no trabalho e sem qualquer socorro, morra

---

(1) Charmont — «Le Droit et l'Espirit Démocratique», Paris, 1908, pág. 39.

amaldiçoando a sua ingrata profissão, para empregar a imagem de Ramazzini (1).

Não podemos esquecer o papel que desempenham no Direito positivo essas medidas de utilidade social, que por vezes não respeitam apenas à chamada socialização do Direito, mas é necessário atribuir-lhes um carácter excepcional, ou pelo menos especial, não as baralhando com as regras estabelecidas em rigorosa harmonia com os princípios jurídicos fundamentais. É necessário, sobretudo, não ver nessas medidas derrogações a estes princípios fundamentais.

Em obediência a esta ideia, tentaremos descobrir a existência no Direito moderno, e especialmente no Direito positivo português, de dois sistemas de responsabilidade tendo de comum a falta de rigor na designação dum deles mas sendo diversos no seu fundamento, e na sua estrutura, obedecendo um aos princípios gerais e tradicionais do Direito, encontrando o outro na base da sua construção várias medidas de utilidade social, de cuja juridicidade não queremos duvidar, mas cujo carácter excepcional afirmamos.

Talvez porque a consciência da responsabilidade de cada indivíduo foi amortecida, diluindo-se no grupo social, passou a não bastar um só sistema de responsabilidade...

Revelada a existência de dois sistemas de responsabilidade no direito português, procuraremos determinar qual a posição do Código Civil — lei velha — em face da teoria da responsabilidade objectiva — doutrina nova.

Apesar da liberdade de que é lícito usar na apreciação do decorrer do tempo sobre os homens e sobre as coisas, graças à relatividade dos conceitos, poderá parecer estranho que qualifiquemos de lei velha o Código Civil e de doutrina nova a teoria da responsabilidade objectiva. Com efeito, tal doutrina surgiu poucos anos depois da promulgação do Código de Seabra, porquanto já em 1871 Labbé pretendia lançar os fundamentos da teoria objectiva da responsabilidade, com base na ideia contratual. Sendo o Código Civil de 1867, poderemos admitir como razoável considerá-lo velho em relação a uma doutrina aparecida quatro anos depois?

A juventude ou a senilidade dos seres culturais, como uma lei, como uma teoria, não podem medir-se tendo como único ponto de

---

(1) «De morbis artificium diatriba», trad. franc. de Fourcroy, 1777.

referência a data do nascimento, mas sim considerando em devida conta o grau de maturidade das ideias que lhe deram o ser. Por isso, o Código Civil será uma lei velha e a teoria da responsabilidade objectiva uma doutrina nova.

Além de que tal teoria só passados mais alguns anos ganhou foros de cidade, tanto assim que o Sr. Doutor Cunha Gonçalves afirma ter sido o primeiro autor que a defendeu em Portugal, numa obra publicada em 1905 (1). Já o Código Civil percorrera um largo período da sua existência e ainda a teoria da responsabilidade objectiva, exportada então para Portugal, era despachada na alfândega sem grandes probabilidades de aceitação no mercado.

Acresce que o Código Civil tem sido considerado velho quase que desde a nascença, «atrasado, em desarmonia com as necessidades actuais da vida social», como escrevia em 1913 o Prof. Doutor Barbosa de Magalhães (2), já lá vão trinta e cinco anos...

Por tudo isso chamamos ao Código Civil lei velha, mesmo em relação à teoria da responsabilidade objectiva, velha sem que por isso nos pareça necessàriamente atrasada ou inadaptável às novas condições sociais.

Conceito de responsabilidade

Porque o Direito é, como a Moral, ciência de equilíbrio entre as exigências superiores do «dever ser» e a persistência contraditória do «ser», e ainda porque as noções jurídicas têm nascido quase sempre de entre os preceitos morais, não é de estranhar que as instituições de Direito vão encontrar um cúmulo ideológico nos conceitos morais, se bem que muitas vezes só haja de comum entre umas e outros a designação, precisamente pela necessidade que o Direito tem de se adaptar aos usos, necessidade menos imperiosa para os comandos morais.

Pelo que respeita à «responsabilidade» há uma base ideológica sobre a qual se constroem duas instituições, uma moral e outra jurídica, o que justifica o propósito de considerarmos o conceito moral de responsabilidade.

---

(1) «Tratado de Direito Civil», vol. XII, pág. 365.

(2) «Seguro contra Acidentes de Trabalho», prefácio.

Responsabilidade moral

Em qualquer sistema de moral que admita a responsabilidade, ela surge como a projecção da liberdade do homem na sua consciência, como sujeição de cada um à imputação dos actos que praticou com liberdade e que por isso mesmo, poderia ter deixado de praticar.

Responsabilidade é a situação em que se encontra alguém que, podendo escolher entre o Bem e o Mal, revelou qual a sua preferência. E porque poderia ter agido de modo diverso, a sua escolha vai reflectir-se, favorável ou desfavoràvelmente, na sua própria consciência, vai obrigar quem escolheu a responder pela sua escolha, ou perante um desdobramento de si próprio, seguindo um sistema de moral autónoma, ou perante um princípio ou uma entidade superior, num sistema de moral heterónoma.

Responsabilidade jurídica

Transplantado o conceito de responsabilidade para o Direito, porém, ele adquire um valor mais formal que substancial, significando a situação de alguém a quem outrem pode fazer uma exigência fundamentada na conduta livre do primeiro.

Pressupõe-se que o cumprimento desse dever é exigido também por um imperativo de consciência e por isso se adopta a mesma designação já usada pela moral.

O conceito de responsabilidade que desenvolvemos é demasiado extensivo para ser suficientemente compreensivo e daí a necessidade de o comprimirmos mercê dum novo conceito que com ele combinamos, o de ilicitude.

Para que uma situação jurídica constitua uma situação de responsabilidade é necessário não que seja ilícita mas que tenha como causa um facto ilícito, um facto contrário ao Direito, ofensivo dum preceito jurídico e do interesse por esse preceito tutelado, quer se trate dum interesse predominantemente individual quer dum interesse predominantemente social.

Assim, um facto ilícito vai criar, mercê da potencialidade que lhe é conferida pela lei, uma relação jurídica, que compreende essencialmente duas situações previstas pela norma de tal modo que uma não

poderá existir sem a outra e que correspondem, respectivamente, a dois interesses, um que é reputado digno, ou mais digno, e por isso se protege, outro que se sacrifica em defesa do primeiro. Ao interesse protegido corresponderá a situação activa, ao interesse sacrificado a situação passiva. As situações de responsabilidade correspondem sempre a um interesse sacrificado, por isso são sempre também situações passivas.

Mas por que será protegido o interesse contrário ao da pessoa responsável?

Porque anteriormente a essa protecção houve um sacrifício infligido por um acto livre do responsável, sacrifício que representou um prejuízo para a pessoa que, defendida pela ordem jurídica, depois exige uma reparação do responsável.

Elementos da responsabilidade civil

Do que dissemos resulta a enumeração dos elementos característicos, mais salientes, da responsabilidade, quer esta se considere como situação quer se considere como instituto jurídico. Esses elementos são o *facto ilícito* e o *prejuízo*.

A par desses elementos, porém, uma análise mais cuidadosa revela-nos outros ainda que serão: o *responsável*, o *nexo de causalidade que liga esse responsável ao facto ilícito*, um outro *nexo causal que relaciona o facto ilícito com o prejuízo* e um *vínculo de pertença* lançando esse prejuízo na esfera jurídica do *lesado*.

Destes elementos alguns não apresentam individualidade própria à luz do instituto da responsabilidade civil, outros merecem um estudo detalhado que aliás não faremos. De entre todos, um apresenta extraordinária importância e nele se contêm os elementos que permitem separar os dois sistemas de responsabilidade do Direito moderno. Referimo-nos ao nexo causal que liga o facto ilícito ao agente responsável.

Se considerarmos como derrogações dos princípios fundamentais as novas formas de responsabilidade, diremos que esse nexo de causalidade é moral e psicológico. Se, pelo contrário, integrarmos essas novas formas num sistema único, devemos antes sustentar que o nexo de causalidade que liga o facto ilícito ao seu agente é puramente material, podendo o prejuízo depender, em maior ou menor grau,

da vontade do responsável por mera coincidência, aliás indiferente para o Direito.

Em qualquer caso terá de haver um nexo de causalidade, a menos que as novas formas de responsabilidade se «modernizem» ao ponto de onerarem um determinado indivíduo em nome dum prejuízo que nem de perto nem de longe com ele se relaciona.

Antes de tentarmos apreender as linhas gerais dos dois sistemas de responsabilidade, faremos ainda breves referências às várias formas de ilicitude e às várias formas de prejuízo.

Responsabilidade civil e responsabilidade penal

Os factos ilícitos podem classificar-se, consoante a severidade com que são apreciados pela ordem jurídica, em ilícitos criminais e ilícitos civis. Apesar de nos socorrermos nesta distinção do grau de severidade que serve para o julgamento desses factos, não deixamos de adoptar um critério substancial para separarmos a ilicitude criminal da ilicitude civil, por entendermos que a maior ou menor violência das sanções não é arbitrária, correspondendo à projecção social do facto ilícito, ao valor dos bens jurídicos violados.

Os factos ilícitos civis dão vida a situações de responsabilidade civil, os factos ilícitos criminais a situações de responsabilidade criminal.

Responsabilidade obrigacional e responsabilidade aquiliana

Umas vezes a ilicitude consiste no não cumprimento injustificado dum dever emergente duma relação obrigacional anterior, outras o prejuízo causado pelo responsável na esfera jurídica de outrem não resulta do desrespeito dum vínculo obrigacional, de carácter relativo, entre lesante e lesado. Daí a distinção entre responsabilidade civil obrigacional, também chamada contratual — embora impròpriamente — e responsabilidade civil delitual ou aquiliana, expressão derivada do tribuno Aquílio, autor da célebre lei que criou uma obrigação de responsabilidade pelo dano «contra jus perfectum a libero homine datum», a lei Aquília.

Em rigor, porém, a responsabilidade obrigacional não deveria incluir-se no instituto da responsabilidade civil, como entendia o Prof.

José Tavares (1), por constituir uma situação subordinada a uma relação jurídica principal com regime próprio, o que impede que se lhe apliquem alguns dos princípios da responsabilidade civil.

Contudo, conceitualmente, é de admitir a inclusão da chamada responsabilidade obrigacional no instituto da responsabilidade civil, não exigindo essa inclusão a existência dum novo sistema de responsabilidade, apesar dos desvios de regime jurídico.

Natureza do dano ; o dano moral

Quanto ao prejuízo, lesão sofrida por uma entidade na sua esfera jurídica, quer consista na efectiva privação quer no impedimento para a realização dum interesse, pode ter um carácter predominantemente individual ou social, conforme a violência do abalo provocado por essa lesão na consciência colectiva e nas condições primordiais da vida em sociedade.

De harmonia com um outro critério de destrinça, o prejuízo poderá ser ainda material ou moral, o resultante de ofensa aos sentimentos morais, aquele que não é causado por uma perda avaliável pecuniàriamente.

Tem sido muito discutida a questão que consiste em saber se o prejuízo moral tem relevância jurídica em matéria de responsabilidade. Casos há em que a orientação expressa da lei não deixa lugar a dúvidas; discute-se, porém, se, em princípio, o prejuízo moral é indemnizável. Tomando posição em face do problema, o Prof. Doutor Jaime Gouveia adoptou um sistema que parece fugir às críticas mais salientes dirigidas às soluções extremas, distinguindo de entre os prejuízos morais os sociais e os afectivos, e só considerando os primeiros como indemnizáveis. Tal doutrina, que se reflecte no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 1938 (2), não nos parece ser, porém, a mais harmónica com os princípios gerais da responsabilidade nem com o espírito da legislação portuguesa. Este não se compadece, a nosso ver, com a doutrina de que só quando o dano moral tem efeitos patrimoniais é indemnizável, podendo ser objecto de pedido judicial. Não admitir que, em princípio, todo o

(1) «Os princípios fundamentais do Direito Civil», vol. I, 2.ª ed., pág. 531.
(2) Col. Of., vol. 37, pág. 313.

prejuízo moral é indemnizável equivale a afirmar que o Direito, instrumento ao serviço dum mundo sem sentido, só pode acautelar interesses materiais. Tal entendimento não pode admitir-se à face do Direito positivo dum país cuja Constituição Política reconhece como garantia individual dos cidadãos «o direito de reparação de toda a lesão efectiva», como tal se considerando expressamente a lesão de ordem moral (art.º 8.º, n.º 17.º).

A reparabilidade do dano moral só deve depender da legitimidade e do grau do interesse prejudicado, como se tem entendido nos tribunais franceses. Assim, não poderá atribuir-se indemnização, ou melhor, compensação, para a dor moral ocasionada a uma concubina pela morte do seu amante. Igualmente, não é razoável compensar o dano moral causado ao parente afastado da vítima directa dum acidente.

Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva

As especialidades que se encontram nos elementos já sucintamente considerados não exigem a criação de vários sistemas de responsabilidade. O mesmo não poderemos dizer do novo elemento que vamos apreciar e cuja análise nos lançará na questão central do presente estudo. Referimo-nos ao *nexo de causalidade existente entre o agente responsável e o ilícito.* Nexo moral? Nexo meramente material? Aí mesmo se acha a dúvida, na determinação da natureza do nexo causal que liga o responsável ao facto ilícito.

Verificado um facto ilícito, ou melhor, um facto objectivamente ilícito, isto é, contrário ao Direito, independentemente da apreciação do comportamento do seu autor, põe-se o problema de saber a que pessoa é esse facto imputável, quem o praticou. Resolvido esse problema, apresenta-se-nos a questão que consiste em determinar se essa prática, se essa conduta considerada como causa do facto ilícito, apresenta características meramente materiais ou assenta em raízes morais, isto é, se essa conduta foi desejada pelo seu agente e se desejadas foram também por ele as consequências do acto praticado, se essa conduta é ou não produto duma vontade.

Segundo os princípios jurídicos tradicionais, desde que uma conduta não tenha sido querida pelo seu agente, este não pode ser responsabilizado por ela. É esta a opinião dominante entre os autores,

embora alguns afirmem que o Direito romano acolhia o conceito de culpa objectiva. Que a lei das Doze Tábuas consagrasse o dano objectivo com desprezo de todas as considerações psicológicas, em perfeita harmonia com as leis bárbaras, admitimo-lo francamente, pois é próprio de homens de mentalidade rudimentar, de selvagens como de crianças, responsabilizarem pelos prejuízos sofridos as coisas inertes, os factos despidos de sentido e de origem causal, num perfeito desconhecimento de possíveis relações entre essas coisas, entre esses factos, e a vontade humana. Mas o Direito romano clássico e o Direito Justinianeu que nos foram legados e cujo papel na formação da nossa mentalidade e do nível da civilização ocidental não foi pequeno, achavam-se dominados por um conceito profundamente individualista que exigia uma conduta humana para fonte de responsabilidade. E só é verdadeiramente humana uma conduta com raízes psicológicas.

Foi em redor desse conceito que os jurisconsultos ergueram a teoria da culpa. De harmonia com ela, o dano é causado por culpa ou é puramente casual. «Damnum ipsum vel dolo aut culpa datum, vel casuale est» — como diz Waldeck no § 589 das suas «Institutiones Juris Civilis». E o dano casual não seria indemnizável.

Nem se diga que na graduação da culpa em grave, leve e levíssima se acha, pelo menos em germe, uma responsabilidade sem culpa, pois esta existirá quando se responsabilizar alguém por um dano que não poderia evitar, enquanto que a culpa levíssima é a falta evitável graças a uma «força de atenção maior que a comum» (1). Não coincidem, pois, os conceitos de responsabilidade sem culpa e culpa levíssima.

Mas, admitida a teoria da culpa no Direito romano e em todos os sistemas jurídicos dele derivados, muito embora, será razoável sustentar, por isso, que ele não possa ser afastado dos princípios jurídicos? E sobretudo, não será conveniente considerar tal teoria obsoleta à face das modernas condições de vida?

Planiol afirma que pela eliminação da apreciação da culpa nas relações humanas se destroi toda a justiça (2) e Giorgi sustenta que a necessidade de recorrer à culpa não é invenção dos jurisconsultos

---

(1) Correia Telles — «Digesto Portuguez», tomo I, pág. 209.

(2) Citado por J. Gouveia — «Da responsabilidade contratual», pág. 15.

nem fruto duma época ou dum país, mas sim uma manifestação natural do sentimento inato de justiça (1).

Tais opiniões representam, porém, apenas uma orientação, vigorosa embora, que hoje se defronta com ideias apoiadas por numerosos sequazes e por alguns argumentos poderosos.

Com efeito, desde as últimas décadas do século passado que se têm multiplicado os ataques à teoria da responsabilidade civil subjectiva.

Esse movimento encontrou um clima social favorável nas reivindicações operárias, no desenvolvimento industrial e, finalmente, no automobilismo. Os partidos políticos triunfantes procuravam obstar à concentração capitalista e parece que a doutrina jurídica pretendeu dar a tal «desideratum» uma pequena contribuição.

A vida adquiriu um ritmo novo e as novas condições multiplicaram o número de acidentes. Tanto bastou para que se entendesse que os prejuízos sofridos, porque mais numerosos, não podiam ser reparados da mesma forma por que o tinham sido até então. E passou a procurar-se castigar o autor material de qualquer prejuízo com desconhecimento da sua conformação psicológica em relação a tal prejuízo, salvos os limites da responsabilidade penal que se manteve fiel à teoria da culpa. De resto, nada de novo havia em tal atitude, pois que os homens primitivos se vingavam sempre dos danos sofridos, fosse qual fosse a origem deles.

As tendências políticas aliadas a tal estado de coisas levaram a formular um princípio segundo o qual os prejuízos serão suportados por quem puder suportá-los com um menor sacrifício. E estabeleceram-se presunções de menor sacrifício. Assim, verificado um atropelamento, presume-se que o automobilista é mais rico que o peão, podendo melhor suportar os prejuízos do acidente; não se põe o problema de saber por culpa de quem se deu o desastre.

Assim se assentaram os fundamentos da teoria da responsabilidade objectiva ou da culpa objectiva, para a qual o indivíduo é sempre responsável pelas consequências dos actos que pratica.

Em nome duma ideia contratual, nuns casos, em nome duma garantia legal, noutros, começou por inverter-se o ónus da prova,

---

(1) Citado por Pinto Coelho — «Da responsabilidade civil baseada no conceito de culpa», pág. 87.

estabelecendo-se uma presunção de culpa, aliás presunção «juris tantum», ilidível por prova em contrário. Essa presunção transformou-se, porém, a breve trecho, em presunção «juris et de jure», presunção indestrutível de culpa que fundamenta a teoria do risco, no entender do Sr. Desembargador Joaquim Crisóstomo (1).

Para nós, é duvidoso se a doutrina objectiva assenta numa presunção de culpa ou na indiferença por tal conceito. De resto, essa doutrina não apresenta uma perfeita unidade mas apenas os elementos comuns de que se servem os diversos autores que condenam o domínio absoluto da teoria da culpa em matéria de responsabilidade. Efectivamente distinguem-se várias doutrinas anti-subjectivistas que, por sua vez, se podem dividir por dois grupos conforme a ideia que as domina é a do *dano objectivo,* ou a do *risco aliado ao lucro.*

Em obediência à ideia de dano objectivo, cada um deve responder por tudo quanto emana da sua personalidade. Claro está que a projecção desta fórmula depende do conceito que cada um tenha de personalidade, podendo até através dela regressar-se à teoria da culpa, mas na ideia dos defensores da doutrina parece que personalidade é sinónimo de pessoa. Portanto, o epiléptico terá de responder pelo que faça durante um ataque que, necessàriamente, emana da sua própria pessoa.

Para a maior parte dos objectivistas o fundamento da responsabilidade acha-se na criação do risco ou na criação do risco aliada ao lucro que desse risco advém. Havendo actividades perigosas, sempre que o perigo se concretize dando lugar a um prejuízo, o responsável será aquele que lançou o risco, que se utilizou da actividade perigosa e que se presume lucrar com ela.

Mas — poderá objectar-se — as actividades perigosas só serão lucrativas, só trarão benefícios, para aqueles que as exercem? Não beneficiamos todos dessas actividades? Responderão que o produtor, que o industrial, podem lançar sobre todos os consumidores o peso da sua própria responsabilidade, mas todos sabemos que essa difusão nem sempre é possível, dependendo da situação do mercado.

---

(1) «Acidentes causados por automóveis e a respectiva responsabilidade civil», vol. X, pág. 10.

Parece ser tempo de apresentar resumidamente os principais argumentos invocados pró e contra a teoria objectiva, pró e contra a teoria subjectiva, e de fazer a sua crítica.

Afirmam os objectivistas :

A) **Argumento histórico**

Como a teoria subjectiva da culpa tem em seu favor uma tradição milenária, invocam os objectivistas contra ela um argumento histórico, afirmando que no Direito romano não se conhecia o conceito de culpa até ao aparecimento da lei Aquília, pois a lei das Doze Tábuas e outros monumentos legislativos posteriores apreciavam a injúria apenas segundo o seu efeito, a sua repercussão, segundo o dano provocado, enfim, com absoluto desconhecimento da sua causa. E acrescentam que, mesmo depois da lei Aquília, a culpa não era elemento essencial da responsabilidade civil no Direito romano, citando em defesa da sua afirmação as «noxales actiones» e outros casos de responsabilidade. O Direito romano só recorria ao conceito de culpa para eximir de responsabilidade penal os débeis mentais, e se mais tarde a ideia da culpa ganhar foros de cidade no Direito dos vários povos, foi apenas por se não ter distinguido nìtidamente a responsabilidade penal da responsabilidade civil, distinção que entre nós só começou a fazer-se com a legislação liberal.

De resto, as legislações da Antiguidade não revelavam interesse em saber se o autor do dano era ou não imputável.

Crítica

É certo que o primitivo Direito de Roma desconhecia o conceito de culpa, como o desconhecem as legislações de todos os povos de civilização rudimentar, mas o culto do Direito romano não deve ser considerado como culto da senilidade, o que nos obrigaria a respeitarmos os monumentos jurídicos do passado quanto mais antigos fossem. Se o Direito romano interessa aos civilistas modernos é pelas virtudes que encerra e que levaram Christophe de Thou a designá-lo por «la raison écrite», e pela influência que exerceu nas nossas próprias instituições. Mas o Direito romano que gerações sucessivas têm estudado e admirado pelo grau da sua perfeição, dificilmente ultrapassável, é a do período clássico e o do período justinianeu, o

Direito romano que moldou as nossas instituições civis foi o dos monumentos jurídicos de Justiniano. Se os romanos não tivessem mais que a lei das Doze Tábuas passariam tão desapercebidos na história do Direito como qualquer outro povo na antiguidade.

Por isso, não interessa saber que até à lei Aquília Roma não conhecia o conceito de culpa. O que não oferece dúvida — os próprios objectivistas na sua maioria o reconhecem — é que a teoria da culpa dominava todo o Direito romano quando ele atingiu o esplendor que veio a iluminar a vida social de muitos séculos, através de tantas mutações do condicionalismo político e económico. Nem se venha dizer que mesmo depois da lei Aquília a culpa não era elemento essencial da responsabilidade civil, invocando as «noxales actiones», pois que estas assentavam no conceito de culpa, embora estabelecendo uma presunção de negligência «in elegendum» ou «in vigilandum»; presumindo-se a culpa, não se desprezava o seu conceito. Igualmente se presumia a culpa nos pretensos casos de responsabilidade objectiva citados pelo Sr. Dr. Adolfo Bravo (1).

Também não é exacto que só ao alvorecer do século XIX se tivesse distinguido a responsabilidade civil da responsabilidade penal. É certo que a distinção não era nítida, mas ainda hoje se multiplicam em torno dela as teorias e os critérios de destrinça. E não há dúvida que se alguns delitos hoje civis tinham noutros tempos carácter criminal, nunca se deixou, no entanto, de reconhecer consequência meramente civis a esses delitos. E assim, poderia sustentar-se que a culpa era elemento essencial apenas da responsabilidade penal se o Direito romano eximisse os débeis mentais apenas de responsabilidade penal, obrigando-os, no entanto, a reintegrar os patrimónios lesados pela sua conduta. Assim não acontecia, porém.

Não é possível negar que os povos da antiguidade, excluído o romano desconheciam o conceito de culpa, mas o que não vemos é necessidade de imitá-los a ponto de criarmos a figura jurídica do «responsável objectivo» como panaceia para todos os males sociais destinada a desempenhar na vida moderna o papel que cabia noutros tempos ao «bode expiatório». Enfim, como «nihil novi sub solem»...

---

(1) «O conceito de responsabilidade no Código Civil»—in Gaz. Rel. Lisboa, ano 50.º, págs. 213-214.

B) A responsabilidade objectiva não é um retrocesso

Como já se tem acusado a teoria objectiva de procurar reconduzir-nos para o primitivismo jurídico dos povos bárbaros, afirmam os seus defensores que ela não representa um retrocesso histórico, porquanto tem a sua base no conceito de risco, ideia desconhecida dos povos da antiguidade.

Crítica

Salvo o respeito que nos merecem as opiniões dos autores que têm apresentado o precedente argumento, parece-nos que ele não responde à acusação de que a teoria objectiva representa um retrocesso. Com efeito, o retrocesso a que se referem os subjectivistas respeita às ideias morais e jurídicas, desconhecidas por povos que se desinteressavam pelo comportamento psíquico dos indivíduos, não aos elementos de ordem técnica entre os quais se deve contar o conceito de risco, conceito matemático e económico que pode estar na base de muitos institutos jurídicos mas que não poderá substituir nunca a vontade humana como aspecto predominante nas relações sociais.

C) O critério da culpa é insuficiente

Lògicamente, depois de afirmar os seus direitos históricos e a sua independência em relação a práticas odiosas dum passado longínquo, sem o que poderia ser olhada como perigosamente revolucionária, é natural que a teoria objectiva procure estabelecer-se sobre as ruínas da «velha ordem», da teoria da culpa, para o que se torna necessário denunciar os defeitos desta.

Daí, a afirmação de que o critério da culpa é insuficiente devido à diversidade de conformação psíquica dos homens, que não permite determinar sempre com rigor se há ou não culpa. Demonstrar a culpa é muitas vezes impossível.

Crítica

O defeito apontado à teoria da culpa existe por força da fatal imperfeição das criações humanas, mas esse defeito é bastante amortecido pela apreciação da culpa em abstracto e, ainda que assim não

fosse, não parece razoável que pelo facto de por vezes ser difícil determinar se há culpa, se renuncie a essa determinação.

O defeito apontado tem como consequência que se responsabilize alguém sem culpa ou que deixe de responsabilizar-se alguém que a teve. Para remediar estes males, a teoria objectiva pretende que a culpa nunca seja tida em devida consideração...

D) O critério da culpa foi causa de grandes injustiças

Na sequência dos seus ataques à teoria da culpa, afirmam os objectivistas que ela permitiu o abandono em que antes se achavam as classes operárias. O patrão enriquecia graças aos engenhos de que equipara a sua fábrica e o operário morria esmagado por essas mesmas engrenagens, deixando na miséria a sua família.

O patrão não tivera culpa no acidente e tanto bastava para que se desinteressasse da sorte das vítimas do seu próprio enriquecimento, das vítimas da actividade a que devia a sua fortuna.

Crítica

É sugestivo o argumento apresentado pelo que encerra de ideal de protecção dos fracos, ideal que nunca deve ser alheio à inspiração dos textos legais, mas o seu valor jurídico é escasso, sobretudo quando se pretende através dele atacar a teoria da culpa.

Efectivamente, o argumento invocado, mesmo que procedesse inteiramente, limitar-se-ia a apoiar as medidas de utilidade social que nos últimos cinquenta anos todos ou quase todos os países têm adoptado em matéria de acidentes de trabalho. Deixa, porém, em aberto o problema que consiste em saber se essas medidas podem integrar-se no instituto da responsabilidade civil. Não nos diz também se os princípios da teoria objectiva devem ter uma aplicação universal ou antes uma aplicação restrita.

Mas mesmo pelo que respeita aos acidentes de trabalho não nos parece que tenha grande valor o argumento invocado.

Infracções das leis morais que permitem que nem todos sejam recompensados na medida do esforço que desenvolveram em determinada actividade, verificam-se constantemente e a teoria objectiva nada poderá fazer contra elas. Prejuízos causados por um e supor-

tados por outro há-de haver sempre, porque a mais subtil teoria da causalidade está condenada a perder-se por entre a multiplicidade de relações sucessivas de causa para efeito que constituem a vida soocial. Se tivessemos que indemnizar todas as vítimas de factos lucrativos para outrem, seríamos levados a obrigar os volframistas enriquecidos com a guerra a pagarem pensões aos soldados invalidados, às famílias dos soldados mortos e aos proprietários de bens danificados por actos bélicos.

Por outro lado, o que fere a sensibilidade não é que o operário fique abandonado ao seu destino, à sua miséria, depois de invalidado em consequência do seu trabalho, mas sim que a sua invalidez, seja qual for a sua causa, arraste para a indigência quem deixou de trabalhar por imposição estranha à sua vontade. A legislação de acidentes de trabalho consegue que o operário que perdeu um membro por acidente ocorrido em sua casa lamente, aguilhoado pelas dificuldades económicas, não ter perdido todos os seus membros entre as engrenagens da fábrica onde trabalhava. E não será injusto que o artífice humilde, que o modesto produtor, depois de terem ajudado a enriquecer os comerciantes que lhes compram os seus produtos, nada recebam ao sofrerem um acidente, só pelo facto de não serem assalariados? Como afirma Beveridge no seu célebre Plano, também o produtor autónomo, por vezes mais pobre que o empregado por conta alheia, deve ser assistido quando invalidado por um acidente.

Na vida há, sem dúvida, muitas lágrimas a enxugar, mas se a correcção de algumas injustiças mais salientes é possível mercê de medidas legislativas, não será a teoria da responsabilidade objectiva que poderá representar o papel de moderno cavaleiro andante «redresseur de torts», pois que essa correcção cabe à justiça distributiva e não à justiça comutativa. A falsa piedade de que alguns objectivistas se têm feito eco enferma por vezes do vício de se inspirar no ódio aos ricos mais que no amor dos pobres; e não pode combater-se a injustiça com armas fornecidas pelo ódio.

E) A teoria da culpa determina a irresponsabilidade das pessoas colectivas

Outro defeito notável apontado à teoria da culpa pelos objectivistas desde os primeiros passos tentados pela doutrina que defendem, é o de que ela não permite responsabilizar as pessoas colecti-

vas, nomeadamente o Estado, quando é certo que a irresponsabilidade dessas entidades repugna ao sentimento jurídico moderno.

As pessoas colectivas são irresponsáveis à face da teoria subjectiva porque — pretendem os objectivistas — sendo desprovidas de vontade, não podem incorrer em culpa.

Crítica

Tal argumento, que tem servido de cavalo de batalha na tentativa de destruição da teoria da culpa, não apresenta nenhuma consistência. Se ele procedesse, teríamos de concluir que as pessoas colectivas, não poderiam, à luz de qualquer doutrina, obrigar-se vàlidamente, porque a lei positiva exige a existência do elemento vontade para a formação de qualquer negócio jurídico.

A verdade é que, assim como a vontade do órgão da pessoa colectiva cria direitos e obrigações para esta, também essa mesma vontade servirá para nos dar a conhecer a existência de culpa que determinará responsabilidade para a pessoa colectiva se o acto culposo tiver sido praticado pelo órgão dentro dos limites das suas atribuições.

Esta é a doutrina defendida pelo Doutor Guilherme Moreira (1), pelo Doutor J. G. Pinto Coelho (2), por Léon Michoud, que no seu magnífico estudo sobre a personalidade colectiva distingue a responsabilidade directa das pessoas colectivas por actos dos seus órgãos e a sua responsabilidade indirecta por actos dos simples agentes e mandatários (3), por René Savatier (4) e, ùltimamente, pelo Sr. Dr. Lopes Navarro (5).

O que chega a admirar é que depois da forma brilhante como os defensores da teoria da culpa responderam ao argumento da irresponsabilidade das pessoas colectivas lançado por Orlando e outros objectivistas nos fins do século passado, ainda apareçam autores que se aproveitem do mesmo argumento, sem sequer invocarem novas razões contra as críticas de que ele tem sido alvo!

---

(1) «Instituições de Direito Civil», vol. I, p. 614.

(2) «Da responsabilidade civil baseada no conceito de culpa», pág. 18.

(3) «La théorie de la personnalité morale», 3.ª ed., II vol., pág. 226.

(4) «Traité de la responsabilité civile», I vol., pág. 259.

(5) Boletim Of. do Min. da Justiça, Janeiro de 1948.

F) «Ubi commodum ibi incommodum»

Depois dos argumentos demolidores, desdobram-se aqueles que constituem a parte construtiva da teoria objectiva, entre os quais avulta o que pretende que quem aufere os benefícios deve suportar também os prejuízos.

Nesta ordem de ideias, o empresário suportará o desgaste humano como suportará o desgaste de material, e quem utiliza organismos perigosos e rendosos terá de sofrer os prejuízos que eles causem a outrem.

Crítica

Parece justo e razoável que quem lucra com uma actividade suporte também as suas consequências danosas, mas a dificuldade está em saber quem lucra com determinada actividade. Será sòmente aquele que a exerce? Certamente que não...

O fabricante de máquinas ou de produtos farmacêuticos não será o único beneficiário da sua actividade e o médico que guia o seu automóvel para acudir a um doente grave também não é o único beneficiário da sua actividade automobilística. Inúmeros são muitas vezes os beneficiados e os prejudicados por um simples facto, e se nos reportarmos em especial às actividades desenvolvidas recentemente e que maiores riscos vieram criar como ameaças constantes para pessoas e bens, diremos que a grande beneficiária deles é a colectividade em geral.

Pois bem, que a colectividade suporte os prejuízos ocasionados por essas actividades, e não o pacífico cidadão, tipo perfeito do «bonus pater familias» que se limite a desenvolver uma actividade lícita!

G) Na dúvida proteja-se a vítima

Entre dois patrimónios — têm entendido os objectivistas — deve proteger-se o património da vítima e não o do lesante.

Crítica

Ora, a verdade é que na vida jurídica as relações não se estabelecem entre patrimónios, mas entre pessoas, cada uma com o seu

diverso comportamento psíquico; além disso, se o facto danoso é alheio à vontade seja de quem for, não se vê razão para beneficiar um património em detrimento do outro.

H) O argumento da opinião pública

Segundo os defensores da teoria objectiva, esta é reclamada pela opinião pública hodierna que se importa especialmente com a inocência da vítima e não com o agente do facto danoso.

Crítica

Não sabemos bem de que aparelho de precisão se servem alguns autores para determinarem rigorosamente o estado da opinião pública, mas ainda que esta reclamasse a teoria objectiva, por se desinteressar da atitude do autor do facto lesivo, do que nos permitimos duvidar, o argumento do maior número é daqueles que nunca nos farão desviar da nossa posição.

I) O seguro obsta aos possíveis inconvenientes económicos da teoria objectiva

Defendendo-se contra os ataques dos subjectivistas, afirmam vários autores que a teoria objectiva da responsabilidade não intimida as iniciativas graças ao seguro.

Crítica

Não há dúvida que o seguro atenua os inconvenientes da teoria objectiva, mas não podemos esquecer também que os prémios de seguro constituem muitas vezes um encargo pesado e, sobretudo, que, embora jurìdicamente seja possível um seguro ilimitado de responsabilidade civil, na prática verifica-se que as empresas seguradoras não se dispõem a cobrir certos riscos.

Em Portugal, onde os seguros de responsabilidade civil não excedem os limites da responsabilidade por acidentes de trabalho e de responsabilidade automobilística, não há dúvida que o seguro não obstaria aos inconvenientes económicos da teoria objectiva se ela fosse adoptada como regra geral.

J) A responsabilidade objectiva não suprime a moral

Como a teoria objectiva já tem sido acusada de contrariar a moral, devido ao seu desinteresse pela conduta dos homens, responsabilizando-os igualmente, quer sejam diligentes quer sejam negligentes, afirma o Sr. Doutor Cunha Gonçalves que «a responsabilidade objectiva não suprime a moral, invoca uma nova moral, solidarista, corporativa, cristã, despida do velho egoísmo de burgueses democráticos, individualistas, capitalistas» (1).

Crítica

Não deixa de ser curioso notar que enquanto o Sr. Doutor Cunha Gonçalves defende a teoria objectiva contra o egoísmo de burgueses democráticos, o Sr. Desembargador Joaquim Crisóstomo pretende defendê-la apoiado na sinceridade de muitos liberais e democratas com que o nosso país conta (2).

Pela nossa parte, preferimos manter o problema do sistema de responsabilidade a adoptar, no campo da pura técnica jurídica e independente de conceitos políticos, sem deixarmos de notar, no entanto, que as realizações legislativas parecem contrariar o Sr. Doutor Cunha Gonçalves, pois que a nova lei de acidentes de trabalho, de inspiração corporativa, não parece muito favorável à teoria objectiva da responsabilidade; e não o é por certo o relatório que precede a proposta de lei sobre acidentes de trabalho que o governo submeteu à apreciação da Assembleia Nacional em 1935...

L) Argumento que justifica a teoria objectiva através da teoria da culpa

Depois de apontarem os insanáveis defeitos da teoria da culpa, acabam os objectivistas por dizerem que a doutrina por eles defendida não é incompatível com a teoria clássica. Com efeito, a responsabilidade objectiva, ou antes a culpa objectiva (!) cabe perfeita-

---

(1) «Tratado de Direito Civil», vol. XII, pág. 381.

(2) «Acidentes causados por automóveis e a respectiva resp. civil», v. X, pág. 146.

mente no conceito de culpa levíssima tal como é definida pelos autores clássicos.

De resto, o fundamento da teoria objectiva residiria em que quem cria risco para os outros procede com culpa.

Crítica

A crítica a este último argumento está feita por ele próprio quando conjugado com os anteriores. Afinal, a teoria da culpa é de desprezar ou é de manter? Parece por vezes que aos objectivistas interessa apenas atingir um fim prático, seja qual for o meio técnico que a ele conduza.

Exporemos agora muito ràpidamente os *argumentos a favor da teoria subjectivista,* aliás já em parte apresentados através das críticas às razões invocadas pelos defensores da teoria objectiva:

A) **Argumentos do maior número**

Tem-se dito que hoje se manifesta viva reacção contra a teoria objectiva, que ela contraria a consciência geral e que, por isso mesmo, talvez, não tem recebido consagração legislativa, só o Código Civil soviético a adoptando.

Crítica

A verdade, porém, é que a possível impopularidade da teoria objectiva não é prova da sua imperfeição. O facto da maior parte dos autores a não perfilharem, tendo sido abandonada até por alguns dos seus sequazes, também não pode constituir argumento decisivo. Quanto a não ter recebido ampla consagração legislativa, talvez se deva ao facto de quase todos os Códigos Civis ainda vigentes serem bastante antigos.

Por tudo isto, são ineficazes os argumentos invocados.

B) **Argumento moral e psicológico**

A necessidade de recorrer à culpa é uma manifestação do sentimento inato de justiça (1), só a teoria da culpa reconhecendo o de-

(1) Giorgi — «Teoria delle obbligazioni», tomo V, pág. 402.

vido lugar à liberdade humana. Consagrar a teoria do risco seria abandonar a ideia de que o homem se deve conduzir bem, seria, enfim, o triunfo da matéria sobre o espírito, pois pela eliminação da ideia de culpa a justiça deixaria de ter papel a desempenhar na tutela das relações sociais.

Crítica

Embora concordando com tais afirmações, temos de reconhecer o seu escasso valor para quem não aceite o princípio da liberdade humana nem a intuição do conceito absoluto de justiça. Daí a necessidade para os subjectivistas de se socorrerem de outras razões; as mais fáceis de invocar são as que servem para combater a teoria objectiva.

C) O Direito é lei de finalidade e não de causalidade

A teoria objectiva contraria o Direito porque este encerra leis de finalidade e não leis de causalidade (1).

Efectivamente, a mera relação de causa para efeito, em que assenta a teoria objectiva, é indiferente para a ordem jurídica quando não seja necessário estabelecê-la para conseguir determinado fim social pelo aproveitamento das reacções naturais do espírito humano, pelo que procede inteiramente o argumento invocado.

D) A teoria objectiva — projecção da doutrina de Ferri

Segundo o Sr. Doutor Jaime Gouveia, a teoria objectiva encontraria a sua origem na escola de positivismo penal de Ferri, não sendo, por isso, razoável aceitá-la para o Direito Civil.

Crítica

Não sabemos ao certo se a teoria objectiva se inspirou no positivismo de Ferri, mas, ainda que assim fosse, ela emprega argumentos com características próprias que realmente legitimam a pretensão de se apresentar como teoria de Direito Civil.

---

(1) Guilherme Moreira — «Instituições...», I, pág. 589.

E) **Contradição entre a teoria objectiva e os princípios do Direito Penal**

Se a doutrina objectiva fosse recebida no Direito positivo como teoria geral da responsabilidade civil, poria esta em contradição com os princípios da responsabilidade penal, dominada pelos preceitos dos art.os 1.º e 26.º do Código Penal.

Crítica

Pode objectar-se que são diversos os fundamentos da responsabilidade civil e da responsabilidade penal, não tendo a indemnização civil o carácter de pena, mas não há dúvida que ela funciona como um mal imposto ao responsável.

F) **Não é justo que um inocente suporte o dano**

Dizem os subjectivistas,

Crítica

ao que, porém, se pode responder que inocente é também a vítima do facto danoso.

G) **A causa do dano na teoria objectiva**

É difícil determinar em obediência aos princípios da responsabilidade objectiva — diz-se — qual a causa do dano de entre os seus vários antecedentes, enquanto que, seguindo a teoria da culpa, a causa estará na negligência de alguém.

Crítica

Não devemos esquecer, no entanto, que as dificuldades de ordem prática não provam a imperfeição duma doutrina e que é dificílimo, por vezes, determinar se houve culpa e quem a teve.

H) **Se se pagam os danos, reclamem-se os lucros**

Assentando a responsabilidade no dano objectivo, seria coerente e justo que quem exerce uma actividade, suportando todos os pre-

juízos por ela ocasionados, exigisse também uma remuneração por todos os benefícios que essa mesma actividade tenha conseguido para outrem. Ora isto seria uma aplicação bastante hipertrofiada do não locupletamento à custa alheia!

Expostos os argumentos invocados pelos defensores dos dois sistemas de responsabilidade e tendo já revelado a nossa preferência pela teoria da culpa, embora admitindo francamente que os seus princípios sejam derrogados pela legislação respeitante a alguns institutos jurídicos, pelo menos enquanto não se achar melhor solução para alguns problemas, cumpre-nos agora apreciar qual *a posição do Direito positivo português em face das duas doutrinas que se opõem em matéria de responsabilidade civil.*

O Código de Seabra

Adoptou o Código Civil, como não podia deixar de ser, a teoria clássica. É esta a opinião até de alguns objectivistas, como o Sr. Dr. Adolfo Bravo (1), correspondendo à orientação dos tribunais superiores (2).

Não obstante, alguns objectivistas têm sustentado que o Código de Seabra, numa antecipação, adoptara como regra o princípio da responsabilidade sem culpa. E fundamentam a sua afirmação no preceito do art.º 2.361.º (3). Efectivamente, esse preceito analisado isoladamente podia levar-nos a admitir que o Código Civil se desinteressava pela culpa como pressuposto das situações de responsabilidade, se bem que a violação ou ofensa dos direitos de outrem, a que se refere o artigo, se possa interpretar como conduta voluntária, pois um louco ou uma criança de tenra idade não pode ofender ninguém, nem no sentido moral nem no sentido social.

Analisado o art.º 2.361.º a par de outras disposições do mesmo Código, já não é possível, porém, o mesmo entendimento, e o citado preceito levar-nos-á apenas a crer que é mais conveniente para o legislador delimitar os conceitos sem os definir.

---

(1) «O conceito de responsabilidade no Cód. Civil», in Gaz. Rel. Lx., 50.º, pág. 209.

(2) Ac. S. T. J. de 21 de Julho de 1939, in Col. Of., 38, pág. 334.

(3) José Tavares — «Princípios fundamentais...», 2.ª ed., I, pág. 534. Cunha Gonçalves — «Tratado de Direito Civil», vol. XII, pág. 384.

Não nos parece, no entanto, que como já se tem entendido, o art.º 2.393.º, conjugado com o art.º 717.º e seus §§, imponha a teoria subjectiva. Tal entendimento é, a nosso ver, erróneo, não pela ressalva da parte final «em tudo aquilo a que estes forem aplicáveis», como sustenta o Sr. Doutor Cunha Gonçalves, mas porque o art.º 2.393.º se não refere à responsabilidade aquiliana. Efectivamente, «a responsabilidade que derivar de quaisquer outras obrigações» não é a responsabilidade aquiliana, mas sim a responsabilidade por inexecução de obrigações não contratuais, embora responsabilidade obrigacional. Porque a responsabilidade aquiliana não deriva doutras obrigações...

Que a responsabilidade obrigacional é baseada no conceito de culpa no sistema do Código Civil é inútil demonstrá-lo; bastará citar os art.ºs 705.º e 717.º.

Quanto à responsabilidade aquiliana, se o Código Civil a fundamentasse no dano objectivo teria quebrado a tradição jurídica, o que o obrigava a declará-lo explìcitamente. Além disso, os vários preceitos especiais incluídos no livro do Código subordinado à epígrafe «Da responsabilidade civil» exigem como elemento essencial a culpa, embora os autores objectivistas entendam que os art.ºs 2.377.º, 2.379.º, 2.380.º, 2.394.º, 2.396.º, 2.397.º e 2.403.º excluem o conceito de culpa. Por isso — sustentam — a regra será a do art.º 2.361.º, interpretado favoràvelmente à teoria objectiva e os preceitos em que o Código exige o elemento culpa constituiriam excepções. A verdade, porém, é que não se compreende a razão jurídica ou social dessas excepções. De resto, os artigos citados não excluem a culpa.

Çom efeito, pelo art.º 2.377.º não se abandona o critério da culpa; apenas se aprecia esta em abstracto, com desconhecimento da anormal conformação psicológica do agente violador.

«A menoridade não releva de responsabilidade civil» — afirma o art.º 2.379.º — mas quando o menor for imputável e proceder com culpa, como esclarece o mesmo preceito na sua sequência, ao exigir que o menor esteja, pela sua idade sujeito a responsabilidade criminal. Se o menor é inimputável, respondem civilmente seus pais, porque se presume por parte destes culpa «in vigilandum». Tanto assim que, se provarem que não houve culpa por parte deles, os pais deixam de responder pelos actos dos filhos menores.

Planiol e Ripert, comentando este preceito, classificaram-no de

regra de carácter social e não de responsabilidade civil (1), o que, aliás, se nos afigura exagero.

O art.º 2.380.º também presume a culpa «in elegendum» e «in vigilandum», devendo entender-se que o amo solidàriamente responsável se exonera provando que não houve negligência da sua parte.

O art.º 2.394.º limita-se a estabelecer uma presunção de culpa, enquanto que os art.os 2.396.º e 2.397.º são preceitos erradamente colocados no instituto da responsabilidade civil por prevenirem casos que correspondem à figura jurídica de «estado de necessidade».

Finalmente, o art.º 2.403.º determina responsabilidade para o Estado por culpa na escolha e na fiscalização dos seus magistrados.

O sistema da responsabilidade subjectiva é, de resto, o consagrado pelos Códigos Civis de todas as nações, excluída a Rússia, pois a teoria do risco não conseguiu impor-se como doutrina orientadora dos Códigos Civis, mesmo dos mais recentes.

Outras leis

Mas têm surgido, em Portugal e no estrangeiro, várias medidas legislativas de carácter social que criaram obrigações de indemnizar, independentemente de qualquer pressuposto de culpa por parte do indemnizante. O que sustentamos, seguindo as opiniões de Ripert e de Savatier (2), é que tais obrigações não podem qualificar-se como situações de responsabilidade civil; da responsabilidade apresentam apenas o aspecto material, faltando-lhes a raiz psicológica que fundamenta o instituto.

Não são, na verdade, obrigações de responsabilidade civil as criadas pela lei de acidentes de trabalho e pelo Código da estrada.

Mas terão as obrigações criadas por esses diplomas um fundamento puramente objectivo?

Cremos que sim, e que inútil será tentar outra explicação para os perceitos dos art.os 1.º a 12.º da lei n.º 1.942 e 138.º do Código da estrada, apesar de só pela escassa maioria dum voto o assento de 4 de Abril de 1933 ter consagrado a teoria do risco.

Salvo o devido respeito, e por mais inconveniente que julguemos

---

(1) «Traité pratique de droit civil français», 1930, III, pág. 690.

(2) «Traité de la responsabilité civile», prefácio de Georges Ripert.

a doutrina objectiva, não procedem, à face do art.º 138.º do Código da estrada, os argumentos invocados na justificação dos votos de vencido exarados no referido assento.

O que sustentamos — permita-se-nos a insistência — é que a culpa faz parte da própria essência do instituto da responsabilidade, só ela respeitando a finalidade desse instituto que não se limita apenas, tal como a legislação de acidentes no trabalho e de viação, a lançar remendos sobre o sistema social vigente.

Baseado no conceito de justiça só existe um sistema de responsabilidade, o tradicional, baseado na culpa, impondo diligência e prudência no desenvolvimento das actividades mas não permitindo que os mais cautelosos se arruinem com indemnizações.

O sistema de legislação social com fundamento no dano objectivo, cuja necessidade à face do condicionalismo actual não discutimos, baseia-se num conceito de equidade e nada tem de comum com a responsabilidade civil pròpriamente dita.

Em estudo mais desenvolvido e cuidado insistiremos sobre o mesmo problema, convencidos de que, como entende Ripert (1), uma distinção entre os dois sistemas de responsabilidade representa valiosa contribuição para o património doutrinário do Direito Civil.

PEDRO MÁRIO SOARES MARTÍNEZ

---

(1) Prefácio do «Traité de la responsabilité civile» de René Savatier.