

Responsabilidade civil do indivíduo e do Estado

347.51

JOAQUIM PIMENTA

TORNOU-SE dogmático o princípio de que tãda responsabilidade em direito privado implica necessariamente uma culpa : « não é o dano que obriga à indenização, mas a culpa », escreve IHERING, que vislumbra ali a evidência de uma fórmula química e ZINK uma cristalização da própria *ratio scripta*.

Històricamente derivada da responsabilidade penal, a responsabilidade civil veio, com a jurisprudência romana, enlaçando-se, qual o efeito a sua causa, a êsse elemento subjetivo — o ato culposo — até encaixar-se de vez no texto dos códigos, como axioma de matemática jurídica.

Mas, porque o direito, antes de recolher-se em um texto, é um fato que se sobrepõe à vontade dos legistas; antes de converter-se em escola, é uma projeção de interesses e de forças sociais que escapam à trama inflexível de sistemas apriorísticos, a par do conceito clássico da responsabilidade civil, surge do choque de interesses individuais e coletivos que o direito coordena e põe em equilíbrio, o tipo de uma *responsabilidade objetiva*, isto é, sem culpa, acarretando a indenização de danos, independentemente da natureza das causas que o determinaram, as quais tanto podem pressupor atos pessoais, como circunstâncias de ordem puramente material ou estranhas à vontade e ação do indivíduo.

Qual seria o fundamento dessa nova face do direito, eis o que procurou saber e definir, há mais de trinta anos, o professor HERSILIO DE SOUSA, grande e saudoso mestre da Faculdade de Direito, do Recife, em um livro — *Novos Direitos e Velhos Códigos* — infelizmente, por ter sido publicado na «provincia», desconhecido ou quase despercebido nos demais centros de cultura do País. Depois de passar em revista diferentes doutrinas, já em voga naquele tempo, sôbre como interpretar essa inovação num setor tradicional do jurismo, assim se externa :

« Antes de tudo, há uma doutrina da causa subjetiva, e outra da causa objetiva, procurando, a primeira, encontrar sempre uma relação direta entre o dano e o sujeito, em cuja esfera de ação, de influência ou de eficácia êle se realizou, a cuja vontade e a cujo interesse êle se prende; e não se preocupando a segunda com a pessoa, mas procurando só e diretamente a causa do dano, seja pessoa, animal inferior ou coisa que o haja produzido. »

Quanto à simples relação pessoal que se pretende manter entre o indivíduo e o dano por êle causado, tinha o professor HERSILIO DE SOUSA motivos

de a considerar, pelo seu caráter de imprecisão, suscetível de provocar abusos e injustiças, como, por exemplo, nos casos em que respondessem os pais por todos os danos que os filhos causassem a alguém, abstraindo-se as circunstâncias em que tais danos tivessem ocorrido. Foi prevendo êsse inconveniente que KRIES tentou uma distinção entre nexos causal adequado e nexos causal accidental, o primeiro sendo um vínculo de tal sorte ligando o dano ao fato que o produziu, que, sem êste, não se teria aquêlo objetivado; o segundo verificando-se pela ausência de tão íntima relação. Desde que ao arbítrio do juiz ficasse a determinação de um ou de outro nexos, acreditava o mestre pernambucano que tal critério podia conduzir a decisões iníquas, em vez de ser um ato de distribuição da justiça.

Para os dois MERKEL, a responsabilidade sem culpa deve assentar no ativo interesse ou, antes, no agir no próprio risco e perigo :

«Cada um tem de suportar as despesas no valor do seu próprio benefício, como prêmio do risco de suas probabilidades de ganho, como passivo de sua economia». Também para HUMELIN e UMGER repousa ela no agir sobre o próprio perigo, em virtude de que «deve responder pelo dano quem joga com o perigo, quem trafica com o perigo, quem se expõe ao perigo e ao mesmo tempo põe em perigo a vida dos outros». Citava, por último, a teoria de JUNG, pela qual «quem toma sobre si trabalhos extraordinários, *ipso facto*, se submete às consequências danosas que dêles provenham» e a de SJOGREN — «do momento final» — isto é, «que a obrigação de reparar o dano se deve decidir por onde termina o interesse econômico do indivíduo».

Se tais critérios pareciam justos e verdadeiros, pensava o professor HERSILIO DE SOUSA que não abrangiam todos os casos em que se pudesse verificar a responsabilidade objetiva; tais os danos provenientes da inação, da atividade de outros, de animais, de coisas inanimadas.

Mais radical é a teoria, hoje dominante, que omite ou relega a segundo plano a relação que possa existir entre um dano e alguém que o tenha causado, decorra êle de um ato pessoal, do exercício de uma atividade lícita, ou de fatos inteiramente estranhos àquele que há de responder pela indenização. Por exemplo : o dano causado a terceiros pelo desmoronamento de um prédio cujas condições precárias de resistência ignorasse o proprietário; ou, o que é mais típico, tanto mais por já se ter fixado na legislação hodierna — a responsabilidade dos empregadores por acidentes de que fôssem vítimas os seus empregados, sem que tivessem contribuído para que tais acidentes ocorressem.

Convinha, porém, advertir que a simples razão de que, havendo dano, deveria sempre existir alguém que o reparasse, tomada em sentido absoluto, poderia redundar em absurdo, em chocante desarmonia com a própria finalidade do direito ou, como opinava o professor HERSILIO DE SOUSA, seria o requinte da dureza fazer pagar uma indenização quem, escorregando, caísse, causando dano a outrem, sobretudo se o causador do dano não tivesse meios de o reparar, e se a vítima dispusesse de fortuna. Prevendo inconvenientes dessa ordem, alguns autores procuraram amenizar a rigidez a que poderia ser arrastada a doutrina, enxertando-lhe certos temperamentos, ou, por outra, subordinando a responsabilidade objetiva a circunstâncias particulares inerentes aos direitos violados, as quais excluía, talvez, a aplicação rígida

daquela, exigindo-se, então, o elemento subjetivo da responsabilidade. Para o professor HERSILIO DE SOUSA dois eram os temperamentos que se lhe afiguravam indispensáveis: um, de caráter lógico, outro, de caráter econômico; o primeiro era a relação direta que devia existir entre o dano e o fato que o produziu, para se saber se havia ligação de causa e efeito; o segundo era a proporção entre os recursos financeiros de quem deveria responder pelo dano ou se estaria em condições de o reparar. Essas condições, dentro das quais buscava uma solução justa dos casos mais complexos de responsabilidade sem culpa, pressupunham o velho e sempre novo princípio de equidade que, em todas as épocas e entre povos os mais diversos em civilização e cultura, vem imprimindo ao direito um senso de harmonia cada vez mais igualitário e extensivo à defesa e proteção, ao mesmo tempo, da sociedade e dos indivíduos que a formam.

Os juristas mais amarrados à tradição romanista experimentavam certa, senão evidente repugnância por uma *responsabilidade objetiva*, também chamada — *responsabilidade patrimonial*. Um deles, TEUCRO BRASIELLO, em uma monografia — *I Limiti della Responsabilità* — assim se manifestava:

«A afirmação do princípio da responsabilidade sem culpa constitui um regresso jurídico, qualquer que seja o fundamento a que se queira adaptá-lo. Fundando-se em simples relações de causalidade material, chega-se a criar uma responsabilidade com uma base puramente mecânica e, portanto, iníqua, tornando-se responsável ainda quem foi vítima do acaso, do fortuito, negando-se, implicitamente, a noção dêste.» Combate o mesmo autor o conceito de uma personificação do patrimônio — «uma irracional ficção que repugna à consciência jurídica» — invocando o fato de ser contestado por diversos doutrinadores o cunho excepcional de uma personalidade, atribuído pelos romanistas à herança jacente.

Fôsse um retrocesso, uma volta ao direito primitivo, ou parecesse contraditória a expressão — *responsabilidade objetiva ou sem culpa* — o certo é que ela acabou por triunfar na doutrina, na legislação e na jurisprudência, ao lado da clássica *responsabilidade subjetiva ou por culpa*, atingindo uma área de jurisdição com tendência a tornar-se cada vez mais ampla do que a de sua antecessora multissecular.

Registrava o professor HERSILIO DE SOUSA o evolver do novo instituto — da *responsabilidade objetiva* — no campo do direito positivo ou na sua codificação, citando de preferência os Códigos Civis, austríaco e alemão, e o Código Federal suíço. Segundo prescreve o primeiro, quando aqueles que têm sob a sua guarda os menores e loucos, não podem satisfazer os danos por estes causados a terceiros, ordene o juiz o ressarcimento pelo patrimônio dos guardados, total ou parcialmente, em termos de equidade, tendo em consideração, além de outras circunstâncias pessoais, a fortuna da parte lesada e a do autor do dano. Entre outros dispositivos do Código Civil alemão, sancionando a responsabilidade sem culpa, estabelece o art. 829 que — quem não é responsável pelo dano causado, deve, entretanto, repará-lo se a reparação não puder ser obtida do terceiro encarregado da vigilância, quando conforme as circunstâncias, especialmente conforme as relações entre os interessados, a equidade exigir uma reparação e êle possuir recursos suficientes

que lhe permitem ao mesmo tempo ocorrer à sua manutenção de maneira conveniente, e cumprir as obrigações alimentares que lhe forem impostas pela lei. O Código Federal suíço dispõe que, por motivos de equidade, pode o juiz, por exceção, condenar uma pessoa irresponsável ao ressarcimento total ou parcial do dano por ela causado, obrigação esta que o Código Criminal de 1830 (art. 11) tornava extensiva aos menores, aos loucos, aos criminosos casuais, etc. Na legislação brasileira vigente admitia-se a responsabilidade objetiva impondo-se até às pessoas jurídicas de direito público, a começar pelo governo da União.

Mas não é somente em direito privado que se firma o princípio da responsabilidade sem culpa; em relação ao Estado ela assume, talvez mais revolucionariamente aqui do que ali, uma posição que, ainda na segunda metade do século XIX, muitos jurispúblicistas longe estariam de prever. Para se ter a certeza disto, basta consultar os trabalhos que foram surgindo entre as últimas décadas daquele século e as primeiras do século XX, nos domínios do direito público, constitucional e administrativo, entre muitos outros, os de HAURIOL, GASTON JÈZE, L. COUZINET, ORLANDO, PRESSUTTI, SANCTI ROMANO e LEON DUGUIT, o mais brilhante e o mais profundo constitucionalista contemporâneo.

É assaz conhecido que na história das instituições políticas aparece o Estado investido de um poder absoluto, sem um limite que o detenha no exercício de suas prerrogativas. É soberano, e, como tal, irresponsável; ou por outra, soberania e irresponsabilidade são atributos que se pressupõem ou se completam no antigo direito público. Ainda em fins do século XVIII, a simples lembrança de responsabilizar-se o poder público por atos praticados em seu nome ou por seus agentes, teria, como observa DUGUIT, singularmente escandalizado os homens da Revolução :

«Nem na declaração dos direitos, nem nas constituições, nem nas leis da época revolucionária, se encontra, diz êle, nenhum texto que faça uma alusão qualquer a uma responsabilidade geral do Estado.» Em matéria de serviço público, só se reconhece a responsabilidade dos seus agentes, isto mesmo com restrições ao direito de ação da parte lesada, que só pode proceder em juízo autorizada pelo governo e com aviso do Conselho de Estado. (L. DUGUIT, *Les Transformations du Droit Public*, pp. 223-24).

Sob a influência das idéias civilistas, aliás, bem sensível na doutrinação e tecnologia do direito público moderno, veio a ser admitida uma responsabilidade do Estado, já em suas relações de natureza contratual, já por faltas praticadas por seus funcionários, que lesassem direitos individuais, prevalecendo, porém, o pressuposto de que tais funcionários ou agentes procediam como simples mandatários do Estado, e, mesmo assim, nem todos os atos emanados do Poder Público implicavam a sua responsabilidade, porém uma certa categoria — a dos atos de gestão, despidos de toda parcela de autoridade, os quais eram equiparados aos de pessoas de direito privado.

Continuava o Estado inteiramente irresponsável pelos atos de poder público, de autoridade, de soberania, bastando citar os atos legislativos, considerados a mais alta manifestação da vontade popular e soberana, de maneira que quando causavam dano a particulares, não podiam, salvo disposições con-

trárias, dar margem a uma ação de responsabilidade contra o Estado, nem perante a jurisdição administrativa, nem perante a autoridade judiciária.

Como postulado dessa bifurcação da atividade do Estado, conceberam-no dotado de uma dupla personalidade — uma responsável e outra irresponsável — concepção artificial e monstruosa, pelo mesmo motivo por que não podem, em um mesmo indivíduo ou em um mesmo ser, normalmente coexistir duas personalidades.

Mas os fatos são mais eloqüentes do que as dissertações escolásticas : além de já se ter demonstrado o absurdo de tal doutrina, atos que, pela sua privilegiada categoria, se esquivavam a tôda jurisdição, foram, pouco a pouco, caindo sob o regime jurídico da responsabilidade, ou nêle se enquadraram por um processo de autolimitação que o Estado impôs a si mesmo, como quer JELLINECK, ou por fôrça, como pretende DUGUIT de uma regra objetiva de direito, indistintamente obrigatória para governantes e governados.

Se consultasse o arquivo dos tribunais de justiça judiciária e de justiça administrativa, já não dizemos um legista ressurreto dos sombrios tempos do absolutismo monárquico, mas um LAFERIERE das primeiras décadas do século XIX, certamente causar-lhe-ia grande espanto o desenvolvimento que tomou o Estado *responsável*, sem deixar de ser *soberano*, não só por *atos de gestão*, como por *atos de autoridade*, velha distinção, aliás, sem mais razão de existir; responsabilidade, por culpa de seus agentes ou mesmo sem culpa; responsabilidade pelo mau funcionamento dos seus serviços, por desvios ou excessos de poder, como por exercício legítimo e normalíssimo de suas funções de poder, de soberania.

Já não se pode, hoje, proferir, com a mesma certeza silogística, o clássico e famoso aforismo :

— *Qui suo jure utitur neminem laedit...*

Porque a êle se pode contrapor e cada vez com mais freqüência.

— *Qui suo jure utitur aliquem laedere potest...*