

Aspectos do modernismo juridico e o elemento moral na culpa objectiva

Conferencia no Instituto dos Advogados, em
27 de Setembro de 1930

Desta tribuna do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, de onde me honro de falar, Exmo. Sr. Presidente e nobres mestres, e que tem sido um foco, alto e intenso, de irradiação do pensamento brasileiro e da cultura nacional, CLOVIS BEVILAQUA, o nosso jurista summo, versou a noção fundamental do direito subjectivo, através da concepção revolucionaria de DUGUIT.

Se fomos distender o exame a outras noções pedes-
taes do direito, concluiríamos que o hyper-criticismo moder-
no revê, descaptivado de preconceitos e desvinculado da ty-
rannia da *communis opinio*, todos os principios até agora re-
putados inconvelliveis.

E apenas haverá noção basica, canone venerando, prin-
cipio fundamental que, intangido, resista.

A “disputa dos conceitos”, ou o conceitualismo, como
lhe chama BONNECASE, domina e caracteriza a mentalidade
do jurista contemporaneo.

O impenitente realismo de DUGUIT olha com suspica-
cia esse conceitualismo “que se presta a desenvolvimentos li-
terarios e a metaphoras brilhantes, mas que é desprovido de
valor scientifico”; elle proprio, entretanto, rende tributo á
mentalidade dominante, “mascarando com seu realismo um
subjectivismo intransigente”.

De resto, essa inquietude pesquisadora não se desvela,
apenas, no direito: aqui ella se mostra — exacerbada pela
dramaticidade dos problemas que versa — como um aspecto
da vasta agitação que sacode, em toda a parte, os animos e
em que se movimenta, espicaçada de impulsos indominados e

arrastada para destinos indesviáveis, a nossa infortunada geração.

O repudio que a impaciencia dos modernos tenta votar a um legado millenario de noções e de sentimentos, de idéas e de categorias e que abraça a moral, a arte, as sciencias, a religião, tem, no Direito, um de seus momentos mais angusti-antes.

E nem de outro modo poderia ser.

Os problemas de ordem politica em que se entralha a presente crise mundial — já vos disse, em discurso memorando, o egregio LEVY CARNEIRO — teem todos elles, fundamentos ou aspectos essenciaes de ordem juridica.

Na crise das nações, confirma SICHES, *el papel de la idea del derecho es el más importante y el más tragico*".

O jurista que, no silencio de seu gabinete, vaga o espirito á solução de questões, ao parecer, simplesmente theoricas, e todo se dá á volupia espiritual de considerar problemas de aspecto bysantino, serve, consciente ou inconscientemente, a uma das grandes correntes que disputam o poder de orientar a consciencia dos povos; é legionario de uma refrega aspera que em toda parte se fere e concorre para que se alteie o dialogo violento, que em todo o mundo se trava, entre o logicismo e o ethicismo, o realismo e o espiritualismo, o individualismo e o socialismo.

"De todos os factores da vida social é o direito... o que tende mais á transacção, ao equilibrio, á adaptação das idéas aos factos".

E eis porque, acompanhando e traduzindo em um de seus momentos mais agudos e em um de seus aspectos mais graves, o tumulto da vida contemporanea, pesquisas atormentadas e elocubrações pacientes, assertos audazes e pensamentos indecisos, rondam e fluctuam em torno de principios outrora reverenciados como expressão immodificavel e suprema da sabedoria juridica.

O impeto de destruir a ordem estabelecida é um traço visivel na historia da época contemporanea do direito.

E tão colorido, que a defesa de tradição avulta como acto de coragem.

"Il faut plus de courage á notre époque, disse RIPERT, pour defendre les régles de la morale traditionnelle que pour avancer les propositions plus aventurées".

Romantismo? Hyper-criticismo? Espiritualismo? Objectivismo? Socialismo? Amoralismo? Anti-racionalismo? Intuicionismo?

O movimento é demasiado complexo para ser comprimido dentro dos ambitos de um só principio dominante.

Em sua vastidão, tudo aquillo se insinua com triumphos, algumas vezes, momentaneos, e desfallecimentos, muitas vezes, episodicos.

Nelle se revela, entretanto, um estado de espirito que é, essencialmente, contradictorio, negativista e relativista.

E se ha aspecto que reclama a intransigencia dos juristas é a confessada tendencia, o pendor, orgulhosamente proclamado, de desprezar noções e derruir categorias pela attração impaciente das realidades.

Toda sciencia é feita de construcções, com que provisórias, discursa BONNECASE, repetindo, sem o conhecer, um pensamento que FREUD exprimiu com energia e retilhando as lições, que cita, de WILLIAM JAMES e de EMILE PICARD.

O conhecimento da realidade só nos chega, ensina PICARD, através dos conceitos e não ha sciencia sem generalização.

De par com essa "hostilidade dogmatica para com toda systematização juridica", BONNECASE menciona como tendencias combativeis de juristas modernos o culto da critica puramente negativa e o desconhecimento absoluto das realidades psicologicas por amor de um falso objectivismo.

Adversando-as, já se esboça vigorosa reacção sob o influxo do idealismo juridico.

Assoberbando os dogmas do subjectivismo e os dogmas do objectivismo, servindo-se largamente dos dados de psychologia e da moral, trabalhados e urgidos das premencias da vida moderna, legisladores e juristas procuram rastrear a realidade e sobre esta levantam theorias e construcções que logo cedem a outras, tambem perituras e breve-duradouras.

E é interessante observar que muitas dessas theorias que se diriam improvisadas por circumstancias peculiares á nossa época, vão encontrar o seu germe longinquo, a sua forma larvaria e remota nas concepções de Doutores que floresceram em dias pristinos...

E' disso exemplo destacavel a "Theoria da Imprevisão" de que os juristas tanto se têm occupado ultimamente, diz um delles, "*que l'on redoute en parlant encore de n'engendrer que lassitude*".

THEORIA DA IMPREVISÃO

A dynamica normal contratual, como se exprime De Page, pode ser subvertida por factos que, não constituindo força maior, deixaram, entretanto, de ser previstos pelas par-

tes, suscitando uma situação ‘particularmente onerosa para o devedor ou extremamente desfavoravel para o credor’.

Em torno dessa possibilidade, e para atender, do mesmo passo, a reclamos da equidade e da segurança do commercio juridico, moveram-se os doutrinadores, apresentando soluções diversas.

Consiste o primeiro esforço na depuração do conceito, extremado-se a imprevisão da força maior.

A differença estaria na “*intensidade* da alteração produzida pelo risco no mecanismo contratual”.

O risco imprevisto, ao revés do que ocorre no fortuito, não impossibilita a prestação: — destroe, porém, o equilibrio contratual, agravando particularmente a situação de uma das partes.

Tentam, assim, alguns, conceituar a imprevisão como uma especie attenuada de fortuito, uma impossibilidade “relativa”, escreve PIERRE DE HARVEN, em face da impossibilidade “absoluta” da força maior.

E em certas affirmações jurisprudenciaes europeas, surgiu a tendencia de attenuar o conceito do fortuito (o que é desnatural-o) collocando-o ao nivel do risco imprevisto para o effeito de solver o vinculo.

Mantida, porém, a noção autonoma e irreduzivel do fortuito, conclue-se que nella descabe a do risco imprevisto.

A força maior, a impossibilidade absoluta de execução, diz de HARVEN, constitue um facto “objectivo” que nada tem de commum com a difficuldade relativa, maior ou menor, suscitada pelo imprevisto.

“O que extrema, exactamente, a força maior do acontecimento imprevisto ou imprevizivel, no sentido em que essas palavras se empregam na theoria da imprevisão, é que a primeira é “objectiva”, emquanto o segundo é subjectivo ou, pelo menos, revela-se por facto que não pode ser apreciado senão com o auxilio de considerações subjectivas e individuaes”.

Tudo repousa, diz BONNECASE, sobre o estado de espirito de uma das partes ou das partes no momento da conclusão do acto juridico.

Não se trata, no risco imprevisto, de indagar da possibilidade objectiva da execução.

O de que se trata é saber se, não obstante essa possibilidade objectiva, pode o devedor se libertar pela superveniencia de acontecimentos que não previu e que alteram “o equilibrio contratual das prestações”.

Não podendo se insinuar o risco imprevisto na noção inteira e sem trincas de força maior, tentaram alguns juris-

tas, levados pelos imperativos daquela “caridade juridica” de que falava o velho Ramagosi, enquadrar-o nos dispositivos legais sobre contractos.

A tentativa não seria obstaculo invencivel o facto de nos diversos Codigos, a regra legal haver encoberto a possibilidade de conter a noção do risco.

O pensamento da lei — que se não confunde com o de seu autor — é rico de extensões indefinidas e o trabalho mental das gerações sobre elle se desenvolve em desdobramentos de que nem suspeitaria o mais previsto dos legisladores.

Certo, porém, é que os textos não resistem á distensão com que os forçaram: — não offereceram elasticidade sufficiente para chegar á noção do risco imprevisto.

A concepção classica do contracto, que elles reproduzem, já ferida, algumas vezes, pelo lègislator, em nome da ordem publica e pela acção penetrativa da jurisprudencia sob a forma permanente de um controle das consciencias individuaes, é o que de mais contrario á tentativa dos theoristas da imprevisão (DE HARVEN).

E’ preciso, a todo poder que possamos, disse um jurista, manter a força obrigatoria das convenções: — a sua integridade é que assegura o curso normal da vida juridica.

E o mesmo RIPERT que no caso vê a demonstração da these que lhe é cara e de que nasceu o livro seu precioso — *La règle morale dans les obligations civiles* — o mesmo RIPERT confessa que *le droit de réssolution et encore moins le droit de revision, ne peuvent être donnés au juge sous le seul pretexte d'imprevision et de desequilibre des prestations.*

Entretanto, por isso que, em dados casos, a execução pontual dos contractos, occorrido o risco imprevisto, faz deflagrar um conflicto angustiante, “um choque excessivamente brutal” entre o direito e a justiça, a equidade e a observancia cabal da convenção, raro o jurista moderno que se não disponha a extrahir da theoria da imprevisão consequencias, pelo menos attenuadas, e que, em todo caso, representam uma restricção ao conceito classico do contracto.

Não surgiu contra a noção a repulsa brutalmente pre-emptoria a que se referia VOIREN e a verificação simultanea da theoria ingleza analoga a que LEVY ULLMANN chamou de *frustation de l'aventure* assignala o esforço de insuflar no organismo rigido do contracto “*le sens d'une plus grande moralité*”.

Como quer que seja, porém, certo é que se a tragedia da grande guerra e a perturbação economica e espirital que se lhe seguiu emprestam á theoria da imprevisão caracter de

actualidade palpitante, em certos aspectos ella representa um violento recurso ao passado e o rejuvenescimento de uma idéa anciã, que dormia em repouso secular.

Através de theoria da imprevisão, reaparece a theoria canonista da clausula *rebus sic stantibus*: — “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelleguntur*”.

A noção bartholiana nascida de um fragmento de NERATIUS aceita de BALDO, de COCCEJI, de LEYSER e daquelle *imprareggiabile cardinale* DI LUCA, que BIAGIO BRUGI enfileira entre os herdeiros da gloria de ALCIATO, ganha, apenas, roupagens novas e differente exterioridade nas paginas de DE PAGE, de VOIRIN, de ALBERTO WHAL, de CORNIL, de MAILLIEUX, e inspira, em seus fundamentos profundos, a lei FAILLIOT, de 1918.

Nem só, porém, no ponto enunciado, é facil descobrir nas audacias dos juristas modernos regressões a idéas antigas.

A divisão summa que distingue o direito publico do privado e que impregnou tão profundamente as legislações e a doutrina de seu sentido, de vedro não se conhecia e hoje está na imminencia de cahir, fulminada como uma concepção do pensamento prescientifico.

A separação do direito real do pessoal foi para COLIOLLO uma conquista da sapiencia romana em momento fúlguro da historia de sua cultura.

O direito primitivo não na conheceu e hoje, trabalhada pelas reservas dos D. D. modernos — de SALEILLES a LEREBOURS, de GAUDEMET a JALLU, de THON a GAZIN e a MICHAS — desavultou de importancia na dogmatica juridica e perdeu o prestigio de verdade essencial em que “repousava toda a estructura do direito civil”.

Se a expressão juridica envolve e se altera com os tempos, o essencial, muitas vezes, remanesce, e, alquando, surge a tendencia de regresso como forma paradoxal, mas verdadeira, de evolução.

O progresso não é rectilineo.

VICO representava-o em circulos.

Os archeopsychismos a que se referia YUNG exercem uma função obscura, mas pertinaz, discreta, mas efficiente, silenciosa, mas decisiva, na vida do homem como na vida da humanidade.

Contrastando com os impulsos que sem cessar impellem a humanidade para frente, vingam forças poderosas que os attenuam e, ás vezes, os neutralizam.

São irredimíveis nossos compromissos com o passado, indelévels os vinculos que a elle nos prendem “e é a seus imperativos que obedecemos mesmo quando guardamos a illusão de que o destruimos e sobre seus escombros erguemos a flamula de novos ideaes”.

Em Direito, como em qualquer manifestação da vida da Humanidade, voltamos, muita vez, aos pontos iniciaes para attingirmos aos marcos externos da evolução. . .

E' difficil fitar-se uma dominante na ampla visão do direito moderno.

Os movimentos do direito não se deixam aprisionar em um systema e é impossivel traçar-lhes quadros intransponiveis, marcar-lhes ambitos inultrapassaveis.

Uma das características mais lembradas do direito moderno é a sua *socialização*.

SOCIALIZAÇÃO DO DIREITO

A ampliação da noção de ordem publica, a restricção das prerogativas individuaes dominam os institutos juridicos da nossa idade.

“Ha um angustiamento progressivo das zonas de livre acção do individuo.

A vontade individual, outrora, soberana, vae minguando de prerogativas e declinando de poderes, presa á dominação de uma ordem publica, cada vez mais absorvente e cujas prescripções brutaes e, muitas vezes, arbitrarías, apenham-lhe o raio de acção e lhe apertam a extensão da efficacia”.

O absolutismo dos direitos individuaes céde lugar ao principio da relatividade dos direitos e de sua vocação social a que o artigo 1.º, do Codigo Civil da Russia Sovietica deu expressão perfeita nesta formula notavel: “Os direitos civis são protegidos pela lei, salvo na medida em que forem exercidos em sentido contrario á sua destinação *economica e social*”.

Insculpiu-se, dest'arte, no portico do Cod. Sovietico, o que um jurista chamou a formula civil da declaração dos direitos da sociedade como o Codigo do Consulado gravara, outrora, a formula civil dos direitos do homem.

Mas a tendencia socializadora não se abaliza em negar ou limitar os institutos juridicos em que, mais ou menos, predomina o individualismo juridico.

Ella é reflexo de uma orientação doutrinaria adversa ás idéas ainda hoje dominantes na doutrina e nos Codigos e cuja revisão reclama com instancia.

Por amor dessa orientação e della extrahindo algumas consequencias—bem timidas, de resto—foi o que LE'ON DUGUIT procurou derruir a noção de direito subjectivo e de sujeito de direito, para elle entidades metaphysicas, remanescentes theologicos, substituiveis por noções reaes e universalistas.

Noções, porém, que examinadas de fito, parecem bem vagas, incapazes de afastar os conceitos de direito subjectivo e de sujeito do direito que não são apenas “formas necessarias do pensamento juridico”, mas realidades fundamentaes.

O pretenso realismo de DUGUIT não considera que o direito subjectivo é a forma social que possibilita ao individuo a realização da *libido dominandi*, da vontade de poder, que tem a força irresistivel de um instincto e traduz a mais viva, a mais palpitante, a mais instante, a mais imperiosa das realidades.

Todos os institutos basicos da legislação civil servem de ponto de incidencia ás novas idéas socializantes.

Assim, a familia.

Em sua organização, preponderam, sobre a idéa da liberdade individual, as preocupações de outra ordem tendentes á eugenia e á “protecção do capital biologico”.

Dahi, os dispositivos sobre a idade nupcial, casamento entre parentes, nullidade do matrimonio por motivo de molestias contagiosas e incuraveis, exame pre-nupcial, esterilização de criminosos e de psychopathas.

No patrio poder, desaparecem rapidamente os ultimos vestigios da organização aristocratica do direito antigo para a exaltação do *pater*. Elle se transforma em instituto de protecção dos filhos menores, em uma affirmação dos direitos da creança.

A tutela rende ensejos, cada vez mais amplos, á intervenção vigilante do poder social e a investigação da paternidade tende a abranger tambem os filhos adulterinos e incestuosos.

As preocupações e os dispositivos a que nos referimos encontram-se em muitas legislações modernas ou estão em via de consagração legal.

Algumas, figuram em todas as legislações.

Onde, entretanto, tomaram uma expressão surpreendente foi na legislação soviética.

Tem sido a família, como observou CHAPLET, o ponto crucial para os renovadores, para os creadores de sistemas de organização social: — MARX, CONTE, ENGELS.

Nossa mentalidade, toda impregnada do espiritalismo christão, comprehende a família como uma instituição quasi sagrada e ella constitue, para nós, a base da sociedade.

Era, pois, naturalmente, a família, a inimiga mortallissima da religião do Estado, da “satanocracia” que os soviets instituíram.

FREUD já escreveu que a família constitue o maior obstaculo para a completa integração do individuo em associações estranhas ao seu circulo e foi este conceito, applicado ao caso russo, que a embaixatriz Madame KOLLONTAI exprimiu deste modo incisivo: — a família significa a união do marido e da mulher entre si e separados da collectividade.

No credo materialista da Russia Nova, não podia, pois, deixar a família de ser considerada, como no anathema da Confederação Feminina Communista de 1924 “uma instituição burgueza, inventada pela Igreja”, digna de um combate sem treguas e sem inducias.

As leis — em que aliás se inscrevem alguns principios merecedores, talvez, de imitação, como os que dizem respeito á intervenção do poder publico na tutela e ás prestações de alimentos — as leis reflectiram esse estado de espirito e qualquer transigencia que se note é de puro opportunismo e obedece ao *gradualismo*, que a argucia de LENINE tolerou para a adaptação do novo credo ao povo russo — excellente *sujet* para a audaz experiencia, diz CHAPLET, pois lhe falta o sentimento de sua mesma historia e o conhecimento do proprio rythmo de seu desenvolvimento.

A família — como o capitalismo que perdura em forma attenuada — não succumbiu inteiramente aos golpes da legislação revolucionaria que, aliás, não traduz, neste ponto, e cabalmente, o ideal revolucionario.

Golpearam-lhe, porém, os fundamentos tradicionaes e é em tateios que a nova ordem procura as novas bases da família “sem moral, sem regras, sem o imperio da autoridade paterna”, simples incubadora de individuos inteiramente adaptaveis ao mytho revolucionario.

Tambem na propriedade, observa-se, a evolução tem um sentido nitidamente socialista.

“A forte construcção” do dominio romano, em que JOSE’ DE ALENCAR via a petrificação do egoísmo humano, socializa-se, toma característicos novos, perde a feição absolutista que lhe singularizava a physionomia e chega, na concepção primeira dos revolucionarios russos, a atrophiar-se em simples *ius utendi*.

Ella origina hoje para o detentor da riqueza a obrigação de ordem objectiva de empregal-a no sentido de manter e incrementar a interdependencia social (DUGUIT).

Cessa de ser um direito do individuo para se tornar uma função social (DUGUIT).

Por outro lado, ganha vulto e relevo a propriedade collectiva cuja tradição, como reconhece CONSENTINI, é longa e profunda.

As multiplas restricções com que as leis e os arestos têm limitado a propriedade confirmariam o asserto de DUGUIT e poriam de manifesto que está completamente refundida a velha noção quiritaria do dominio.

A conhecida definição do Codigo Francez é reputada como puramente legendaria e adversavel por inexacta, injuridica e anti-social importando, na arguição do CORNIL, não apenas em grosseira incorrecção technica, mas ainda em um ponto de partida perigoso e falso.

Não é a propriedade, como no anachronismo do Codigo Francez, o direito de gozar e de dispôr da coisa de maneira absoluta, mas uma função deferida ao individuo no interesse social.

E essa idea toma contornos mais nitidos e revela todo o seu vigor quando acontecimentos extraordinarios ditam uma intervenção mais energica do legislador contra o mau exercicio ou o exercicio imperfeito daquella função.

Demonstram-no sobejamente as leis francezas de 6 de Outubro e de 4 de Maio de 1918 e as numerosas leis belgas citadas em PIERRE DE HARVEN (*Mouvements generaux de droit belge*).

Uma dessas ultimas opprime o proprietario na alternativa de cultivar a terra ou de cedel-a ao Estado e outra fórça o dono de materias primas indispensaveis e accumuladas além de razoaveis limites a dellas dispôr em proveito de industrias e de particulares.

E entre nós, a lei do inquilinato foi considerada indicio inequivoco de socialização do mais perfeito dos direitos absolutos e exclusivistas.

As exigencias da vida social, em resumo, trazem cada dia novas limitações á liberdade individual e a propriedade

é um aspecto da liberdade: — “*apeu près la liberté appliquée aux choses*”.

Ainda mais, e como observa CONSENTINI: — a intervenção do Estado na regulamentação da propriedade revela-se também, e sensivelmente, no direito hereditario, que é como uma extensão da propriedade além das fronteiras da vida humana.

Essa intervenção se manifesta não só pela progressividade que vae caracterisando o imposto de transmissão *causa mortis*, como ainda pelo facto de collocar-se o proprio Estado no quadro da ordem da vocação hereditaria.

Nem se diga ter a idéa individual deparado seu ultimo efugio no ramo das obrigações e dos contractos e, forte nesse reducto, permanecer ahí intacta.

Tambem ahí apparece o interesse social como “elemento moderador e harmonizador do interesse individual, impedindo que o direito das obrigações se abandone á força anti-social do egoismo, á acção deleteria da especulação e da concurrencia economica”.

E’ esse interesse social que serve de criterio da declaração da vontade.

E cada vez mais a noção dos bons costumes — indefinivel, aliás, fóra da moral, como diz RIPERT — e o sentimento moral collectivo destravam vinculos oriundos de uma vontade anti-social.

Por outro lado, diz CONSENTINI, a razão social triumphou definitivamente na regulamentação do contracto do trabalho, na affirmação do principio do risco profissional e em série de dispositivos legaes e regulamentares que tiram ao fim omni-patente de proteger, sobretudo, através dos contractos e das obrigações, o interesse social.

→ Não se póde negar a exactidão do quadro e seria frustaneo resistir obstinadamente a todos os movimentos que se desenvolvem no sentido de tornar o organismo do direito cada vez mais permeavel ás influencias de ordem social.

O que é duvidavel, porém, é que a esse movimento se possa appellidar, rigorosamente, *socialização*; o que é arbitrario é pretender extremar, como dois termos polarmente oppostos, o individuo e a sociedade; o que é inexacto é negar que, ao lado das affirmações do chamado socialismo juridico, exista o triumpho concurrente de idéas do chamado individualismo juridico.

Pierre de Harven, em seu livro citado, salienta com oportunidade alguns aspectos desse triumpho.

Assim que, no direito moderno e, cada vez mais accentuadamente, o individuo se affirma com um potencial de acção superior nos agrupamentos organicos que em toda a parte se estendem para a multiplicação e efficiencia de iniciativas individuaes.

Representam esses agrupamentos uma “intensificação de poderes individuaes” suscitados para remediar, na aspereza da luta pela vida, a fraqueza da acção individual.

E o proprio trabalho individual, no que revela uma acção creadora, origina, sem embargo da chamada socialização, direitos subjectivos novos, poderosos e perduraveis.

Outro movimento moderno significativo como affirmação do individualismo juridico é o que tende a restituir á mulher casada a individualidade propria, atrophiada outrora, na familia patriarchal, pelo poder sem contraste, do *pater*.

Nesse sentido, citam-se — a lei ingleza de 1907, o Cod. Suisso de 1912, as leis suecas de 1915, 1920, 1924, a lei italiana de 1919, as leis francezas de 1907, 1917, 1920, 1923, 1924 e a Constituição Allemã de 1919 que proclamou terem, homens e mulheres, em principio, os mesmos direitos e deveres civicos e que o casamento repousa sobre a igualdade juridica dos sexos, devendo ainda assignalar-se, no Uruguay, o projecto *Balthazar Brum* de 1923, e na Argentina a lei de 1926, chamada dos direitos civis da mulher e que, segundo um seu eminente commentarista “*ha modificado substancialmente la organizacion juridica de la familia*” e valeu como uma “*supresion de la auctoritas morital*”.

Em outro ponto — de grande momento e de inquestionavel alcance theorico e pratico, — accentua-se no direito moderno o triumpho do individualismo: refiro-me á questão da responsabilidade do Estado, tão energicamente affirmada no artigo 15 do nosso codigo e em que os apices das theorias foram desarestados pelo sentimento dos direitos e prerogativas do individuo.

A positivação da responsabilidade do Estado caracteriza, sem embargo do que ensina *Duguit*, “um esforço para protecção do individuo contra a sociedade”.

A responsabilidade do Estado, no direito modernissimo — que repelle a distincção a que ainda se apega *Michoud*, entre actos de gestão e de autoridade — estende-se consideravelmente, como observa de *Harven*, impregnada dos

princípios de direito civil e no sentido da protecção dos direitos individuaes.

Parece obedecer a uma preconceito a analyse que vê nesse phenomeno mais um aspecto da socialização do direito.

Prefiro suppor que mais razão tem *Borquin* quando diz que elle exprime reacção natural e victoriosa do individualismo determinada pela extensão dos poderes publicos.

O facto deu origem a uma floração de doutrinas.

Mas elle existe e é o que importa, embora sua explicação cause tormentos a *Duguit*, a *Marc*, a *Otto Mayer*, a *Michoud*, a *Wodon* para o qual ha, em direito, muitas coisas indemonstraveis. . .

Outro exaggero está na assertiva de que a reacção contra o chamado absolutismo dos direitos individuaes só existe como tendencia moderna.

O que a nossa idade offerece mais copiosamente que a antiga, são exemplos de restricções de prerogativas do individuo em prol da collectividade, determinadas por situações de crise originando leis de emergencia e limitações algumas vezes transitorias.

Mas, ao individuo nunca lhe foi outorgado em qualquer tempo um direito sem limitação, um poder sem contraste.

O dominio romano, tantas vezes citado como typo de direito absoluto e irrestricto, sempre comportou limitações.

Ihering o demonstrou e sua these é indebativel.

Não é, pois, enunciar uma verdade, ou, pelo menos, não é enunciar uma verdade completa dizer-se que a caracteristica do direito moderno é a sua *socialização*.

O principio que inspira a socialização sempre existiu no direito a cuja idéa inhere.

O individuo e a sociedade não são termos que exprimam uma antithese e se é certo, como diz *Capitant*, que o individuo defende na sociedade seus interesses pessoaes, tambem é certo que no homem moderno é mais viva a consciencia da solidariedade social.

O direito, já se disse, tem como objecto o bem estar social para o bem estar do homem, que é ao mesmo tempo ser individual e colectivo, parte e todo, cellula e corpo organico, egoista e altruista, ser gregario, mas incapaz de se absorver no todo.

Cada um desses aspectos assume, ás vezes, relevo mais saliente nas contingencias das civilizações; o sentido, entretanto, profundo e permanente da evolução, obedece a um ry-

thmo em que todos elles se entrosam e se conjugam, sob a apparencia de antagonismos inconciliaveis.

MATERIALISMO JURIDICO

Outro aspecto com que se procura caracterizar o direito moderno é o seu *objectivismo*, o seu *apsychologismo*, o seu *amoralismo*. O realismo de *Duguít*, que pretende descender do positivismo de *Comte*, colheu adeptos mais ou menos fieis.

E o materialismo scientifico veio se projectar no direito pretendendo dar-lhe um character puramente objectivo.

A rigorosa separação do direito e da moral, formal e substancial, ontologica e teleologica, é uma das manifestações do amoralismo juridico que tem encontrado ardentes defensores entre os juristas modernos.

O factor moral não se encontraria na organização da familia, creada para a propagação da especie e para a "defesa do capital biologico", nem na propriedade e no regime de bens, que obedecem a considerações de ordem puramente economica, nem nas obrigações, fórmula juridica de organização, circulação e distribuição das riquezas.

O mundo juridico tende a organizar-se, ao que proclamam, sob dados puramente pragmaticos e technicos.

Se se considerar, diz *Ripert*, que todo o esforço dos technicos consiste em deixar em oblivio o homem nas relações juridicas, para sómente considerar as proprias relações, e que lhes parece a ultima palavra do progresso juridico conceituar a obrigação como "uma relação entre dois patrimonios", bem se póde ver que o appello á lei moral se lhes antolhará uma singular regressão na historia das idéas juridicas.

Entretanto, seria curioso que o materialismo dominasse o Direito, justamente quando elle se acha, como agora — declarou-o *Bertrand Russel* — em agonia, pelo menos como o comprehendem o philosophismo e o naturalismo.

A analyse psychica e o raio de acção da moral no direito moderno tomam cada dia maior amplitude e relevo, ao contrario do que pretendem os pragmatistas escravizados a uma these "empirica, de um opportunismo cego e estreito".

O verdadeiro realismo juridico leva á crescente consideração do elemento psychico, exactamente porque, disse-o excellentemente *Del Vechio*, o direito segue a vida, conjuga-se intimamente com ella, não podendo prescindir daquillo que na vida é elemento essencial.

Ao considerar as acções humanas, deve comprehendel-as taes como são, não olvidando o espirito que as vivifica para attender só a seus aspectos physicos.

O elemento moral penetra cada vez mais o campo da justiça e determina, como disse *Gonçalez Alberu*, varias concepções doutrinaes e reformas legislativas visando a corrigir as consequencias extremas do absolutismo legal.

O ethicismo triumphha sobre o formalismo.

O Estado e seu direito — a lição é de *Dorado Montero* — se em um certo sentido se mecanizam progressivamente, em outro se espiritualizam “*vam persiguiendo que las ligaduras juridicas que engam unidos socialmente unos hombres u outros sean internas más bien que externas*”.

Expressões desse estado de espirito contemporaneo não faltam: — a organização juridica da familia largamente se assenta em criterios de ordem puramente moral e as limitações da propriedade obedecem, em pontos importantes, aos imperativos desse factor, em nome do qual, nos contractos, cada vez mais se impõem exigencias de *lealdade e moralidade*.

Rejuvenescem as tentativas de construcção do direito natural.

Rodolpho Stamler afana-se na pesquisa da regra que estabelece a harmonia entre o direito legal e o direito justo.

Lask e Young collocam ao lado do direito escripto outro não escripto, tão positivo quanto o primeiro.

Lambert altea seu ideal juridico na substituição progressiva de directivas elasticas e equidosas a regra cegas e mecanicas.

A omnipotencia da forma legal perde seus fanaticos.

Reclama-se para o juiz moderno quasi que a função de “legislador de cada caso”, e isso se reclama exactamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angustia expressional, elle contém.

Um dos Codigos modernos — o suiso — outorga amplas faculdades ao juiz, e tão amplas que, para *Reichel*, elle significa, perante o proprio legislador, o triumpho do direito livre.

Josserand reconhece uma super-legalidade, uma verdade eterna, uma idea-forca, um principio sobranceiro a sistemas philosophicos e legislativos.

Elle sente, através do trabalho sem intermittencias e do labor, sem abertos, das doutrinas e dos legisladores, o

anseio com que a humanidade visa a imagem fugidia do direito ideal.

Reconhece-se ao juiz o poder de supprir as deficiências do direito legislado, distendendo-se-lhe, assim, a esse direito, o raio de acção.

E é verificando que os dados da psychologia e da moral penetram cada vez mais o organismo do direito que juristas falam, como *Alberu*, em espiritualização do direito, que não pode ser objectivo no sentido de apsychologico e amoral.

Quanto á influencia da regra moral no acto juridico e nas obrigações, basta reproduzir o que dizem dois mestres — *Ripert e Josserand* — o primeiro dos quaes foi levado mesmo a negar differença interna entre direito e moral, o que, para *Bonnecase* é a expressão suprema do romantismo juridico, e erro que anniquillaria a autonomia do direito como sciencia e conduziria ao mais desapoderado arbitrio judicial.

Mas, não é preciso adentrar na discussão da these para concluir que a influencia do principio moral é sempre consideravel e, muitas vezes, decisiva nas bases profundas dos grandes institutos juridicos.

E não é possivel negar que, actualmente, “mais do que nunca, o Juiz sonda as intenções dos litigantes, e attende ás circumstancias da causa e á moralidade do litigio e que o direito civil como o penal, tende a individualizar-se, tornar-se mais subjectivo, mais elastico, mais humano, em sua realização, como em seu principio formal”.

As realidades na vida impossibilitam traçar sempre e absolutamente, as extremas entre a moral e o direito e se ha movimento expressivo da moderna mentalidade juridica é, justamente o que *Ligeropoulo* chama de *moralização do direito*.

E' certo que, vae para mais de trinta annos, apregoa-se com insistencia que o direito se materializa, pragmatiza-se, torna-se cada vez mais desvinculado da psychologia e da moral.

Mas já estamos fatigados, diz o subtil *Hauriou*, das escolas novas e das escolas realistas e das philosophias novas e das theorias objectivas de que se arma tanto rumor.

Desenha-se a reacção que nos conduz brandamente aos velhos themas e a uma era de conservantismo e de retorno ás idéas classicas.

Como quer que seja, vae adquirindo vulto o movimento a que *Ligeropoulo* appellida moralização do direito.

A theoria da declaração da vontade para o predomínio da vontade real, a concepção do contracto do trabalho, a noção do risco profissional, a theoria da imprevisão reflectem

essa tendencia e se destinam a estabelecer uma approximação mais estreita entre o direito e a moral e a equidade

ABUSO DO DIREITO

Onde, entretanto, ella se desvala mais nitidamente é na *ampliação*, no *desenvolvimento* que vae adquirindo, no direito moderno, a noção do *abuso do direito*.

Dissemos *ampliação e desenvolvimento*, pois seria erro ver na theoria do abuso do direito uma noção exclusivamente moderna.

São novas, escreveu CORNIL, as formulas legaes que exprimem a noção do abuso do direito; mas o principio que ellas consagram e que adversa o exercicio anti-social de um direito individual imperfeitamente definido, é velha como a lei escripta e os seus vestigios se rastream em diversos textos do direito romano, chegando GAIO ao esboço de uma theoria quando, a proposito da interdicção dos prodigos e da prohibição de sevicias a escravos, proclamava que não devemos nos desmedir no exercicio de nossos direitos: — *male enim nostro jure uti non debemus*.

E APPLETON, em mirada mais ampla, viu no progresso da idéa do abuso do direito toda a evolução do direito romano — do direito estricto para a equidade.

Estava reservado, porém, á idade moderna do direito, tentar a construcção scientifica da noção e inseril-a nos Codigos.

Hoje poucos adversarios lhe restam.

A objecção de PLANIOL — que JOSSERAND qualifica de facecia juridica — de que cessa o direito onde o abuso começa, não pode existir uso abusivo do direito pela razão terminativa de que o acto não pode, simultaneamente, ser conforme ao direito e contrario ao direito — já não impressiona.

Tem um supponendo innexacto: — dá ao direito subjectivo contornos nitidos, lindes infranqueaveis, ambito definido dentro do qual o exercicio do titular não tem limites, só tem os limites que definem o proprio direito.

E a opposição de ESMEIN tornou-se inaudivel ante o movimento indominavel e ruidoso com que a idéa penetrou a doutrina e a lei.

As legislações vão cedendo ao principio do abuso do direito, notando-se, modernamente, transigencias no proprio direito inglez e norte-americano.

A noção do abuso do direito vale como uma affirmacão da justiça contra a lei.

Ella apparece, diz CORNIL, como principio mitigante do rigor do direito formulado.

E porque a noção do *justo* é, sobretudo, moral, é em um elemento moral que a theoria do abuso do direito lança suas raizes profundas.

O acto abusivo mostra-se como falta de medida (reveladora de um animo desvestido de *boa fé*) no exercicio, prejudicial a outrem, de um direito proprio que, destarte, contraria, falta á sua vocacão.

Os D. D. ainda disputam sobre a conceituacão do abuso do direito, mas não parece temerario affirmar que, em qualquer das formulas apresentadas, palpita o elemento moral e o principio se eleva adensado da idéa de que a justiça não deve succumbir ante as consequencias extremas da applicacão rigorosa de um texto legal.

O nosso Codigo não desacolheu a noção do abuso do direito, pois, *a contrario sensu* reputa, no n. I do art. 160, acto illicito o exercicio irregular de um direito, accetando a doutrina de SALEILLES para quem o abuso do direito está no seu uso anormal.

O Codigo Civil allemão e o Codigo austriaco fazem ainda do *animus nocendi* o ponto axial do abuso do direito que, para elles, existe quando o seu exercicio não obedece a outro intuito que o de causar prejuizo.

Apesar dos encomios calidos com que SALEILLES se referia ao texto allemão, elle actualmente parece modesto e a quem do desenvolvimento da idéa que procura traduzir.

O Codigo suisso eleva a *boa fé* como condiçãõ do exercicio dos direitos e fulmina o acto em que se patentea um abuso manifesto de direito.

Em seu systema, diz JOSSERAND, abordado a ROSSEL e MENTHA, não importa que seja exclusivo ou dominante o *animus nocendi*.

Não importa mesmo que elle exista.

Provará o offendido que o autor manifestamente abusou de seu direito e que desse abuso lhe resultou prejuizo.

O Juiz, através de cada caso, apurará a existencia do abuso, mas, as directivas que a lei lhe offerece, mostram a importancia do elemento moral: — a *boa fé* e as regras da equidade.

O principio da *boa fé* é fundamentalmente moral.

Não ha antithese, pôde dizer BONFANTE, entre as *bonas fides naturalis* e a *bonas fides civilis* e o seu crescente

poder de acção é um signal de progresso juridico e um dos traços vivos de união do direito á psychologia e ainda mais á moral (GORPHE).

No Codigo sovietico — cuja fórmula já reproduzimos — cessa a protecção aos direitos civis na medida em que exercidos em sentido contrario á sua destinação economica e social.

A concepção é funcional, é teleologica, moldada, segundo NOLDE, na obra scientifica de DUGUIT.

Mas, ainda aqui, não se pode dizer que a noção repul-se todo elemento subjectivo e se colloque acima de qualquer preocupação de ordem moral.

Não é certo, escreveu JOSSERAND, que o systema sovietico, neste ponto, repilla todo elemento subjectivo, "*car on s'inquiéte toujours, avec lui, comme dans notre système jurisprudentiel français, des raisons qui ont incité le titulaire du droit a en faire usage et de toutes les circonstances de la cause*".

Com ser funcional e teleologico, o systema não é puramente amoral e apsychologico.

A noção de *fim* é indissociavel das noções de *vontade* e de *movel*.

JOSSERAND, um finalista, bem o comprehendeu:

"*Ces trois notions de volonté, de mobile et de but, offrent un caractère d'indivisibilité en ce sens que la première assure la liaison entre deux autres: — le mobile tend vers le but l'intermediaire et sous l'action de la volonté qui s'emploie à cet effet — pas des mobiles sans but; pas de but que ne soit postulé par mobile et dont la realisation n'implique un effort de volonté*".

De resto, a idéa moderna de abuso de direito não está exactamente na concepção funcional do Cod. sovietico.

E' a mais complexa e comprehende, com o elemento funcional, um elemento espirital revelado na attitude do agente.

Tradul-a bem o projecto do Cod. franco-italiano das obrigações: — todo damno reclama indemnização, que ainda se dá quando ha *excesso* no exercicio de um direito, do ponto de vista da boa té e do *fim*, a que o direito se destina.

CULPA

Assumpto propinquo ao do abuso do direito é o da *culpa* — um dos fundamentos da responsabilidade.

A noção do abuso do direito alargou a noção da culpa aquiliana, ampliando o conceito de illicitude que passou a

abranger também o acto *excessivo*, praticado sem *bôa fé*, e sem proveito legitimo para seu autor e com prejuizo para outrem.

Outro signal da contiguidade dessas noções, está em que, vivendo na noção do abuso do direito — quer no criterio intencional, quer no finalista — um elemento caracteristicamente subjectivo, ella encontrou oppositores fundados em que a tendencia *objectiva* vae dominando o problema da responsabilidade.

“Ao contrario do que ocorre com o direito penal que se individualiza, que se subjectiva cada vez mais, a responsabilidade civil no direito moderno objectiva-se gradualmente e a medida que a noção do risco expulsa a noção arisca e esquiva da culpa aquiliana, as idéas de responsabilidade e de culpa tendem a se dissociar”.

A chamada culpa *objectiva* desconhece, segundo se diz, os dados da psychologia e da moral, para procurar seus fundamentos exclusivos em dados economicos e praticos.

A velha noção romana e escolastica de culpa, argumentam, não basta mais ás exigencias da vida moderna e o direito teve e tem de procurar outros criterios, sem preoccupações de ordem psychologica e tendentes a manter o equilibrio das actividades e a segurança do commercio juridico.

As questões de culpa e de imputabilidade estão fóra do quadro que deve traçar o legislador civil e, por isso, leis modernas consagram, em certos casos, um principio digno de se generalizar a todas as relações civis: — deve pagar o damno o seu autor, bastando a causalidade *objectiva* que une o *facto* ao *prejuizo*.

Cada um, diz *Strohal*, responde por tudo quanto emana de sua individualidade e sem isso seria impossivel conceber uma vida social. *Duguit* é partidario, também — está claro — da desvinculação da idéa de indemnização da idéa de culpa: — quem cria o risco e produz a perturbação nas relações normaes de direito, soffre as consequencias que disso se derivam.

Não ha que averiguar culpa ou falta de culpa do agente do damno: em qualquer caso, o que soffreu tão pouco foi culpado (*H. Lafaille*).

Reveste-se a theoria do risco do aspecto de uma noção “mathematica e abstracta de responsabilidade fundada na só causalidade”.

A questão, para *Duguit*, não consiste em saber se houve culpa e de quem a responsabilidade, mas, simplesmente, em saber quem deve supportar o *risco* numa relação juridica.

É essa questão, o direito a resolve sem se prender a fundamentos de ordem moral, mas, servindo-se, simplesmente, de dados de outra ordem e que se ligam á estabilidade das relações e á segurança do commercio juridico.

A situação pinacular em que se encontra o problema "terrivelmente perturbador da responsabilidade", torna-o necessariamente, o ponto de incidencia inevitavel da mirada das novas theorias e do encontro das correntes do pensamento juridico moderno.

Para *Duguit* o quadro do direito civil contém apenas, e essencialmente: primeiro, o respeito da propriedade; segundo, o reconhecimento da força obrigatoria do contracto; terceiro, o principio da reparação do damno.

Todas as outras disposições seriam constructivas, dirigidas só aos juizes e destinadas a pôr em funcção aquellas regras cabedaes. E o principio da reparação do damno e o problema da responsabilidade ainda penetram os outros dois, através das restricções do dominio, de attitudes anti-sociaes que venha a assumir o proprietario, da noção do abuso do direito e do estudo das consequencias das violações das clausulas contratuaes.

Um imperativo elementar, nascido do que a natureza humana tem de mais profundo, determina uma reacção contra prejuizos que a alguém advenham de facto de outrem: — a reacção contra o ataque ao direito é quasi um movimento reflexo e á idéa de attentado é instinctivo ligar a de reparação.

Ora, dadas as relações complexas que a vida social determina e que se aggravam com o desenvolvimento da industria, a multiplicação dos meios de transporte, condensação das populações urbanas, a actividade do homem torna-se fonte cada vez mais abundante de riscos e perigos.

Se a responsabilidade se pudesse derivar simplesmente do facto danoso ou prejudicial, o homem se reduziria — já observou alguém — a uma inactividade perfeita, a uma immobilidade de estatua. Para que elle seja forçado ao dever de reparar, não basta que de seu acto se origine prejuizo a outrem.

Torna-se necessario, ainda, que tenha agido com *culpa*.

Sem facto illicito e imputavel ao agente não ha responsabilidade. A evolução do direito desenhou-se claramente nesse sentido. A mentalidade primitiva não exigia o elemento moral da culpa. Ella figura como um indice do progresso juridico e um signal da *espiritualização* do direito.

Nas phases infimas, da civilização, na infância da humanidade, como na infancia do homem, a indagação da culpa, não occorre e é inutil.

A "vindicta" attingia, nos dias mais afastados do progresso juridico, ao autor do damno, sem indagação da culpa.

Em caso de homicidio, ao tempo de *Numa*, appareceu, como um progresso, o resgate por intermedio do animal expiatorio, da victima piacular cuja entrega aos parentes do morto representava uma forma attenuada de reparação.

A pena de talião abrangia os autores de ferimentos mesmo inintencionaes e uma serie de dispositivos de indole civil tornava dispensavel, em muitos casos, a indagação da culpa: — evicção, detenção do objecto furtado, acções edilicias, *actio de tigni junctio*, etc.

Esse rigor, ao depois, notavelmente se abrandou e a sobrevivencia da infamia na *actio furti* desapareceu sob *Severo* e *Antonino*.

O principio da culpa, diz *Minozzi*, surgiu lentamente, como inhibidor dos impulsos cegos da vindicta: — é indice de uma sensibilidade mais aguda da consciencia juridica.

E o direito moderno, geralmente, guardou a noção tradicional, contra a qual se levantam *Duguit*, de *Page*, *Saleilles* e tantos outros: — a culpa é que origina a responsabilidade, comprehendendo-se como culpa a acção ou omissão voluntaria, negligencia ou imprudencia causando violação de direito e prejuizo a outrem.

Compreende a culpa, em seu sentido lato, o dolo que se caracteriza pelo *animus nocendi*, e a culpa em sentido stricto, que abrange a negligencia e imprudencia.

Generalizar o principio da causalidade objectiva ou consagrar, para todos os casos, a theoria do risco criado é, pois, em certos aspectos, uma regressão ao primitivismo.

Por outro lado, não é possivel deixar a solução do grave problemma, sem cuja disciplina, disse com razão *ELIE CASSVAN*, não se poderia conceber nenhuma organização de direito, só ás inspirações opportunistas da politica juridica ou do arbitrio judicial.

O problema da responsabilidade é tambem um problema da consciencia, e essa é nada, escreveu *SCHOLSSMAN*, se não contém principios.

Ora, a noção tradicional da responsabilidade pela culpa attende ás inspirações da equidade e da justiça e, ao revés de que suppõe *DE PAGE*, protege sufficientemente, as mais das vezes, as conveniencias e os interesses do commercio juridico.

A theoria da culpa objectiva é que, lembrando as formas rudes e brutaes do direito velho, anniquilaria, acceitas as extremas consequencias que ella contém, a actividade do homem, que é uma fonte inestaque de riscos e de perigos, ainda exercitada normalmente.

Ella levaria a cada um a convicção da inutilidade de qualquer esforço para não causar prejuizos aos outros e essa consequencia, além de golpear implacavelmente os sentimentos de moral e de justiça de que se nutre o sentimento do direito, seria desastrosa do ponto de vista de segurança do commercio juridico, que tem na *lealdade* e na *boa vontade* dos homens uma de suas garantias mais preciosas.

Não impressiona a consideração de que a complexidade da vida moderna reclama para o caso noções mais amplas do que as que nos herdaram os romanos. A noção do acto *illicito* — intimamente presa á da culpa — é sufficientemente elastica para comportar os casos a que se referem os partidarios do systema objectivo.

O acto illicito não é, apenas, o que a lei prohibe: — o direito desborda do dominio angusto dos textos legaes.

Falando em negligencia e em imprudencia, diz PIERRE DE HARVEN, admite o legislador toda uma technica da vida dos homens em sociedade, technica demasiada ampla para ser definida em lei e que, não obstante, tem de ser respeitada para a possibilitação da vida social.

Essa technica origina obrigações não minudeadas em lei mas cujo descumprimento, accrescenta, constitue acto illicito.

E assim comprehendido o acto illicito, a noção de culpa adquire uma amplitude que lhe permite abranger muitos dos casos que se mencionam como de responsabilidade objectiva e sem necessidade de regredir ás formas simplistas do primitivismo juridico.

E a ampliação do quadro do acto illicito não é, apenas, um voto da doutrina, senão tambem uma tendencia jurisprudencial.

Não é exacto dizer, observa JEAN CHARLES SCHMIDT, que os tribunaes consagram a responsabilidade objectiva.

Apenas, nota-se-lhes a tendencia da ampliação do conceito do acto illicito pela consideração de sua anormalidade social.

A responsabilidade, conclue HARVEN, inexiste sem culpa e não ha culpa sem acto illicito.

Mas, o acto illicito existe não só quando se viola um dever imposto pela *lei*, como quando se fere uma obrigação derivada da technica normal da vida em sociedade, tal como existe e se desenvolve em dado tempo e em certo lugar.

Excepções que surgissem, no campo da doutrina e no dominio das legislações, ao principio subjectivo da responsabilidade, não bastariam, se escassas com as apontadas, a deruir esse principio.

A lei, discorre o eminente ESPINOLA, não póde fechar-se num systema de categorias absolutas e, por amor á logica, manter-se em esphera inaccessible ás suggestões dos factos humanos, ás imprecações da consciencia juridica do meio, ás injuncções da equidade.

O que não é logico é extrahir dessas excepções, apparentes ou reaes, um principio dominante e generalizavel a todas as relações civis.

Quando se fala em risco criado e em responsabilidade objectiva, tem-se geralmente em vista o *accidente no trabalho*.

Admittem muitas legislações, entre as quaes a nossa, que o accidente deve ser indemnizado pelo patrão, mesmo sem culpa e mesmo com prova de que o operario concorreu para o accidente.

Verificado o accidente, estabelece-se objectivamente o dever, para o patrão, de reparal-o.

E' elle quem supporta o risco oriundo da actividade industrial.

E o principio, dizem os partidarios das theorias objectivas — da *confiança enganada*, do *risco criado*, da *causalidade objectiva* — o principio vae dominando com tal facilidade as legislações, e sendo acceto com tal sympathia pela opinião publica que, bem se vê, corresponde a um estado de espirito generalizado.

Trata-se, porém, de caso *especial* que reclama dispositivos *especiaes*, de character excepcionalissimo e em que, de resto, o elemento sentimental dominou o elemento logico.

E uma analyse mais demorada do problema, talvez revelasse na sympathia com que as leis de accidentes foram acceitas, e na veemencia com que, em muitas partes, foram reclamadas, uma certa prevenção contra aspectos do capitalismo, externados no desenvolvimento das industrias e no emprego de machinas, prevenção com que, de certo modo, a sensibilidade das massas aproxima a ampliação do trabalho em que se esgotam tantas vezes as energias de pobres operarios, ha um acto quasi illicito. . .

O character da lei de accidente reveste-se de cunho excepcional e é insusceptivel de generalização.

Passou o periodo romantico que precedeu e se seguiu immediatamente á applicação do principio: pretender hoje amplial-o é quasi um anachronismo, como observou HAURIUO.

No caso de accidente no trabalho, disse em sentença recente o magistrado paulista MANUEL CARLOS, existe um desvio mais *apparente do que real* da responsabilidade.

A proposição do douto juiz estará em que, realmente, ainda no accidente do trabalho, não é estranha a indagação da culpa — não é indemnizavel o accidente *voluntariamente procurado* pelo operario.

A culpa *exclusiva* do operario não crea obrigações de indemnizar. Demais disso, a imposição — que em nossa lei inexistente, mas que em muitas legislações figura — do seguro obrigatorio, parece revelar que não se trata, no accidente no trabalho, propriamente do problema de responsabilidade, mas de um remedio adequado a um mal inevitavel, creado pela civilização complexa dos nossos dias.

Como quer que seja, porém, parece erroneo affirmar que nesse, como nos demais casos de responsabilidade chamada objectiva, despreoccupou-se o legislador do aspecto moral do problema.

Erroneo e perigoso.

DEMOGUE não é tradicionalista.

Poucos juristas modernos têm, como elle, o espirito impregnado do sentimento do solidarismo moderno e da convicção da relatividade dos conceitos juridicos.

DEMOGUE não é um tradicionalista.

Pois é d'elle essa palavra opportuna e sem emphase que vale como uma advertencia e exprime uma censura: "Jactam-se as novas theorias de que se firmam em um terreno *amoral*."

E sempre util, porém, que nos colloquemos no ponto de vista da moralidade — o que empresta ás doutrinas uma força que não é despresivel.

Penso, entretanto, como o jurista belga que lembra o ensinamento de DEMOGUE, que é preciso ir mais longe e reconhecer que a essencia mesma do problema da responsabilidade é moral e que, supprimido o elemento subjectivo da culpa, elle proprio deixa de existir: — seria então indifferente que as consequencias do damno recahissem no autor ou na victima.

No caso do accidente no trabalho ou se trata de distribuição, disposição fundada na equidade, dos riscos e perigos

da industria e a lei completada pela obrigatoriedade do seguro, não seria, propriamente, de responsabilidade, ou de uma ampliação de responsabilidade em cujo conceito indeclarado vagam sentimentos diffusos de piedade para o operario e hostilidade para o patrão.

Vive nelle, comtudo, a noção do cumprimento de um dever moral. Dahi o tom prophético, o entono apostolar, a unção quasi religiosa com que predicaram os primeiros defensores da theoria do risco e da noção de culpa oobjectiva, com o espirito voltado para a multidão de operarios que não encontravam nas leis, ditadas pelo capitalismo, reparação eficiente e rápida para os infortunios de que eram victimas, quando tresuavam para o desenvolvimento da industria e para o progresso da plutocracia.

Se é duvidoso que as leis sobre accidentes no trabalho definam propriamente um caso de *responsabilidade*, a mesma duvida não subsiste quanto ás actuaes leis europeas sobre navegação aerea.

O principio da lei franceza de 1924 admite, no caso, uma especie de *culpa imanente*:

“L’exploitant d’un aeronef est responsable de plein droit des dommages, causés par les évolutions de l’aeronef ou les objects que s’en détacheraient aux personnes et aux biens situés à la surface”.

Disposição semelhante encontra-se na legislação ingleza, na bulgara, na norueguesa, na allemã, na dinamarqueza.

A idéa do legislador é a de que existe sempre imprudencia, ainda no actual estado de progresso da aviação, nas evoluções a que se refere.

Demais, preocupa-se o legislador com a situação de *desigualdade* creada, contra os que se acham em terra, pela situação eminente do aeroplano. Provém essa responsabilidade *especial*, explica RIPERT, da situação eminente do aparelho que está ao abrigo “*des coups venus du sol*”, emquanto que os que se encontram em terra “*doivent subir les consequences des atterrissages, des chutes et des delestages*”.

A idéa central que domina a responsabilidade — a de que todo damno causado com *injustiça* deve ser reparado — existe ainda nas leis citadas.

A preocupação da *desigualdade* das partes é de ordem moral e ella penetra, muitas vezes, em casos especiaes, para agravar a situação da parte mais forte.

O Codigo sovietico tem dispositivo pelo qual pode o juiz, ás vezes, e attendendo á situação notavelmente desfavo-

ravel de uma parte em relação a outra, determinar uma responsabilidade que, sem isso, inexistiria.

De HARVEN tem referencias causticas para o dispositivo legal russo; mas, é indesejavel que elle attende a um elemento que, muitas vezes, se insinua na consciencia dos juizes, em casos de responsabilidade, e palpita em tendencias doutrinarias.

E' expressivo o exemplo que GIORGI imaginou para concluir que é justo, em alguns casos, determinar-se a indemnização de damno pelo proprio agente irresponsavel: — um rico senhor demente, illude a vigilancia em que o têm, e destroe os objectos de uma casa commercial "*rovinando il povero venditore*". No exemplo de GIORGI ha o contraste entre a situação do demente rico e do negociante pobre: — os sentimentos de equidade e de piedade inclinam-se irresistivelmente a sympathisar com a situação do "*povero venditore*".

Ainda ha mais: — a indagação da culpa não é, no caso citado, estranha ao legislador.

A idéa não só apparece pela consideração da imprudencia que os exercicios aviatorios denotam, como ainda no facto se considerar a culpa da victima.

A culpa do offendido, na lei franceza, ás vezes attenua o dever de indemnizar e ás vezes torna o damno insusceptivel de reparação, o que, nesse caso, segundo PONTES DE MIRANDA, ocorre sempre na lei ingleza.

Outra responsabilidade que o velho principio da culpa não explica, dizem, é a do Estado.

A sua razão terminante está, como observa GIULIO VENZI, na justa protecção devida ao offendido contra os seres dotados de maior potencial de acção.

Mas, para DEMOGUE, é impossivel explicar-se a responsabilidade da pessoa juridica (a do Estado figura aqui como um exemplo) sem fazer appello á idéa de risco.

Ficticia ou real, confessa RIPERT, a pessoa juridica é differente da pessoa natural e não se lhes traçam as mesmas regras moraes de conducta.

Entretanto, o direito moderno recusa acceitar a idéa savignyana de ser a pessoa juridica um ente ficticio e, neste caso, o problema se descomplica, transformando-se num problema, theoreticamente importante, mas praticamente vulgar, de representação.

Outros exemplos trazem os objectivistas em pról de sua these; mas é inutil minudeál-os. Elles se referem não á desnecessidade da idéa de culpa no problema da responsabilidade, mas a casos de limitação do direito de propriedade,

a remedios contra os abusos de seu exercicio, a prohibições de enriquecimento illicito e ao estabelecimento de presumpções que, ante-suppondo e affirmando o *principio* da culpa, traduzem “um processo de technica processual relativa á prova”.

O nosso Codigo Civil, em face dos problemas vitales que preoccupam a mentalidade juridica contemporanea, manteve-se em posição adequada.

Trabalhado, principalmente, pela mão prima de um jurista de poderosa envergadura — *Clovis Bevilacqua* — fugiu o nosso Codigo de extremismos vitandos e preferiu sem desprezo de innovações felizes, que acolheu, não alterar profundamente o rythmo no qual se desenvolve o nosso progresso juridico.

Uma analyse acurada póde descobrir no Codigo, ao lado de senões de ordem constructiva, um cunho demasiado individualista e deficiencias que merecem ser suppridas.

Mas, a favor da orientação geral que elle seguiu, ha um argumento de ordem terminante: — não quebrou, em seus fundamentos, a tradição brasileira, por amor de idéas peregrinas e de exotismos inadaptaveis ao caso brasileiro.

Não rompeu brutalmente com a tradição, sem de resto desattender ás solicitações do progresso juridico e sem se impermeabilizar á influencia das ideas novas.

As suas características são o equilibrio e um fino espirito de transacção entre o passado e o futuro, a tradição e progresso.

Não é, como o Codigo Allemão, um producto da cultura universitaria, se bem que d'elle se approxime pela resistencia que oppoz ao completo triumpho da idéa social.

Examinada por um *Menger*, appareceria, como o proprio Codigo Allemão, um codigo burguez, que, só em limites muito modestos, attendeu ás exigencias da solidariedade moderna e ao ideal de protecção dos fracos. Mas, como o Codigo Suisso, não se adensou de subtilezas doutrinarias e revestiu-se de um cunho realista que o approxima das idéas de uma codificação modelar, sem chegar ao anti-technicismo do Codigo sovietico, vasado em linguagem popular, que aturde os juristas e lhes não dá pontos de referencia em suas linhas arhythmicas e que reflectem, em sua plasticidade, “o sonho absurdo de uma aconomia inteiramente racional” e a feroz hos-

tilidade da ideologia revolucionaria á tradição espiritual do Occidente.

O nosso Codigo não desprezou as tendencias nacionaes e, sem se fechar ao universalismo dos principios fundamentaes, e sem esquecer a funcção educadora da lei, guardou, em certa medida, as características do nosso povo e as peculiaridades de seu genio.

O problema da responsabilidade civil no Codigo Brasileiro recebeu uma disciplina que o não desconviza da generalidade dos Codigos.

Sem embargo, *data venia*, da opinião do egregio *Clovis* a cujo ensinamento, neste pouco, não nos acurvamos, collocou como idéa central da responsabilidade a de culpa, subjectivamente examinada com a consideração da *capacitas delictorum* do agente, se bem que não fazendo coincidir linearmente a imputabilidade civil com a criminal.

O preceito fundamental, encontra-se no artigo 159 que fala expressamente em *culpa*, em acção ou omissão *voluntaria*, negligencia ou imprudencia do agente.

E' o principio, e expresso com energia e força.

Não acompanhou o Codigo a audacia dos innovadores que proclamam, como *De Page*: — "*on marche de la responsabilité pour faute á la responsabilité sans faude*", audacia que é afinal, um retorno aos primeiros tempos do direito e á rudeza primeva das XII Taboas.

Citam-se do Codigo diversos artigos como consagra-dores da responsabilidade objectiva.

Examinados, porém, com attenção, elles representam, sem os esquecer e, antes, determinados por imperativos da equidade e da moral, limitações de direitos subjectivos, prohibições de enriquecimento illicito ou estabelecimento de *presumpções*, cujo presupposto está, exactamente, na acceitação do principio da culpa.

E releva notar que, no estabelecer as presumpções, o nosso foi mais parco que outros Codigos.

E' assim que, nos casos da chamada responsabilidade indirecta (artigo 1.521) não firmou a presumpção *juris et de jure* de responsabilidade, como fez o Codigo francez com respeito aos patrões e committentes, incidindo na censura de *Planiol*.

Não estabeleceu mesmo a presumpção *juris tantum* firmada pelo Codigo Espanhol e por outros.

A responsabilidade das pessoas indicadas no artigo 1.521 dependerá de prova de culpa.

E' certo, entretanto, que no nosso systema legal, o acto mesmo licito, determina ás vezes responsabilidade: — é o caso da deterioração ou destruição da coisa alheia afim de remover perigo imminente.

Ao *dominus*, nem por se tratar de estado de necessidade, ao *dominus inculpado* reserva a lei direito de receber a indemnização do damno, que soffreu.

Outra excepção ao principio subjectivo se poderia ver no caso de legitima defesa, no hypothese dos artigos 1.520 e 1.540.

O offendido *inculpado* tem direito a indemnização.

Mas, são casos excepçionaes em que a responsabilidade vem da lei para que não recaia, exclusivamente, em uma das partes *sem culpa*, a situação anormal que lles presuppõem.

Não quebram o systema fundamental estabelecido antes com decisão e energia e deixam entrever o elemento moral, já que entram em jogo a ausencia de *culpa* da victima e considerações de equidade. *Justiniano de Serpa*, que defendeu os dispositivos citados da critica de *Afranio Mello Franco*, *Amaro Cavalcante* e *João Luiz Alves* que lhes patentearam a inconcialibilidade com o principio gravitario da culpa, salientou-lhes “o fundamento *ethico* bem claro”.

Comtudo é possível, diante delles, affirmar, como o egregio *Clovis*, que a idéa de damno resarcivel é, em nosso direito, mais ampla do que a de acto illicito.

O que não é possível é negar a existencia, nesses e em outros casos de responsabilidade, do elemento moral, e perigoso seria, generalizando, pretender substituir o principio central da culpa pelo da normalidade, ou da confiança, ou do risco ou da causalidade objectiva, que escondem uma idéa repugnante á nossa sensibilidade juridica e que, pretendendo amoralizar o direito, procura destruil-o em seus fundamentos primarios.

Não é possível dissociar do problema da responsabilidade o elemento interno, sem regresso ás formas primitivas do direito e sem retorno ao periodo pre-cultural da humanidade.

Animando-se a esta palestra incompta, Exmo. Sr. Presidente e nobres mestres, o obscuro docente da Universidade

de Minas Geraes, que vos fala, obedeceu ao mandamento de seu egregio reitor — MENDES PIMENTEL, doutor eximio e personalidade inteirissima, modelo de mestres e espelho de cidadãos.

A essa ordem é que elle deve a fortuna de poder prestar um preito de homenagem — bem modesto é certo, e bem mesquinho — ao prestigioso Instituto, em cujo posto de vanguarda brilha um homem de cultura e de acção, de intelligencia agil e alerta, franqueada a todas as solicitações do pensamento juridico moderno: brilha a figura singular e fascinante de LEVI CARNEIRO.

E a derradeira palavra desta conferencia — e a melhor e a mais alta — se elle a soubesse proferir — seria o caloroso elogio da actuação do nobre bastonario, do relevo de sua influencia marcante na orientação e no progresso dos estudos juridicos no Brasil.

Seria uma homenagem calorosa e eloquente á figura impressiva do grande animador.

DR. OROZIMBO NONATO

(Professor da Universidade de Minas Geraes)