

A responsabilidade dos patrões, amos e comitentes no direito civil brasileiro

(A proposito de um projeto de lei)

Vicente Ráo

(Catedrático de direito Civil)

1. Segundo o direito civil anterior ao código, a responsabilidade por ato de outrem devia, necessariamente, resultar e culpa, *in eligendo*, ou *in vigilando*.

Aludia-se, também, à responsabilidade decorrente da *representação*, mas não se o fazia com o fim de justificar, por via deste principio, todos os casos de responsabilidade por ato alheio, e, sim, tão só, para se abranger, entre os responsaveis pelo dano, os pais, tutores, curadores, procuradores, enfim, os representantes legais e os convencionaes.

CARLOS DE CARVALHO (art. 1.015) assim consolidava aquele direito, indicando-lhe as fontes respectivas:

Procede a obrigação de indenizar o dano, ainda que resulte de ato de outrem:

a) se alguém tinha obrigação de impedi-lo e não impediu;

b) nos casos de representação;

c) se, escolhendo pessoa para praticar o ato, escolheu pessoa inabil (Arg. *ex* L. 3.311 de 1896, art. 13; arg. *ex* Cod. Com. arts 75, 94, 99, 238, 243, 494, 529 e 632. Arg. *ex* Ord. 4, 53,

5; Dec. n.º 1930, de 1857, art. 142; Dec. n.º 5.837, de 1.874. Cod. art. 378. D. fr. 50 e 121, L. 50, 17. Ord. 4, 103, pr.”.

O principio da *culpa* sofria uma exceção expressa, contida no art. 243 do código comercial, que responsabilizava (e responsabiliza) o mestre, administrador ou diretor, por omissão culpavel, impericia ou malversação dos que servirem sob suas ordens.

E uma atenuação do mesmo principio se destacava oriunda do dec. n.º 1.930, de 26 de abril de 1850, mais particularmente, de lei n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, relativa aos danos causados a terceiros pelas estradas de ferro; danos em relação aos quais se admitia (e admite) a *presunção* da culpa da empresa, mas *presunção* relativa, *juris tantum*, suscetivel de prova em contrário, a ser produzida pelo responsavel. Invertia-se, dess’arte, o onus da prova: — o autor do pedido de reparação não precisava provar a culpa da ré, enquanto a esta incumbia produzir prova de ausencia de culpa, de sua parte.

2. O Projeto primitivo e os projetos revistos do código civil haviam adotado o conceito, que o art. 831 do código civil alemão consagrara, da *presunção juris tantum* da culpa, em todos os casos de responsabilidade por ato de outrem. Mas, esses criterio não prevaleceu no código, que, ao contrário, expressamente veio dipôr, em seu art. 1.523:

“excetuadas as do art. 1.521, V” (caso de responsabilidade dos que, gratuitamente, houverem participado nos produtos do crime, até a concurrente quantia), “só serão responsaveis as pessoas enumeradas nessa e no art. 1.522, *provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligencia de sua parte.*”

CLOVIS comentou por este modo o texto acima transcrito:

“a responsabilidade dos pais, tutores, curadores *patrões, amos, comitentes*, donos de hotéis e estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, assim como a das pessoas jurídicas, no caso previsto pelo art. 1. 522, é indireta. Por isso, o código somente a torna efetiva, *quando se lhes puder imputar culpa*, isto é, quando essas pessoas não empregaram a diligencia necessaria, nem tomaram as precauções, para que o dano não se desse. Esta prova devera incumbir aos responsáveis, por isso que ha contra eles presunção legal de culpa; *mas o código, modificando a redação dos projetos, impôz o onus da prova ao prejudicado*. Essa inversão dos principios é devida à redação do senado (emenda n.º 1.483). A doutrina do código é a seguinte: a responsabilidade das pessoas referidas nos arts. 1.521, n.ºs I-IV e 1.522, funda-se na culpa; esta, porém, deve ser objetivamente provada.”

E com relação ao patrão, ao amo, ao comitente, CLOVIS ensinou:

“o fundamento da responsabilidade do patrão, amo ou comitente, pelos atos danosos de seus empregados, serviçais e prepostos é a imprudencia na escôlha dessas pessoas (*culpa in eligendo*). Os requisitos da responsabilidade, nestes casos, são: 1.º que o ato ilícito seja praticado no trabalho ou por ocasião dele; 2.º que o agente seja, de fato, um preposto.”

Podem as disposições citadas chocar-se com a melhor doutrina. Podem ser — e são — suscetíveis de censura.

Mas, o que não padece duvida é que elas prescrevem, *expressamente, inequivocamente*, que a responsabilidade dos amos, patrões e comitentes, só pode resultar de culpa provada por quem reclama a reparação do dano.

Exceções a esse princípio, só podem prevalecer quando expressas no próprio código ou, então, quando declaradas por leis especiais, tal qual sucede com a legislação sobre os acidentes do trabalho (D. L. n.º 7.036, de 10.11.1944) e sobre a viação aérea (Código do Ar, arts. 91, 96 e segs., 100 e 102), que configuram aspectos de *risco profissional*, ou de *risco de exploração*, criterios novos, estes, aos quais tornarei a me referir, mais adiante.

A situação do problema, perante a legislação brasileira em vigor, é, sem duvida, esta, que acabo de expôr.

Sob a pressão da doutrina e das legislações alienígenas, entretanto, a jurisprudencia vem alterando sensivelmente os termos do problema e ampliando o campo de aplicação da responsabilidade civil por ato de outrem.

3. No sistema civil latino, em se tratando de responsabilidade de amos, patrões e comitentes, o principio tradicional da *culpa* sofreu um primeiro embate, o mais sério, com a promulgação do código civil francês, que firmou esta responsabilidade na presunção *juris et de jure* da culpa, sem admitir a possibilidade de prova em contrário (art. 1.384).

Postos perante disposição semelhante, os juristas franceses, ao justica-la, aceitaram a ficção da *culpa presumida*, para não admitirem, pura e simplesmente, o que lhes repugnava, a responsabilidade por culpa alheia, sem o concurso, direto ou indireto, de culpa do responsável.

Impressionante, por exemplo, é o cuidado, se não a veemencia, com que o velho e sempre bom DEMOLOMBE, mais parece se justificar, do que à propria lei:

“não é, bem entendido, que o principio da personalidade da pena, venha, aqui, a ser posto em cheque! Esse principio é fundamental e por toda a parte reina no dominio do direito, seja qual fôr a materia de que se trate, civil ou criminal. A responsabilidade, ainda que só civil e pecuniaria, oferece, sem duvida, sob certo ponto de vista, o carater de uma reparação penal, que seria impossivel compreender se atribuida a uma pessoa à qual se não pudesse imputar qualquer especie de culpa, nem por negligência, nem por imprudência. Mas, precisamente porisso, a responsabilidade, que será objeto de nosso estudo” (por ato de terceiro), “funda-se na presunção legal de culpa, de negligencia, ou de imprudencia, — eis o que a justifica” (vol. XXI, *Des Contrac.* VIII, p. 484 e segs.).

Referindo-se, em outro passo, à responsabilidade dos amos, patrões e comitentes, depois de haver esclarecido que, nos demais casos de responsabilidade indireta, por ato de outrem, o dever de reparação resulta da presunção *juris tantum* de culpa, que acarreta, apenas, a inversão do onus da prova, acrescenta:

“a responsabilidade dos patrões e comitentes não se funda na mesma causa que serve de base à responsabilidade do pai, mãe, preceptor” (esta ultima mais tarde substituida pela responsabilidade do Estado)” e artifice, ou seja, a falta de vigilancia. A falta que gera aquela responsabilidade, consiste na má escôlha dos domesticos e dos prepostos.”

E, invocando o relatorio de DE GREUILLE ao Tribunato e, mais, a opinião de POTHIER (*Oblig.* n. 121)) e o parecer de SOURDAT (T. II n.º 885), por fim justifica:

“Podem os patrões e os comitentes ser admitidos a subtrair-se à responsabilidade que o art. 1.384 contra eles decreta, mediante prova de que se achavam impossibilitados de impedir o fato particular de que resultou o dano causado por seu domestico ou seu preposto? Eu havia tomado todas as informações possiveis! Possuia, sobre esse domestico ou preposto, as melhores referencias! Não. A presunção legal da responsabilidade não admite, aqui, prova em contrário, desde que o fato prejudicial haja sido cometido pelo domestico, ou pelo preposto, no exercicio das funções que lhe haviam sido confiadas. Tal é a resposta unanime da jurisprudencia e da doutrina” (n.º 611).

“Imaginemos, mesmo, que o ato prejudicial foi praticado pelo domestico, ou pelo preposto, não só na ausencia e com desconhecimento do seu patrão ou comitente, sem ordens nem instruções de sua parte, — mas em sua presença e apesar de sua proibição, até mesmo com desprezo de suas injuções proibitivas as mais formais. O patrão, ou comitente, seriam, ainda assim, responsaveis? — Sim, evidentemente. (o A. invoca, em abono deste seu asserto, julgados da Côte de Cassação e a opinião de TOULLIER vol. XI, n.º 284; ZACHARIAS, AUBRY ET RAU, vol. V, p. 759; LAROMBIÈRE, vol. V, art 1.384, n.º 8).”

Nenhum desses autores, contudo, abandona a velha doutrina da *culpa*, mesmo neste caso especifico: — a *culpa* do patrão, ou comitente, dizem eles, sempre existe, porque a lei a presume, com carater irremovivel.

4. Semelhante conceituação da materia foi aceita por vários codigos latinos, filiados ao sistema do direito civil

napoleonico, inclusive pelo código civil italiano de 1861 (artigos 1.153 e segs.) e pelo atual, de 1942 (arts. 2.043 e seguintes).

Os autores italianos, ao tratarem da responsabilidade decorrente do dano produzido por animais ou cousas inanimadas, parecem abandonar a doutrina da culpa, para considerar, em si, objetivamente, o dano e sua injustiça, como fazem, aliás, os autores franceses. Tal é a doutrina aceita por DE RUGGIERO:

“trata-se, na realidade, de *responsabilidade objetiva*, de uma aplicação do principio segundo o qual quem aufere vantagens de uma cousa, deve padecer todos os onus consequentes (*qui sentit commodum sentire debet et incommodum*): — a responsabilidade deriva do simples fato de ser alguém proprietário da cousa ou do animal, ou da utilização daquela ou deste. E responsabilidade é, esta, mais intensa da que contemplava o direito romano, porque não mais se admite a exoneração mercê do abandono do animal ao prejudicado” (Dirit. Civ| It. III, § 126).

Excluído esse caso de *dano objetivamente considerado*, excluída qualquer indagação de natureza subjetiva sobre culpa indireta do responsável,

“— na base de todos os outros casos encontra-se a culpa. Culpa existe na pessoa de quem depende ou a cujo poder estão submetidos o filho, o pupilo, o aluno, por não haver, essa pessoa, vigiado o dependente, ou por não haver feito quanto estava em seu poder para prevenir e impedir o dano (*culpa in vigilando*); culpa têm o comitente e o patrão, por não haverem bem escolhido o preposto, ou o domestico (*culpa in eligendo*). Mas, uma profunda diferença se verifica no modo

de tratar esses dois grupos; pois, enquanto para os pais, tutores, preceptores e artifices, a lei, mesmo presumindo-lhes a culpa, admite que se exonerem da responsabilidade consequente quando provarem o uso da diligencia devida para impedir o dano, — para os patrões e comitentes essa prova liberatoria não é admitida. ocorrendo, aqui, uma presunção absoluta de culpa, que consiste no fato da “mala electio” (Ibid.).

E, por esse modo, percorreu a doutrina e, com ela, a legislação, tres graus sucessivos, em materia de responsabilidade por ato de outrem, ou seja, por ato de empregados, serviçais, ou prepostos:

b o da responsabilidade resultante de culpa real do patrão, amo, ou comitente, a ser provada por quem padece o dano, segundo, v. g., o direito civil brasileiro vigente (cod. arts. 1.521, III e 1.523).

b o da responsabilidade resultante de culpa presumida, podendo esta presunção (*juris tantum*) ser elidida pelo acusado, — com inversão, pois, do onus da prova, que passa do autor para o réu, como, v. g., dispõe o art. 831 do código civil alemão;

c o da culpa presumida, mas por fôrça de presunção indestrutível, *juris et de jure, absoluta*, não permitindo prova em contrário, tal qual ocorre, v. g., no direito civil francês e no italiano (art. cits.).

Nos tres graus, entretanto, sempre se invoca o principio da culpa, real ou presumida, como justificativa doutrinaria da responsabilidade.

5. A ideia de culpa resultante de presunção *juris et de jure*, isto é, de presunção irremovível, aos poucos não mais satisfaz aos juristas, que passaram a pôr em duvida ou a repelir a ficção de uma situação insusceptível de prova em contrário.

De inicio, procurou-se estender o conceito da responsabilidade, admitindo-se-a, simplesmente, fóra e além da culpa

“ .. o ato ilícito não esgota as responsabilidade civil, que não se origina de contrato, nem da declaração unilateral de vontade. Ha casos em que ela se impõe, não obstante ser licito o ato de que resulta o dano, como nos casos de necessidade e da legitima defesa, quando, para a eficiencia desta, se faz necessário danificar alguma cousa (arts. 160 e 1.520). *A ideia do dano resarcivel é, portanto, mais lata do que o de ato ilícito.* Todo ato ilícito é danoso e cria para o agente a obrigação de reparar o dano causado. *Mas, nem toda a obrigação de sesarcir o dano provém do ato ilícito, de ato praticado sem direito.* A força maior, em regra, exclue a responsabilidade do autor dos prejuizos (art. . . . 1.508); não a exclue, porém, nos casos de necessidade e de legitima defesa, quando ha diminuição do patrimônio de terceiro isento de culpa.” (Com. art. 1.518).

Se, dentro de uma sistemática legislativa fundada no elemento *culpa*, casos existem de responsabilidade extracontratual que da culpa não resulta, razoável seria, que, por indução e generalização, se inferisse um principio novo e mais amplo, tal o do dano injusto considerado independentemente da culpa, para justificar a responsabilidade dos amos, patrões ou comitentes, em substitui-

ção do principio, que já não satisfazia, da culpa irremovivelmente presumida.

6. Outros ensaios ainda se assinalam, visando, todos, abandonar o velho conceito da presunção absoluta da culpa: — assim é que, ora se tentou erigir em justificativa da responsabilidade dos amos, patrões e comitentes, o principio geral da *representação*, ora se buscou fundamento novo na noção do exercício irregular dos direitos, ou seja, no exercício dos direitos contra o seu destino economico e social (cf. CHIRONI: *Colpa Extra-Contrat.*; CLOVIS: *Com. 2* ao art. 1.518; CEZAR BRUET MORIN: *La Responsabilité, la Faute, le Risque, L'Abus du Droit*, etc.).

E também se sustentou, como fez LECLERCQ na *Belgica* (SAVATIER: *Responsab. Civ. I*, n.º 237)—, que só o dano produzido basta para fazer *presumir* a culpa, sempre que tenha como causa o *fato imediato do homem*, isto é, a atividade de seus membros, ou das cousas que diretamente os prolongam (um utensilio, uma bicicleta, um automovel, etc.).

7. Por fim, todas esas concepções cederam o passo à doutrina do risco. Estudando a evolução do direito francês, nesta materia, SAVATIER diz textualmente:

“as presunções de culpa, em materia delitual, aparecem como um *processo tecnico* em vias de desaparecer. O direito moderno francês, para melhor assegurar a reparação dos danos, com efeito, tende a vedar, à pessoa a quem atribue uma responsabilidade, que dela se libere provocando a ausencia de culpa. Sendo assim, é preciso reconhecer que a responsabilidade deixa de se fundar na culpa, para procurar fundamento em outra noção, ou seja, na do *risco*.” (loc. cit. n.º 254).

O germe dessa noção nova, que hoje se generaliza, encontra-se na legislação social do trabalho: — o progresso e desenvolvimento da indústria e dos processos de trabalho, acresceram a possibilidade dos acidentes, entre os trabalhadores, assim criando, no tocante à reparação dos danos decorrentes, a necessidade de novas leis e de conceito novos:

nos acidentes, não se indaga qualquer elemento subjetivo de culpa, quer do patrão, quer do operário; antes, pressupõe-se que, quem exerce uma atividade da qual aufere vantagens, deve sofrer parte do risco do acidente, por ser obrigado à indenização, enquanto que ao operário, ou empregado incumbe sofrer a outra parte, qual seja a consequência física do acidente.

JORGE AMERICANO, em conhecida monografia sobre a matéria, bem elucida esse criterio novo de responsabilidade civil fóra do contrato e da declaração unilateral da vontade.

O *risco* provocado pelos acidentes, ampliou-se, a seguir, para conceituar a doutrina do *risco profissional*, genericamente falando; e daí, com mais um passo, transformou-se na doutrina geral do *risco*, pura e simplesmente, a qual, no estado atual do direito, já se póde dizer, que, mais de acôrdo com as ideias sociais contemporaneas, substitue a ficção da culpa presumida, maximé nos casos de responsabilidade por ato de outrem, empregados, serviços e prepostos, em geral.

8. Para definir o *risco*, reporto-me, sem traduzi-la, à noção de SAVATIER (loc. cit. n.º 274):

“la responsabilité fondée sur le risque créê consiste dans l’obligation de réparer des faits dommageables produits par une activité qui

s'exerçait dans vôtre intérêt et sous vôtre contrôle."

Na amplitude desse conceito se acolhem tanto os casos de responsabilidade direta, quando os de responsabilidade indireta, fóra da culpa:

"de fato, pensamos que essa difinição engloba todos os casos nos quais a lei ou a jurisprudencia afirmam a responsabilidade civil de uma pessoa, mesmo quando se demonstra a ausência de sua culpa" (*ibid.*)

Abandonado o fundamento da culpa, qual passa a ser, então, o fundamento da responsabilidade, segundo a doutrina do *risco*? Responde SAVATIER:

"não é sem contra-partida que se pode, equitativamente, impôr a alguém a reparação do dano causado sem culpa sua. E semelhante obrigação não encontra contra-partida (na falta de *seguro* propriamente dito) se não no proveito que o responsável aufere da atividade causadora do dano. É, pois, somente sobre o interesse que, para esta pessoa, apresente tal atividade, que a responsabilidade pode basear-se". (*ibid.*)

Quando, aqui, se fala em *proveito auferido*, não se quer falar, só e só, em interesse pecuniário: — toda vantagem, ou utilidade, inclusive a de ordem moral, em tal *proveito* se inclui.

9. Que a doutrina do risco tenha adversarios, não haveria como contestar-se. SAVATIER os distingue em duas categorias:

- a aqueles que, como RIPERT (*La Rèble Morale das les Obligations Civiles*, n.º 120; ESMEIN: *Le Fon-*

... *dement de la Responsabilité Contractuelle*, in *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1933, p. 660 e segs.), reconhecendo, embora, a existencia de obrigação de reparar, independentemente de qualquer culpa, recusam-se, todavia, a dar-lhes o nome de *responsabilidade*, preferindo (assim no caso do comitente) chama-las de “garantias”;

- b aqueles que negam (salvo lei especial ou contrato) a possibilidade do dever de reparação imposto à pessoa isenta de culpa. Mas, esses adversários da teoria do risco, substituem a noção tradicional da culpa, por uma noção nova, tal a da *culpa sem culpabilidade*, na qual incidiriam, inclusive, os agentes desprovidos de suas faculdades intelectuais e sem consciência de seus atos (V. H. MAZEAUD: *La Faute dans la Garde*, in *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1925, p. 793; BESSON: *La notion de garde dans la Responsabilité du Fait des Choses*, 1927; H. et L. MAZEAUD: *Traité de la Responsabilité des Choses*, I, n.ºs. 1.302 e seguintes).

Na primeira tésé, acima, diz SAVAEIER invocando PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Oblig.* I, n.ºs. 593 e 613, — “*il n’y au fond, qu’une querelle de définitions, du moment que l’on est d’accord sur l’existence d’un devoir de réparer, reconnu en l’absence de faute, et fondé, tout au moins dans une large mesure, sur le profit*” E, aludindo à segunda tésé, ESMEIN compara a “culpa sem culpabilidade”, à *un homme sans tête, à une automobile sans moteur, à un syllogisme sans prémisses.*” (*bid*)

10. A justificação da doutrina do risco, por SAVATIER, merece ser transcrita:

“está, pois, assentado que a jurisprudência reconhece, hoje, com fundamento nos arts. 1.384

e segs., a existência de responsabilidade sem culpa.

Quer se queira, quer não, preciso será reconhecer-se o direito de cidade que a teoria do risco adquiriu no direito francês (JOSSE-RAND: *Cours*, n.º 558; DEMOGUE: *Oblig.* V, n.º 819). E já não é desejavel, nem é mais possível, negar-lhe esse direito. A ideia do risco, ligada à do proveito, corresponde à equidade e, mais particularmente, à equidade que reclamam as sociedades modernas. Forçoso é dar ouvidos ao apelo hoje lançado pelo sentimento publico no sentido da reparação, tão frequente e completa quanto possível, dos danos individuais. “Tomemos (já escrevemos em “*Vers la Socialisation de la Responsabilité et des Risques individuels*” p. 9) um acidente *qualquer*; outrora, se não resultasse de culpa alheia, ninguém duvidava que a responsabilidade devesse correr por conta da vítima. O sentimento público limitava-se a ter pena da vítima; e se alguém, ou o Estado, interviesse para indenizá-la, o caso era havido como de caridade e não de justiça. Suponha-se, entretanto, que o mesmo acidente ocorra atualmente. Nem a vítima, nem a opinião publica, hoje, raciocinam pelo mesmo modo. O sentimento, que ora os domina, é que o acidente fêre, realmente, a justiça e que a equidade exige a reparação. E a pouco e pouco, lei e jurisprudencia tendem a concretizar esses sentimentos em fatos, a assegurar, isto é, tanto quanto possível, uma reparação”. A ideia de se ligar uma responsabilidade ao risco é o instrumento dessa tendencia. Convém, sem dúvida, fixar-lhe limites. Mas o principio já não pode ser eliminado do direito moderno.” (*ibid.*).

11. Não se pleiteia- note-se, que o conceito do *risco* tome por inteiro o lugar do conceito da culpa, como causa da responsabilidade civil. Ao contrário.

“se uma responsabilidade fundada no risco plenamente se justifica perante o direito moderno, não se lhe deve, contudo, atribuir nem um papel único, nem mesmo o primeiro lugar. Este lugar deve ser sempre reservado mais a um valor humano, do que a uma simples causalidade física, pois, a sociedade, na qual a responsabilidade civil deve estabelecer a ordem e o equilíbrio, é uma sociedade humana. Ora, a responsabilidade fundada na culpa ostenta a virtude essencial de corresponder à liberdade humana, de conservar, no homem, a consciência de seu interesse primordial de bem usar essa liberdade, de lhe fazer sentir as sanções, em que incorre, quando faz mau uso dessa liberdade, negligentemente ou imprudentemente. A responsabilidade fundada no risco, ao contrário, a despeito da ideia de equidade que a justifica, repousa exclusivamente sobre um equilíbrio material. Substituí-la sistematicamente à responsabilidade fundada na culpa e deixar, mesmo, de reconhecer a primazia desta, seria consagrar o triunfo da matéria sobre o espírito.” (*ibid.* n.º 280)

Sempre que o dano fôr causado por culpa, devidamente provada, a reparação se impõe, a cargo do culpado. Mas, em se tratando de dano causado por cousas inanimadas ou animais, ou, então, de *responsabilidade por ato de terceiro*, forçoso será reconhecer-se e proclamar-se (em lei e sob requisitos preestabelecidos):

- a* a necessidade de uma reparação por parte do patrão, amo, ou comitente, independentemente da indagação da culpa;
- b* a desnecessidade da ficção da culpa presumida *juris et de jure*;
- c* a afirmação da responsabilidade, nesses casos, fundada em risco, ou seja na contra-partida do proveito auferido pelo responsável, com a atividade por ele exercida.

12. SAVATIER, apoiando-se em DENAVE (*Les Rapports de la Responsabilité Civile et de l'Assurance*) e RIPERT (*op. citada* n.º 120) reconhece e aplaude a influência considerável exercida, sob duplo aspecto, pelo seguro, sobre o desenvolvimento do conceito da responsabilidade resultante do risco (a) — em primeiro lugar, o *seguro* permitiu e permite a extensão, quasi indefinida, do campo dessa responsabilidade; (b) — em segundo lugar, pois que o *seguro* também pode ser contratado para o caso de culpa, desaparece o sentido moral, acima mencionado, de responsabilidade, neste ultimo caso; — e, assim, a primazia da responsabilidade por culpa não mais se justifica.

Da possibilidade do seguro e da propria natureza da responsabilidade baseada em risco, sem culpa do responsável, decorre a conveniencia, isto é, a justiça, da limitação das reparações, tal qual se procede com os accidentes do trabalho.

13. Quando o dano é causado por empregados, serviços, ou prepostos, ha que distinguir:

- a)* a responsabilidade do patrão, amo ou comitente, que independe de culpa e resulta do risco (segundo a doutrina que venho adotando) e

b) a responsabilidade do agente (empregado, serviçal ou preposto), que, esta, sim, deverá decorrer da culpa, devidamente provada.

As duas responsabilidades, no tocante à sua apuração, são autonomas (SAVATIER: *loc cit.* n.º 288) e pressupõem causa distinta de *pedir*: — em um caso, pede-se a reparação, contra o amo, patrão, ou comitente, a *titulo* de risco; noutro, pede-se a reparação, contra o empregado, serviçal ou preposto, a *titulo* de culpa, que, ha-de ser devidamente provada, por quem a alegue.

14. A jurisprudencia brasileira não se tem mantido alheia à evolução do conceito da responsabilidade civil, tal qual a apresentamos acima. Tambem os nossos juristas a acompanham e desenvolvem.

Nossos julgados, os do Supremo Tribunal principalmente, vêm consagrando o conceito seguinte:

“salvo ocorrência de culpa da vitima, o patrão responde civilmente pelos danos causados por preposto, especialmente no uso de coisas perigosas, como veiculos de velocidade” (Rev. Trib, vil. 177, p. 408 Rec. Ext. n.º 9.435, do Distrito Federal).

Excluida, por esse modo, a possibilidade de exoneração de responsabilidade do patrão, a não ser no caso, único, de culpa da vitima. de duas, uma: — ou se admite, ainda, a ficção da culpa presumida *juris et de jure*, ou, mais corajosamente e mais acertadamente, se aceita a teoria do risco. E a adoção desta ultima doutrina transparece dos julgados, dos quais, entretanto, é licito dizer-se que *vão além da lei escrita*, que constituem, como que, um direito novo, melhor embora, mas em choque com o direito positivo em vigôr que, entre nós e nesta materia, não adota, nem mesmo, a doutrina da culpa presumida,

exigindo, antes, por modo formal e expresso, a *prova da culpa do amo, patrão, ou comitente* (cod. civ. art. 1.523).

15. Desses julgados, destaco, como fundamentais, o relatado pelo snr. ministro OROZIMBO NONATO, que se encontra na *Rev. For.* vol. 104, p. 473 e segs. e o relatado pelo eminente juiz e jurista PHILADELPHO AZEVEDO, reproduzido na *Rev. dos Tribun.*, vol. 177, p. 408 e segs. O voto do relator, neste ultimo julgado, contém excelente indicação bibliografica sobre a materia, bem como a indicação do estado atual de nossa jurisprudencia, sobre este mesmo e ainda tão debatido problema.

16. Foi, com certeza, o choque existente entre essa jurisprudencia e nossa lei escrita (cod. civ. art. 1.523), que incitou o deputado snr. ALIOMAR BALEEIRO a apresentar, recentemente, este projeto de lei, que, *mutatis mutandis*, revive projeto anterior do snr. deputado DANIEL DE CARVALHO:

“*art. 1.º*: — A culpa ou negligencia do patrão, amo ou comitente, ou pessoa juridica que exerça profissão industrial no caso do art. 1.523 do código civil, considera-se provada desde que o esteja a culpa ou negligencia dos seus empregados, serviçais, ou prepostos.”

Semelhante disposição, é evidente, cria uma presunção de *culpa* contra o patrão, comitente ou amo, pelo ato culposo de seu empregado, serviçal, ou preposto, que haja causado dano a outrem.

A presunção, assim criada, é *absoluta, juris et de jure*, irremovivel por prova em contrário, ou seja, por qualquer prova, que não admite, de ausencia de culpa por parte do patrão, amo, ou comitente; — basta, para que a responsabilidade deste se verifique, a apuração da culpa do empregado, serviçal, ou preposto.

O deputado sr. PLÍNIO BARRETO, relatando, sobre esse projeto, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça, escreveu:

“O projeto não chega até onde foi a legislação francesa, isto é, a considerar sempre provada tanto a culpa dos empregados, serviçais ou prepostos como a do patrão, amo, comitente ou pessoa jurídica que exerça exploração industrial. Apenas presume a culpa do patrão, amo, comitente, ou pessoa jurídica, sempre que ficar provada a culpa ou negligência dos seus empregados, serviçais ou prepostos. A doutrina da culpa continua a dominar a questão. Nem sequer retirou da vítima o onus da prova de que a culpa foi do empregado, serviçal ou preposto.”

“Eu iria mais longe. Consagraria integralmente a doutrina do risco, isto é, a doutrina francesa. Com o recurso aos seguros, os patrões se cobririam perfeitamente dos prejuízos que viessem a sofrer em consequência dessa extensão da sua responsabilidade. As vítimas, por seu turno, ficariam definitivamente resguardadas do perigo de se verem privadas, cruelmente, da compensação pecuniária pelos danos que sofressem dada a falta de recursos dos autores diretos desses danos. Conciliam-se, dessa maneira, perfeitamente, os interesses de todas as partes.”

Contudo, o parecer da aludida comissão conclue por dizer: — (o projeto) “*é prudente harmonização da doutrina da culpa com a doutrina do risco.*”

17. Muitas observações sugere esse projeto, tais as seguintes:

- a) tecnicamente, revela-se defeituoso, por não se limitar a dar nova redação ao art. 1.523 do Código civil;
- b) aludindo às pessoas jurídicas que exerçam atividade industrial e não distinguindo entre operários e terceiros, em relação à empresa, poderá criar dificuldades na aplicação da legislação especial dos acidentes do trabalho;
- c) reincide no erro do art. 1.623 do código civil, ao falar em culpa ou negligência, quando a negligência constitui, exatamente, uma modalidade da culpa;
- d) não abandona a velha e já condenada ficção da *culpa presumida*, declarando o patrão, amo, ou comitente, responsável pela *culpa* de seu empregado, serviçal, ou preposto;
- e) não beneficia as vítimas do dano, nem lhes melhora a situação, pois ainda as obriga a suportarem a prova da *culpa* de preposto;
- f) não limita a responsabilidade do patrão, amo, ou comitente, por forma a facultar, ou facilitar, o seguro;
- g) em consequência, desconhece o estado atual da evolução da ciência jurídica que, nesta matéria, mais do que em qualquer outra, tende para a socialização do risco e da responsabilidade civil.

Na realidade, o aludido Projeto não faz mais do que reproduzir a legislação francesa sobre a matéria, legislação que não admite, como por equívoco se diz no tópico transcrito do relatório da Comissão de Justiça, a presunção absoluta da prova de culpa do preposto, serviçal, ou empregado, mas, ao contrário, exige a prova dessa culpa, incidindo, assim, na censura dos juristas:

“caractère hybride de l'application de l'idée de risque; place laissée à l'idée de faute chez le preposé. La responsabilité de l'employeur est exemple, chez lui, de toute faute. C'est pourquoi, pour lui, elle constitue un risque. Mais elle n'est pas indépendante de toute faute chez son preposé. Le maître n'est, en effet, responsable que si le dommage causé par son preposé était illicite. Ce caractère illicite peut résulter de la violation d'un devoir légal ou moral, ou, simplement, du fait que le dommage causé était normalement prévisible et ne se justifiait par aucun droit. Il faut appliquer à la faute du preposé sur tous ces points, les règles dégagées dans le livre 1er. de cet ouvrage.” (SAVATIER: *loc. cit.* n.º 285).

A regra contida no art. 1.384 do código civil francês já se continha no Projeto inicial deste código — e data, pois, de 1804, de quando, isto é, o direito civil se reconstituía sob a influencia dos princípios individualistas da revolução francesa.

— *Em conclusão.* Sem duvida, nossa lei civil vigente merece ser reformada. Mas, a forma realmente eficiente, mais de acordo com a situação atual e social do problema, consistiria na adoção da teoria do risco como fundamento da responsabilidade dos amos, patrões e comitentes, compensando-se o novo critério com a limitação da responsabilidade e, quando menos, com a possibilidade de seguro.

O obrigatoriedade do seguro (e não a sua simples possibilidade) melhor asseguraria o pagamento das indenizações correspondentes.

São Paulo, fevereiro de 1951.