

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Renzo Gama Soares

Microssistemas Jurídicos da Imputação Civil dos Danos por Responsabilidade
Objetiva

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Renzo Gama Soares

Microssistemas Jurídicos da Imputação Civil dos Danos por Responsabilidade
Objetiva

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, na sub-área de Direito Civil Comparado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery.

SÃO PAULO
2008

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus professores do mestrado, que me fizeram ver o Direito Civil com outros olhos, em especial à professora Rosa Nery, ao professor Rogério Donnini e ao professor Renan Lotufo. Certamente, por causa deles e de outros, sou uma pessoa bem diferente do que era há alguns anos.

Agradeço aos meus pais, por sempre me incentivarem e estarem sempre ao meu lado, incondicionalmente.

Agradeço também aos meus amigos que tanto me incentivaram, especialmente ao Fábio Bonomo, professor competente, amigo sempre presente.

Sobre a Priscilla e o Lucas o que dizer? Agradeço muito pelo simples fato de vocês existirem e estarem presentes na minha vida. Depois de vocês, ela tomou um novo sentido.

“Por mais fora de moda que possa parecer,
a função do Direito é ser justo”

Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery

RESUMO

A responsabilidade civil objetiva, aquela que prescinde da culpa para sua análise e conseqüente imputação de obrigação de indenizar ao causador do dano, vem ganhando cada vez mais espaço no mundo jurídico, desde o final do século XIX. Especialmente com o advento do Código Civil de 2002, a análise desta espécie de responsabilidade passou a ser ainda mais relevante para o Direito brasileiro, em razão das inúmeras previsões deste tipo de responsabilização neste corpo legislativo, inclusive e especialmente com a adoção deste sistema por meio de uma cláusula geral. Em razão desta necessidade, o presente trabalho tem por objetivo analisar a responsabilidade civil objetiva, especialmente no tocante aos seus fundamentos axiológicos, que ultrapassam a originária hipótese de risco, e alguns microssistemas jurídicos em que tal espécie de responsabilidade é aplicada. Para tanto o trabalho foi dividido em duas partes: a primeira cuida da análise dos fundamentos da responsabilidade civil, desde a vingança privada até a responsabilidade objetiva dos tempos atuais; a segunda parte diz respeito especificamente a alguns microssistemas jurídicos que dispensam a culpa para a imputação civil dos danos no ordenamento jurídico brasileiro. A análise, sempre que possível, é feita de forma comparativa com outros ordenamentos jurídicos que influenciaram o legislador de 2002, ou apenas possuem regramento parecido, mesmo que não haja uma relação de influência na legislação brasileira. Tais análises comparadas são feitas, sempre que possível, com base em doutrinas estrangeiras que analisam os textos legais dos respectivos países, de forma a se evitar interpretação do texto legal estrangeiro fora do contexto cultural e social daquele país.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Responsabilidade objetiva. Culpa. Código Civil. Direito do Consumidor. Direito Ambiental. Responsabilidade Civil do Estado. Dano nuclear.

ABSTRACT

Strict liability, the one that doesn't need a negligent act to impose the damage doer the obligation to pay the victim for the damages caused, is getting more and more important in the judiciary system, since the end of the 19th century. Especially after the Civil Code of 2002, the analysis of this kind of torts became even more relevant for the Brazilian Law system because of the several cases in which it is applied, including especially the adoption of this system as a general clause statement. Because of this necessity, the present work intends to study the strict liability, especially concerning its axiological foundations, that for long are beyond the original idea of risk, and some microsystems where this kind of liability is applied. To accomplish this result, the paper was divided in two parts: the first one is used to study the fundamentals of torts, since the private vengeance until the strict liability as we know nowadays; the second part is about some of the Microsystems that are not based on a negligent act to impose the damage doer the obligation to pay the victim for the damages caused in the Brazilian legal system. The study is done, as much as possible, in a comparative form with other foreign legislation. Some of them influenced the Brazilian legislator on the text of the 2002 Civil Code, but others just have a similar regulation on the matter, even if there is not any influence on Brazilian Civil Code. These comparative studies are done, as much as possible, based on foreign books that study local statutes, so we tried to avoid an interpretation of foreign legislation out of the country's cultural and social context.

Key-Words: Torts. Strict Liability. Negligence. Civil Code. Consumer Law. Environmental Law. State Liability. Nuclear Damages.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO _____	9
PRIMEIRA PARTE	
OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR E SEUS PRESSUPOSTOS AO LONGO DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL _____	13
1. Breve desenvolvimento histórico do instituto da responsabilidade civil ____	13
1.1. Vingança privada _____	14
1.2. Composição privada _____	16
1.3. Composição com intervenção do Estado _____	17
1.4. Lex Aquilia de Damno _____	18
2. Fase histórica em que a culpa foi instituída como elemento determinante para a imputação de responsabilidade _____	23
3. Desenvolvimento do instituto da responsabilidade objetiva _____	41
3.1. Desenvolvimento da eticidade e da socialidade como condicionantes do Direito Privado _____	41
3.2. Extensão da aplicação da responsabilidade objetiva como efeito da eticidade e da socialidade _____	51
3.2.1. Socialidade _____	71
3.2.2. Risco _____	77
3.2.3. Boa-fé _____	84
4. Fundamentos da responsabilidade civil no Brasil _____	91
SEGUNDA PARTE	
MICROSSISTEMAS JURÍDICOS DE IMPUTAÇÃO CIVIL POR RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO BRASIL _____	96
1. Código Civil _____	96
1.1. Abuso de Direito _____	97
1.2. Cláusula geral de responsabilidade pelo risco (art. 927, § único) ____	115
1.2.1. Atividade normalmente desenvolvida _____	125

1.2.2. Atividade que, por sua natureza, implica riscos aos direitos de outrem _____	130
1.3. Responsabilidade por fato de terceiro (art. 932 e art. 933) _____	134
1.3.1. Responsabilidade dos pais pelos filhos menores _____	143
1.3.2. Responsabilidade dos tutores e curadores pelos tutelados e curatelados _____	148
1.3.3. Responsabilidade dos empregadores e comitentes pelos atos dos empregados e prepostos _____	150
1.3.4. Responsabilidade dos donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos. _____	162
1.3.5 Responsabilidade dos que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime. _____	164
1.4. Responsabilidade por fato de animais (art. 936) _____	165
2. Responsabilidade Civil do Estado _____	178
3. Código de Defesa do Consumidor _____	199
4. Responsabilidade civil pelo dano ambiental _____	212
5. Exploração de atividade nuclear _____	225
CONCLUSÃO _____	235
BIBLIOGRAFIA _____	247

INTRODUÇÃO

Desde a revolução industrial o Estado liberal vem perdendo espaço para uma visão mais social da realidade. Especialmente o direito começou a ver tais mudanças com o início da preocupação com as condições de trabalho a que eram submetidos os empregados que, vindo das áreas rurais, se dispunha a trabalhar nas fábricas localizadas nas áreas urbanas européias do século XIX. Ao final daquele século – que, diga-se, começou pautado pelos ideais libertários decorrentes da Revolução Francesa – e ao longo de todo o século XX esta tendência de socialização do direito foi tomando forma e corpo, influenciando cada vez mais o direito¹.

Esta tendência tem especial destaque na esfera do direito privado, que sempre foi uma seara jurídica baseada eminentemente na autonomia da vontade, na liberdade de auto-determinação dos indivíduos. Uma preocupação coletiva decorre, na verdade, de uma imposição legal no sentido de limitar esta autonomia de vontade, em benefício de uma divisão mais igualitária e justa de oportunidades e vantagens.

Como aconteceu com o direito privado como um todo, a área da responsabilidade civil não poderia ficar isenta desta incidência dos novos

¹ A doutrina não ficou inerte a este movimento. Franz Wieacker inclusive faz expressa menção a esta tendência, ao afirmar que: “Tornou-se significativo da evolução do direito privado o fato de a solidariedade social não se ter circunscrito à limitação dos direito privados pelo direito público, mas ter também começado a insinuar-se através da jurisprudência, na concepção das relações contratuais intersubjetivas, dos direito patrimoniais e, sobretudo, do direito de propriedade, nas suas relações com outros particulares.” (*in: História do Direito privado moderno*. 3 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004, p. 719). Aproveitando a menção, deve-se destacar desde logo que, especialmente no tocante à responsabilidade civil, tema em análise, o papel da jurisprudência tem especial destaque, pois foi em razão principalmente das suas construções que se pôde observar os principais avanços nesta seara do direito.

tempos. Em razão desta preocupação – cuja origem também foi exatamente com as condições de trabalhos dos operários, especialmente em razão dos freqüentes acidentes ocorridos nas indústrias – começou a ser criticada a necessidade de se comprovar a culpa do causador do dano para imputar-lhe a obrigação de indenizar os prejuízos sofridos. Este movimento, que começou a ganhar força no final do século XIX, vem se firmando exatamente neste início de século XXI, após um tempo de maturação e assimilação no período intermediário a estes dois momentos.

No atual momento histórico, a responsabilidade objetiva, assim considerada aquela que acarreta ao causador do dano obrigação de indenizar sem a necessidade de comprovação ou mesmo presunção de culpa de sua parte, está ganhando cada vez mais relevância no ordenamento jurídico pátrio. Este fato decorre principalmente da evolução da sociedade, no sentido de buscar o bem estar social e os benefícios à coletividade em detrimento das vantagens individualmente consideradas e observadas. Tais valores inclusive compuseram algumas das diretrizes utilizadas pela comissão elaboradora do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) para pautar a elaboração deste corpo normativo.

Em razão da conjugação de todos os fatores ora mencionados, o Código Civil fez ampla utilização da responsabilidade objetiva, seja com a criação de dispositivos que não possuíam previsão no ordenamento jurídico anterior, seja com base na alteração dos requisitos para o manejo de situações já previstas anteriormente. Como exemplo da primeira situação é possível citar a introdução no ordenamento jurídico de uma cláusula de indenizar sem a

necessidade de análise da culpa do causador do dano, prevista no art. 927, parágrafo único do Código Civil. Em relação à segunda situação mencionada, vale observar a radical alteração legislativa entre o art. 1.527 do Código Civil de 1916 e o seu correspondente, o art. 936 da atual Codificação civil. Enquanto aquele previa a necessidade de comprovação da culpa do terceiro obrigado a indenizar os danos causados por determinadas pessoas, o dispositivo hoje vigente prevê que tal obrigação de indenizar prescinde do elemento culpa.

A relevância do presente trabalho, neste contexto histórico decorre principalmente da regulamentação trazida pelo Código Civil, por ser a mais recente. Entretanto, deve ser destacado que a obrigação de indenizar sem a análise da culpa do causador do dano já era e continua sendo prevista em vários microssistemas que se encontram tipificados fora do Código Civil, como é o caso da responsabilidade pelo fato do produto, imputado ao fornecedor de produtos ou serviços, por força do art. 12 e do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Estes microssistemas devem ser analisados, tanto sob o aspecto operacional, quanto sob o aspecto de fundamento, para que se identifique a razão que levou o legislador a optar, naquela situação, por dispensar a análise da culpa do causador do dano.

Diante da proposta ora apresentada, o presente trabalho se divide em duas partes: a primeira tem por objetivo fazer uma breve evolução histórica da responsabilidade civil, para, em seguida, fazer uma análise dos fundamentos da responsabilidade de acordo com a nova visão em relação ao direito; a segunda parte analisa de forma específica os microssistemas que adotam a

responsabilidade objetiva, de forma que se possa estudar em que circunstâncias e como são aplicadas as hipóteses de responsabilidade objetiva.

O primeiro capítulo da segunda parte trata especialmente de algumas hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no Código Civil. Nos capítulos seguintes são analisados alguns microssistemas específicos, que estão regulados fora do Código Civil. Em todos estes capítulos, o objetivo foi alcançar, dentre outras conclusões, o fundamento adotado pelo legislador para optar, naquele caso concreto, pela responsabilidade objetiva.

PRIMEIRA PARTE

OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR E SEUS PRESSUPOSTOS AO LONGO DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Breve desenvolvimento histórico do instituto da responsabilidade civil

Antes de se iniciar uma análise da teoria do risco, hoje o principal meio no ordenamento jurídico brasileiro para fins de imputação de responsabilidade civil, como tem o presente trabalho o objetivo de demonstrar, é importante se fazer um breve histórico sobre a evolução do instituto que deu fundamento à reparação ou indenização dos danos causados ao longo dos anos.

Tal evolução histórica visa, principalmente, demonstrar as diferentes conseqüências de um ato causador de danos e como os juristas ocidentais trataram este fato ao longo da história, para se analisar, ao final desta etapa, a relevância da culpa dentro deste contexto. Sem tal análise seria falha a demonstração da importância da teoria do risco e o seu impacto no pensamento jurídico do final do segundo milênio, uma vez que o mesmo tem como seu marco exatamente em prescindir do elemento culposos para fins de nascimento da obrigação de indenizar.

1.1. Vingança privada

De acordo com Flávia Lages de Castro², a pena de Talião, adotada, entre outros povos e sociedades antigas, pelo Código de Hammurabi e pelo Direito Hebraico, era não uma sanção determinada, mas sim uma idéia. Naquele período, quando alguém causava um dano a outrem o ofendido tinha direito a se vingar, na mesma proporção, contra o agressor. Daí vem o famoso brocardo “olho por olho, dente por dente”³, que demonstra claramente que o principal intuito era pagar ao ofensor com o mesmo mal por ele causado.

Jorge Bustamante Alsina⁴ nos traz uma ilustração muito gratificante desta situação afirmando que, “assim como a criança que bate na pedra em que tropeçou, o homem primitivo, diante de uma impressão de dor reagia involuntariamente movido por um sentimento de raiva contra a causa, mesmo inocente, deste sofrimento”⁵. Neste estágio inicial do instituto da responsabilidade civil, não importava a reparação do dano observado, mas sim uma forma de satisfazer o desejo de reação da vítima, nada mais.

² *História do Direito: Geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

³ De acordo com Flávia Lages de Castro (*Op Cit.*), a Torá, principal fonte normativa do Direito Hebraico, é composta principalmente pelos cinco primeiros livros da Bíblia (Gêneses, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio), que constituem o chamado Pentateuco. Como tais livros foram escritos no período histórico em que vigia a Lei ou Pena de Talião, há várias menções ao brocardo acima referido nos livros mencionados. Apenas a título de exemplo, podemos citar Êxodo 21:24; Levítico 24:20 e Deuteronômio 19:21. Sobre a Pena de Talião, a passagem de Levítico 24:17-23.

⁴ *Teoria general de la responsabilidad civil*. 9 ed, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 27.

⁵ Tradução livre do trecho original “Así como el niño golpea la piedra contra la cual ha tropezado, el hombre primitivo bajo la impresión del dolor reaccionaba involuntariamente movido por un sentimiento de cólera contra la causa de ese sufrimiento”.

Observa-se que, dentro do contexto histórico que está sendo analisado, não se fala em desorganização social, ausência de normatização jurídica, anarquia. Tal consequência era prevista em normas jurídicas, e não só aceita como desejada pela sociedade. Tanto é assim, ensina Alvino Lima⁶, que “o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou de excluí-la quando injustificável”.

Também é necessário ressaltar que, neste estágio, ainda há uma confusão entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, já que não se fala em indenização, reparação ou ressarcimento dos danos observados, mas apenas a imposição de um mal ao ofensor, com tripla finalidade. A vítima (esfera privada) tinha o seu desejo de vingança saciado, e a sociedade (esfera pública) impunha um mal ao ofensor para evitar que o este, diante do castigo, viesse a praticar novamente o mesmo ato, além de servir de exemplo aos demais membros da coletividade, para se evitasse nova prática com aquela.⁷

⁶ *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 21.

⁷ Alvino Lima (*Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 20 e 21) trata essas duas situações em momentos distintos: um, quando havia apenas a vingança privada por si só, sem normatização de tal conduta e, posteriormente, com a Lei de Talião, quando tal vingança passou a ser uma prática ratificada e promovida pela própria sociedade (poder público). No mesmo sentido, Giselda Hironaka (*in: Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 45-47). Preferimos tratar destes dois momentos como um só, tomando o início da escrita (e a idéia da Lei de Talião existe desde tal momento) como momento determinante da História do Direito, não podendo, entretanto, deixar de fazer menção à metodologia adotada pelos doutrinadores mencionados.

1.2. Composição privada⁸

Como ensina Jorge Bustamante Alsina⁹, a composição privada ou composição voluntária é a próxima fase desta evolução. Aqui se admite que o ofensor ofereça à vítima um valor a ser pago em dinheiro que sirva como compensação ao dano sofrido. Em caso de aceitação pela vítima, a mesma renuncia ao direito de impor o castigo ao ofensor. Esta fase possui tal denominação exatamente pelo fato de estar à disposição da vítima a escolha pela sua aceitação ou não. É uma relação jurídica entre os particulares, sem a intervenção do poder público.

É possível observar que tal valor tem função de pena privada (a sua própria denominação é de *poena*, etimologicamente a origem da palavra moderna “pena”), substitutiva da pena corpórea imposta ao ofensor. Utilizando conceitos modernos, é possível até mesmo se afirmar que esta seria uma hipótese de obrigação alternativa cuja escolha compete ao credor. Em razão do seu caráter

⁸ Para fins do presente trabalho, será mencionada a evolução histórica tomando-se por base as civilizações ocidentais, que inspiraram e influenciaram diretamente a maioria dos ordenamentos jurídicos europeus e o brasileiro. Vale citar, apenas a título de informação, lição da professora Giselda Hironaka (*Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 47-49), que cita o Código de Manu. O referido ordenamento jurídico é “a primeira codificação de leis e costumes hindus cronologicamente posterior ao Código de Hammurabi” e “representa a fundação de uma noção não violenta de compensação dos danos porque substitui a prática da vingança pessoal ou do talião (que evidentemente também esteve presente nas origens tribais das sociedades hindus) pelo pagamento de uma soma em dinheiro.” A referida autora ensina ainda que, neste ordenamento, a compensação do dano causado, feita por meio de pagamento de indenização ou de multa, em substituição a uma agressão dirigida ao ofensor, tem origem nos preceitos budistas adotados por aquela sociedade. O pagamento da compensação visa o restabelecimento da situação anterior, “a reordenação das coisas”, como prega os ensinamentos de Buda. Tal concepção é a que a mais se aproxima, naquele momento histórico, do que hoje entendemos por efeito da responsabilidade civil. Entretanto, como veremos, a evolução que deu ensejo aos ordenamentos ocidentais, inspirados pelo Direito Romano, foi bem mais lenta e só alcançou tal grau de evolução milhares de anos depois, em dado momento também inspirada por outra doutrina religiosa, o cristianismo.

⁹ *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9 ed, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 28.

privado, cabe às partes ajustar o valor, o montante de dinheiro a ser pago à vítima. Na falta de consenso, é cabível a imposição do mal ao ofensor.

1.3. Composição com intervenção do Estado

Com a edição da Lei das XII Tábuas, por volta de 450 a.C.¹⁰, houve a transição entre a composição voluntária (ou privada), feita entre os particulares, e a composição legal (ou estatal). A grande diferença destes dois momentos está exatamente no fato de que se retirou da vítima a autonomia para decidir sobre a aplicação do mal ou do pagamento do valor em dinheiro.

A partir deste momento, o poder público trouxe para si a aplicação da consequência do ato causador de dano, que seria o pagamento da *poena* por parte do ofensor, de acordo com o prejuízo observado. Isto porque havia, na Lei das XII Tábuas, uma pré-fixação do valor a ser pago de acordo com o dano causado, expressamente previsto. Para cada delito havia uma consequência correspondente, que deveria ser observada pelo julgador no momento de aplicação da *poena* ao ofensor. Era a chamada “composição tarifada”, posto que não cabia mais à vítima definir o *quantum* do valor, pois tal liquidação já estava prevista na própria norma.

¹⁰ Giselda Hironaka. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. In: *O Direito Civil no século XXI*. Coord. DINIZ, Maria Helena e LISBOA, Roberto Senise. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 216.

Não obstante tal evolução, a *poena* continua tendo finalidade de vingança, não de indenização ou reparação do dano sofrido. Giselda Hironaka¹¹ afirma, fazendo referência a Mazeaud-Tunc, que a referida lei “produziu a transição da composição voluntária para a composição legal sem, contudo, perder o viés de considerar a pena como o *preço da vingança*, distanciada ainda do modelo indenizatório. Costumam dizer os estudiosos que o direito romano não se livrou nunca dessa concepção vingativa da reparação dos danos”.¹²

1.4. Lex Aquilia de Damno

Entre os anos 250 a.C. e 300 a.C., foi editada a *Lex Aquilia de Damno*, que teve um papel fundamental na história da responsabilidade civil extracontratual. Tanto que, até hoje, este tipo de responsabilização é conhecida por responsabilidade aquiliana.

A referida norma era composta por três capítulos¹³: “O primeiro regulava o caso da morte dos escravos ou dos quadrúpedes, da espécie dos que pastam em rebanho; o segundo, o do dano causado por um credor acessório ao principal que faz abatimento da dívida com prejuízo do primeiro; o terceiro, o dano por

¹¹ Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. In: *O Direito Civil no século XXI*. Coord. DINIZ, Maria Helena e LISBOA, Roberto Senise. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 216.

¹² No mesmo sentido, Jorge Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9 ed, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 32: “La suma (*poena*) que constituye la composición legal sigue siendo en la ley de las Doce Tablas el precio de la venganza; es una pena privada. El derecho romano, tal como lo afirman MAZEAUD y TUNC, no llegará nunca a librarse completamente de esa idea; a hacer de la condena civil lo que es en la actualidad: una indemnización.”

¹³ Alvinio Lima. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 22.

ferimento causado aos escravos e animais visados no 1º capítulo e a destruição ou deterioração de todas as outras coisas corpóreas”¹⁴.

Como é possível observar, o que mais interessa para a presente análise é o terceiro capítulo, que o regulava o chamado *damnum iniuria datum*, justamente aquele que destacou esta nova legislação daquilo que vigia anteriormente.

Ora, a grande diferenciação da *Lex Aquilia Damno* é exatamente o fato de a mesma poder ser interpretada de forma ampla, o que consta do último capítulo. Todas as partes que compõem a norma tratam de casos concretos. Não obstante, quando a última faz menção a danos causados a animais, escravos e, principalmente, coisas corpóreas, abrange uma infinidade de possibilidades, podendo ser aplicada a diversos casos concretos.

Isso a difere da situação anterior quando, como já foi dito acima, a indenização era tarifada de acordo com o dano observado, criteriosamente descrito pela norma. Se houvesse um dano que não tivesse previsão legal, com sua recíproca tarifação, o mesmo não estaria passível de gerar ao ofensor a obrigação de pagar a *poena*.

¹⁴ Em relação a esta terceira parte da *Lex Aquilia*, é interessante citar um comentário feito pela professora Rosa Nery, ao afirmar que “nessa quadra da história releva nota que, se de um lado a *Lex Aquilia* (286 a.C.) foi representativa de um passo importante da evolução histórica do Direito, regulando a responsabilidade civil por danos, de outro ela se prestou para acanhar a situação jurídica dos escravos. Pelo sistema das XII *Tabulae* (Tab. II-IV), as lesões corporais sofridas pelo escravo eram consideradas como sofridas por um homem livre, uma lesão à personalidade, à integridade corporal (*iniuria*), havendo distinção apenas no que tangia à mensuração da pena. Com o advento da *Lex Aquilia*, dois séculos mais tarde, o escravo passou a ser considerado coisa, e nessa cadência a lesão que se lhe fosse infringida era considerada dano à coisa (*damnum iniuria datum*) (JÖRS-KUNKEL-WENGER. *Römisches Recht*, p. 66, nota 2)” (NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção)* – uma análise histórica e cultural. Tese de livre docência, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, p. 80.)

Para que se pudesse impor responsabilidade ao causador de um dano com base na Lex Aquilia era necessária a presença de três requisitos¹⁵. O primeiro deles é que a destruição ou a deterioração fosse de uma coisa corpórea (*corpus laesum*) e que o ato fosse praticado pelo corpo do ofensor, mesmo que com o uso de instrumento.

É o que se denominava um dano *corpore et corpori*. Por exemplo: se alguém matasse um escravo com golpes seria responsabilizado. Outro que o encarcerasse até que o escravo viesse a morrer de fome não seria obrigado a arcar com a *poena*, pois a destruição do mesmo não decorreu, de forma direta, de um ato do corpo do ofensor (*corpore*).

Este requisito passou a ser considerado menos relevante posteriormente, como ensina Alvino Lima¹⁶, ao afirmar que “o édito do pretor estendeu o âmbito da ação ainda quando o dano não fosse *corpore* e quando não fosse causado *corpori*, concedendo uma ação útil ao *damnum non corpore datum*, isto é, as ações *ad exemplum legis Aquiliae*”.

Menciona ainda o referido autor que, inicialmente, as ações somente eram dadas ao proprietário da coisa e que por influência da jurisprudência essa proteção também foi estendida a outros titulares de direitos reais, como possuidores ou detentores. Também foi aplicada uma interpretação extensiva quanto ao objeto tutelado, posto que passou a se tutelar também aos casos de ferimentos de homens livres, mesmo a lei fazendo referência expressa a coisa

¹⁵ Jorge Bustamente Alsina. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 9 ed, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pp. 34 e 35

¹⁶ *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 23.

ou escravo, assim como a coisas móveis ou destruição de atos instrumentários, como testamento ou caução, desde que fosse possível se provar o fato por outro meio.

Voltando aos ensinamentos de Jorge Bustamante Alsina, o segundo requisito é que o dano tenha decorrido de uma ação humana. A *Lex Aquilia* não comportava a responsabilização de alguém que agira por omissão. Isso decorre do fato de que, no Direito Romano, somente havia necessidade de ação em favor do outro no caso de já haver previamente uma relação jurídica entre as pessoas (no caso, entre devedor e credor).

A pré-existência de uma obrigação entre as partes, e somente ela, poderia criar uma obrigação de agir. Como a *Lex Aquilia* regulava o que hoje denominamos de responsabilidade civil extracontratual, ou seja, aquela decorrente não do inadimplemento de uma obrigação, mas sim do ato causador de dano a alguém que muitas vezes sequer se conhece, não se poderia obrigar o ofensor a agir em prol da vítima. Não havendo a obrigação prévia, não havia norma que determinasse a ação para se evitar o dano.

Por fim, o último requisito para a aplicação da norma em análise era que o ato praticado fosse sem direito ou escusa legal (*injúria*). Se o ofensor estivesse, por exemplo, em legítima defesa (reconhecida já àquela época), não poderia ser obrigado a pagar pelo dano causado, já que se encontrava em situação excepcional, sob uma escusa legal.

Este requisito é o que mais importa no presente estudo, pois é exatamente nele que se encontram a voluntariedade, a culpabilidade e a imputabilidade da conduta do agente, que passou a ser utilizado como fundamento da responsabilidade civil por ato ilícito (fundamentada na culpa). Como o presente estudo tem como objetivo analisar a teoria do risco, ou a possibilidade de responsabilização do ofensor mesmo que sem culpa de sua parte, esta contextualização histórica é relevante.

É bem verdade que alguns doutrinadores negaram a necessidade da culpa para que se caracterizasse o delito, nos limites de aplicação da *Lex Aquilia*¹⁷. Não obstante este entendimento contrário, que não parece ter sido o prevalente, vale ressaltar o posicionamento de Alvino Lima¹⁸, quando afirma, de forma categórica, que

Apesar de autoridades respeitáveis considerarem que na Lex Aquilia não se inseria o elemento anímico da culpa, as Institutas de Gaio consideram-no em termos claros: *In iniuria autem occidere intellegitur cuius dolo aut culpa occiderit; nec ulla lege damnum quod sine iniuria datur reprehenditur; itaque impunitus est qui sine culpa aut dolo malu casu quodam damnum committit* (Gaius, *Institutiones*, III, p. 211). Na tradução: "Matar injustamente significa matar com dolo ou culpa; nenhuma outra lei pune o dano causado sem injustiça; resta então sem punição quem, sem culpa nem dolo mau, comete um dano." Destacando a parte final do texto — *impunitus est qui sine culpa et dolo malu casu quodam damnum committit* —, conclui-se admitir que "o elemento subjetivo da culpa" foi introduzido "contra o objetivismo do direito primitivo"

¹⁷ Neste aspecto, como ressalta Alvino Lima (*Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 24-27), há uma divergência doutrinária quando à introdução da culpa por parte da própria *Lex Aquilia*. Menciona o autor que Girard, Gaston May, E. Cuq, Pirson et Villé, Contardo Ferrini, Ihering e Leonardo Colombo, dentre outros, eram defensores da tese de que a culpa era indispensável para a imputação de responsabilidade. Em sentido contrário, Emilio Betti, Mario Cozzi, Leon e Henri Mazeaud e Frederico Pezella, dentre outros, entendem que a culpa somente veio a ser inserida como requisito para a imputação de responsabilidade posteriormente, por meio da ação dos juristas ao aplicarem a norma. Daí decorreria o mencionado brocardo *in lege Aquilia et levissima culpa venit*.

¹⁸ *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 28.

Cumprido destacar que, quando se fala em prática de um ato sem direito ou escusa legal, não está sendo mencionado de forma exclusiva o ato doloso, intencional de causar dano. A própria história¹⁹ perenizou o brocardo *in lege Aquilia et levissima culpa venit*, que demonstrava a imputação de responsabilidade mesmo em caso de culpa leve.

2. Fase histórica em que a culpa foi instituída como elemento determinante para a imputação de responsabilidade

Tradicionalmente, no ensino jurídico, é traçada uma diferença entre o ato lícito e o ato ilícito. Na esfera da introdução ao estudo do Direito, é possível se dizer que ato lícito é aquele ato jurídico conforme o direito, de acordo com as normas jurídicas vigentes em determinado momento histórico. Em contraposição a este entendimento, o ato ilícito seria aquele ato contrário ao ordenamento jurídico.

Para o Direito Civil, o ato ilícito sempre foi tratado com uma qualificadora que não necessariamente precisava existir no sentido amplo de ilicitude, que é o dano a direito alheio em decorrência de uma ação ou omissão culposa. Para o Direito Civil, somente era considerado ilícito aquele contrário ao direito que causasse dano a outrem.

¹⁹ Neste aspecto, como ressalta Alvino Lima (*Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 24-27), há uma divergência doutrinária quando à introdução da culpa por parte da própria *Lex Aquilia*. Menciona o autor que Girard, Gaston May, E. Cuq, Pirson et Villé, Contardo Ferrini, Ihering e Leonardo Colombo, dentre outros, eram defensores da tese de que a culpa era indispensável para a imputação de responsabilidade. Em sentido contrário Emilio Betti, Mario Cozzi, Leon e Henri Mazeaud e Frederico Pezella, dentre outros, entendem que a culpa somente veio a ser inserida como requisito para a imputação de responsabilidade posteriormente, por meio da ação dos juristas ao aplicarem a norma. Daí decorreria o mencionado brocardo *in lege Aquilia et levissima culpa venit*.

Historicamente falando, desde o Código Civil de 1916, no seu art. 159²⁰, já foi adotada esta conceituação, qual seja, a culpa como elemento determinante para a definição de ato ilícito.

Tratando da elaboração daquela Codificação, a professora Rosa Nery²¹ informa que tal norma teve como fundamento o tratamento diferenciado entre pessoas de categorias jurídicas diferentes, como o particular e o comerciante; o particular e o produtor; o empregado e o empregador; e até mesmo o particular e outro particular. Partindo dessa diferença, fundada em aspectos econômicos, o Código Bevilacqua deu a cada um dos grupos tratamentos diferentes, conforme narra a autora:

a) Para o primeiro grupo (o grupo dos economicamente iguais), aplicou-se um sistema de direito com forte invocação por aquilo que se entendia por situações jurídicas inspiradas na conformidade dos chamados *estatutos regulamentares* (ROUBIER, *Droits subjectives*, p. 16/17), inclinada para o sistema da responsabilidade objetiva, da responsabilidade *ex-re* e por clara preservação do equilíbrio das prestações;

b) Para o segundo grupo (o grupo dos economicamente desiguais), destinou-se a interpretação jurídica a cumprir o papel teórico de aplicar ao negócio jurídico a visão canonística, com inclinação resolvida para o sistema da boa-fé subjetiva e para a análise única do momento da formação subjetiva do contrato, sem nenhuma preocupação com o substrato objetivo do vínculo negocial, como se a base objetiva e econômica do negócio realizado não tivesse importância para o negócio.

²⁰ A redação do dispositivo ora mencionado era a seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

²¹ *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) — uma análise histórica e cultural*. Tese de livre docência, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, p. 132-133.

O Código Civil atual trás, no seu art. 186, o conceito legal de ato ilícito²², utilizando-se do seguinte texto: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Diante deste conceito legal é possível concluir que o Código Civil atual, a exemplo do que fazia o art. 159 do Código Civil anterior, qualifica o ato ilícito com a consequência danosa, quando afirma ser aquele que “viola direito e causa dano a outrem”. Deste dano decorre a obrigação de indenizar (ora tratada como sinônimo de responsabilidade civil ou imputação civil dos danos) prevista nos artigos 927 e seguintes, alguns dos quais serão objeto de análise neste estudo mais à frente.

Prioritariamente, a análise do conceito legal ora transcrito tem como principal finalidade a abordagem do requisito de “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência” como requisitos do ato ilícito. Mais à frente será analisado também a outro aspecto curioso da definição legal acima transcrita.

No Direito Civil moderno, em regra, o vocábulo “culpa”, diferentemente do Direito Penal, não faz distinção entre culpa em sentido amplo e culpa em

²² É bem verdade que o art. 187 também prevê como ato ilícito o abuso de direito, com a seguinte redação: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Entretanto, o objetivo neste momento não é tratar do abuso de direito de forma específica, posto que este possui regramento, fundamento e consequências um tanto diversas do ato ilícito clássico, mas sim daquele conceito mais amplo e geral de ato ilícito, conforme previsto no art. 186. Oportunamente o instituto do abuso de direito será abordado de forma mais específica.

sentido estrito²³. Para o Direito Civil, e em especial para a teoria da responsabilidade civil, objeto do presente estudo, a conduta com intenção de causar o dano, ou aquela decorrente de uma atitude negligente, imprudente ou imperita, gera, em regra, exatamente a mesma conseqüência, qual seja, a obrigação de reparar o dano de acordo com a sua extensão, nos termos do art. 944^{24 25}.

Não obstante a identidade de conseqüência entre culpa e dolo, o elemento subjetivo, a forma como o causador do dano se porta diante do ato por ele praticado, historicamente, compõe elemento essencial da caracterização de ilicitude de determinado ato jurídico na esfera do direito civil.

²³ Antigamente, ainda se fazia menção ao delito e ao quase delito (como dispõe o capítulo II, do Título IV do Livro III do Código Civil Francês), no tocante às fontes de responsabilidade civil, que diziam respeito aos danos causados dolosamente e aqueles decorrentes de ato culposo *stricto sensu*, respectivamente.

²⁴ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

²⁵ Em matéria de responsabilidade contratual, o art. 403, ao afirmar que, “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”, ratifica o mesmo entendimento, de que, independentemente da conduta dolosa ou culposa do causador do dano (neste caso, o devedor), a conseqüência será a indenização do prejuízo observado. O Direito Civil não tem como finalidade primordial a punição do ato praticado, mas meramente a idéia de recomposição patrimonial da vítima (mesmo que seja ela um credor lesado pelo inadimplemento do devedor). É bem verdade que, na fixação da indenização de algumas hipóteses (como no caso do dano moral, por exemplo), a jurisprudência tem levado em consideração o chamado “caráter punitivo do dano moral”, que consiste na fixação da indenização, o grau de reprovação da conduta do causador do dano, de forma a desestimulá-lo a agir da mesma forma danosa novamente. Apenas a título de ilustração: “DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO STJ. SÚMULA 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” Em recurso especial somente é possível revisar a indenização por danos morais, quando o valor fixado nas instâncias locais for exageradamente alto ou baixo, a ponto de maltratar o ordenamento jurídico. Fora desses casos, incide a Súmula 7, a impedir o conhecimento do recurso. *A indenização deve ter conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima.*” (STJ, 3ª T., AgRg no Ag 933373/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 12/12/2007).

Neste sentido, se posiciona a doutrina tradicional. Renan Lotufo²⁶ comunga desse raciocínio, ao afirmar que:

Com isto, temos que a vontade deve integrar o conceito de ato ilícito. Temos, assim, mais um elemento na conformação do ato ilícito. Mas importa salientar que não se está referindo a uma vontade diretamente posta para o cometimento do ilícito, o que caracteriza o dolo, mas ao comportamento que visa outros objetivos, mas que, diante da negligência, imprudência ou imperícia com que se conduz o agente, o objetivo desejado não é alcançado, mas, sim, o ato que causa lesão a outrem.

(...)

Logo, de conformidade com a doutrina, se tem que o ato ilícito é a ação ou omissão (comportamento) de alguém, que, mediante culpa, viola norma jurídica e causa dano a outrem.

Maria Helena Diniz, ao definir ato ilícito no início do capítulo em que trata do referido assunto, afirma que o mesmo “é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano a outrem, criando o dever de reparar tal prejuízo (CC, arts. 927 e 944), seja ele moral ou patrimonial (Súmula 37 do STJ). Logo, produz efeito jurídico. Só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei”.²⁷

No mesmo sentido, Orlando Gomes²⁸ afirma que “ato ilícito é, assim, a ação ou omissão culposa com a qual se infringe direta, e imediatamente, um preceito jurídico do Direito Privado, causando-se dano a outrem”. Mais adiante, o mesmo autor, ao explicar sua definição de ato ilícito, observa que o este possui os seguintes elementos para sua caracterização: a) ação ou omissão de

²⁶ *Curso avançado de Direito Civil*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1, p. 265.

²⁷ *Curso de Direito Civil Brasileiro — 1. Teoria Geral do Direito civil*. 24 ed., São Paulo: Saraiva, V. 1, p. 546.

²⁸ *Introdução ao Direito Civil*. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 438.

alguém; b) culpa do agente; c) violação de norma jurídica de Direito Privado; e, d); dano a outrem.

Também não é diferente a lição de Carlos Roberto Gonçalves, que ressalta ser o ato ilícito aquele “praticado com infração de um dever de conduta, por meio de ação ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta danos para outrem.”²⁹

Como se pode observar com base na redação do já transcrito art. 186 do Código Civil, não há como se negar que a culpa é elemento essencial do conceito tradicional de ato ilícito na esfera do direito civil. Este entendimento é comungado pela doutrina e por boa parte da jurisprudência, que fazem uma interpretação clássica e gramatical do referido dispositivo legal. Na verdade, essa linha de raciocínio é tradicional e tem como fundamento a idéia de imputabilidade, de consciência do agente quanto à ilicitude do ato que está sendo praticado.

Inclusive, uma das grandes discussões era exatamente quanto à questão da imputação de responsabilidade aos incapazes. Ora, por definição, o Direito Civil considera incapaz, basicamente, a pessoa que não possui discernimento, a consciência suficiente para a prática dos atos da vida civil. Em razão desta deficiência, o incapaz não poderia ser responsabilizado pelos danos por si causados, por lhe faltar a aptidão para reconhecer no seu ato a imoralidade, a ilicitude.

²⁹ *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 445.

Sendo indubitável que a culpa, nesta linha de raciocínio, é elemento inerente ao conceito de ato ilícito, resta demonstrar a sua relevância para a caracterização da responsabilidade civil, que, como já foi dito, neste momento será mencionada como sinônimo da obrigação de indenizar, sem que se faça uma análise mais detalhada de eventual distinção ou precisão terminológica, por não ser o objeto primordial de estudo no presente contexto.

O Código Civil de 2002, ao tratar da obrigação de indenizar decorrente de ato ilícito, o fez em local diverso do conceito deste, trazendo uma inovação topográfica em relação ao primeiro Código Civil Brasileiro, vigente até janeiro de 2003, que, no próprio art. 159, definia ato ilícito e previa sua consequência, ou seja, a obrigação do causador do dano de indenizar a vítima.

Conforme se concluiu acima, o art. 186 traz o conceito de ato ilícito, definindo-o, em poucas palavras, como ato (omissivo ou comissivo) culposo que cause dano a outrem. O art. 927 traz a obrigação de indenizar em razão deste ato ilícito, nos seguintes termos: *Art. 927 — Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Ao inserir no próprio texto do art. 927 a menção expressa ao art. 186, o Código Civil apenas deixa clara a necessidade de se analisar a culpa do causador do dano para se exigir a reparação, mesmo que se considere a hipótese de presunção da culpa em casos específicos, seja por força de lei, seja por interpretação jurisprudencial.

Com base nessa premissa, pode-se afirmar que, em regra³⁰, o Código Civil adotou a teoria da culpa como base da responsabilidade civil, apesar de haver alguns casos em que, por força do mesmo Código, ou mesmo por força de outras normas não codificadas, será aplicada a chamada responsabilidade objetiva, como será analisado no momento oportuno.

Tal escolha legislativa se justifica em razão da tradição brasileira, fundada no direito romano, conforme foi mencionado no capítulo anterior. A idéia da *poena* tem até hoje seus resquícios, somente sendo imputável a obrigação de indenizar àquela pessoa que sabia estar agindo contrariamente ao direito, mesmo que não tivesse intenção de causar o prejuízo.

Na imputação civil dos danos com base no elemento psicológico, na moral, na possibilidade de discernimento entre certo e errado por parte do causador do dano que, mesmo tendo tal conhecimento, age contrário aos seus ditames, causando dano a outrem.

José de Aguiar Dias³¹ ressalta a origem desta tendência, que marcou não apenas o Código Civil Brasileiro, mas praticamente toda a legislação civil ocidental do século XX, citando Marton:

O fenômeno tem uma explicação histórica contida no fato de que a ciência do direito se inspira no direito romano, onde a responsabilidade extracontratual nunca foi um problema. A imposição do ressarcimento sempre teve caráter

³⁰ Novamente deve ser feita a ressalva de que, até o presente momento, o trabalho se presta apenas a analisar o conceito tradicional de ato ilícito, conforme previsão inscrita no art. 186 do Código Civil. Tal explicação se faz relevante porque o mesmo diploma legal alça o abuso de direito à categoria de ato ilícito e, conforme será abordado adiante, tal instituto tem requisitos, análise e conseqüências diversas do ato ilícito conceituado pelo art. 186.

³¹ *Da Responsabilidade Civil*. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. I, p. 55.

penal: delito e reparação se identificavam de tal modo que a ação aquiliana era a única via judiciária por que se podiam estabelecer as obrigações de um e outro caráter.

Mais à frente, o referido doutrinador afirma que, apesar de os ordenamentos jurídicos modernos fazerem a dissociação entre as esferas civil e penal decorrentes do ato danoso, a raiz fundamental continuou sendo a mesma. Qual seja: a culpabilidade do agente causador do dano.

A opção feita pelo legislador é até certo ponto compreensível, vez que inúmeras hipóteses de danos causados decorrem desta conduta culpável (imprudente, negligente, imperita ou voluntária) por parte do agente. Parece acertado o entendimento de que, não havendo um aumento da ameaça aos direitos dos demais membros da sociedade, um agravamento do risco ou qualquer outro fundamento que justifique a imputação civil dos danos independentemente da consciência do agente, o critério de responsabilização civil pelos danos causados deve estar fundado, em regra, realmente na culpa em sentido amplo.

Não obstante, como se passa a demonstrar, este critério não se mostrou socialmente satisfatório como única hipótese de responsabilização do causador dos danos, como ocorria no final do século XIX.

Com a evolução da sociedade, principalmente ao longo do século XX, ficou claro que a culpa como condicionante essencial da imputação civil dos danos passou a ser inviável diante da complexidade decorrente da urbanização das sociedades.

Com o desenvolvimento das indústrias, um grande contingente populacional abandonou as áreas rurais e migrou para as cidades. Em decorrência deste fato, as relações sociais se tornaram mais intensas e mais complexas, à medida que a densidade populacional foi aumentando, em decorrência do fenômeno antes descrito.

Também o desenvolvimento das máquinas, tanto nas indústrias quanto aquelas que passaram a se incorporar ao dia-a-dia das pessoas, como os veículos automotores, por exemplo, gerou um incremento no perigo de se viver em uma sociedade em início de urbanização.

Eram comuns os acidentes de trabalho (fosse por causa da falta de segurança das máquinas, fosse em razão da estafante jornada de trabalho imposta aos operários da indústrias). Também se tornavam cada vez mais freqüentes os acidentes causados por veículos automotores, que se popularizaram no início do século passado.

Em razão principalmente destes fatos, a jurisprudência e a doutrina começaram a observar que a idéia de responsabilidade fundada na culpa não mais atendia aos anseios desta nova sociedade que começava a se desenhar, como foi dito ao final do capítulo anterior. Fez-se necessária a busca por novas hipóteses de atribuição de responsabilidade, sem que fosse necessário que a vítima fosse obrigada a comprovar sua culpa.

Guido Alpa e Mario Bessone³² demonstram essa necessidade, deixando claro que este estágio da evolução da teoria da responsabilidade civil ocorreu em todo o mundo praticamente no mesmo momento histórico (final do século XIX e início do século XX)

Sul finire del secolo XIX se accreditano principi di responsabilità alternativi rispetto a quelli tradizionali della colpa e del dolo. Le ragioni che muovono dottrina e giurisprudenza – quaise in ogni paese – ad ammettere che, accanto alla colpa, si possano individuare altri criteri di imputazione della responsabilità, sono molteplici. *In primo luogo*, risulta chiaro che un sistema nel quale solo i danni arrecati colpevolmente (o con l'intenzione) sono risarcibili non è assolutamente idoneo a predisporre meccanismi di risarcimento in grado di soddisfare esigenze <<sociali>> che se vengono affermando. Le regole dei codici, improntate ad una disciplina dell'illecito costruita per economie essenzialmente agricole (e si è sottolineato come l'esiguo numero delle regole del *Code Civil* e del codice italiano unitario rispecchino i rapporti economici de una società paleo-industriale) non sono più al passo con i tempo. *In secondo luogo*, iniziando in quel periodo la seconda fase della rivoluzione industriale, non è necessario proteggere le imprese da costi aggiuntivi dovuti ai danni propagati, dal momento che il grado di evoluzione raggiunto consente ad esse di sopportarli. *In terzo luogo* è lo stesso approfondimento dei problemi della responsabilità civile che porta la dottrina ad identificare ipotesi di responsabilità senza colpa tutte le volte in cui nei codici, o in giurisprudenza, se fa uso di finzioni, di tecniche interpretative, di argomentazioni che si basano su presunzioni assolute di colpa.

A imposição para que a vítima comprovasse a culpa do causador do dano, a fim de obter a indenização, passou a criar enormes dificuldades, gerando uma grande quantidade de situações em que o ressarcimento se tornaria praticamente impossível em razão deste ônus probatório. Não obstante, a tecnologia jurídica daquele momento histórico ainda não permitia o rompimento com o dogma da culpa.

Em razão desta dualidade, entre a teoria clássica fundada na culpa provada e a necessidade de satisfação aos anseios sociais em relação à possibilidade de

³² ALPA, Guido e BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. 3 ed., Milão: Giuffrè, 2001, p. 115.

reparação dos danos observados, a doutrina e a jurisprudência, principalmente na França, passaram a desenvolver métodos que tinham como objetivo principal conciliar estes dois objetivos: manter o tradicional fundamento da imputação civil dos danos e dar à sociedade instrumentos de reparação que se mostrassem satisfatórios.

Josserand³³ menciona que

O problema foi abordado pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência, de diferentes lados; de todos, o assalto foi dirigido contra a antiga regra: não há responsabilidade sem culpa provada. Os processos empregados para vencer essa luta, para dar mais ar e mais amplitude à teoria da responsabilidade são numerosos e variados; *mas gravitam todos em torno da noção de culpa aquiliana; prendem-se todos a esse venerável bastião erguido pelos juristas da Roma antiga*; a jurisprudência, notadamente, pôs, de algum modo, a culpa aquiliana em tela, submeteu-a a um duro tratamento, ora estirando-a em excesso, ora encolhendo-a, adelgaçando-a a seu gosto e chegando mesmo até a fazê-la volatilizar-se. Infligiu-lhe, assim, o suplício do leito de Procusto.

Alvino Lima³⁴ aponta um breve resumo dos princípios destes processos mencionados por Josserand, que tiveram como objetivo dar uma satisfação à sociedade, sem abandonar a idéia clássica de culpa provada³⁵.

Primeiramente, se deu ensejo às presunções de culpa³⁶. Em diversas hipóteses, foi considerada presumida a culpa do causador do dano em

³³ *Evolução da responsabilidade civil*. Revista Forense, 1941 (junho), p. 551.

³⁴ *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 79-112. Por uma questão metodológica, serão analisadas, neste trabalho, apenas as teorias trazidas pelo referido autor, sem prejuízo da relevância de outras eventualmente demonstradas por outros doutrinadores.

³⁵ Essa era a intenção inicial dos seus criadores, não obstante a constatação, conforme será demonstrado da evolução do texto, de que em algumas dessas teorias fica evidenciada a responsabilidade objetiva. Entretanto, seus autores sempre as fundaram na culpa, mesmo que, em termos lógicos, esta afirmação ficasse difícil de sustentar diante das premissas de alguns um dos institutos sob análise.

³⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 79-85.

determinadas situações, normalmente previstas na própria legislação. Em regra, estas presunções tinham caráter relativo, ou seja, eram *juris tantum*. Em alguns momentos, até se interpretou algumas delas como sendo presunções absolutas.

Entretanto, estas interpretações em regra acabaram sendo rechaçadas, pois presumir-se a culpa do causador do dano sem lhe deixar, como forma de exclusão da responsabilidade, a prova da ausência de culpa, equivale a se adotar a responsabilidade objetiva, afastando-se completamente da teoria clássica, baseada na culpa.

Estas presunções de culpa tiveram maior relevância nos casos de responsabilidades complexas, com aquelas decorrentes de fatos de outrem ou de fato das coisas. Ficaram célebres as expressões latinas da culpa *in vigilando*, culpa *in eligendo* (no que dizem respeito à responsabilidade por fato de terceiro) e culpa *in custodiendo* (no tocante à responsabilidade por fato de coisas). Normalmente, este tipo de culpa era presumida *juris tantum*, tendo sido, inclusive, a forma adotada pelo Código Civil de 1916, conforme será abordado oportunamente.

A segunda teoria mencionada por Alvinio Lima é a teoria da culpa na guarda das coisas^{37 38}. Esta teoria consiste em afirmar que o homem é legalmente

³⁷ *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 85-96.

³⁸ Vale ressaltar, como faz o próprio autor, que, “para uns, a responsabilidade é subjetiva, repousando na culpa; para outros, a responsabilidade é objetiva, decorrendo ou do risco criado, do poder saber a coisa ou de uma obrigação de segurança. No presente parágrafo, só nos interessa apreciar o conceito de culpa na guarda, a fim de demonstrar que tal conceito se afasta de noção clássica já referida” (LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 86). No momento oportuno, será analisada especificamente a responsabilidade pelo

obrigado à guarda das coisas, de molde a ter o controle absoluto das mesmas, impedindo que causem dano a outrem. A culpa na guarda se caracteriza pela perda deste controle.

Não se analisa a negligência ou a imperícia na perda da guarda, mas a própria perda em si. Como é possível concluir, esta teoria tem muita proximidade com a teoria objetiva, fundada no risco, principalmente quando se fala de coisas potencialmente perigosas, como veículos automotores e animais. A prova da não culpa (comprovando-se uma conduta normal e diligente ou mesmo a falta de imputabilidade moral) não exime da obrigação de indenizar a pessoa que detinha a guarda da coisa.

Também se desenvolveu, ao longo da primeira metade do século XX, a teoria da culpa anterior³⁹, que se referia à responsabilidade dos “alienados em geral”. Como lhes falta a consciência da ilicitude do ato por eles praticados, os mesmos não poderiam ser responsabilizados a indenizar os danos deles decorrentes.

Para evitar que a vítima suportasse o prejuízo decorrente do dano injusto, se sustentou a possibilidade de se analisar a eventual culpa no fato que deu ensejo à incapacidade, principalmente se ela tinha caráter transitório, como no caso de abuso voluntário de substâncias entorpecentes, como o álcool, por exemplo.

fato de animais, inclusive com sua evolução histórica, e será demonstrado que o entendimento atual tem forte influência da teoria ora em análise.

³⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 96-98.

É interessante notar que algumas legislações adotam atualmente esta teoria de forma expressa, como é o caso, a título de exemplo, do art. 1.070 do Código Civil Argentino⁴⁰, o art. 2.046 do Código Civil Italiano⁴¹ e do art. 827 do BGB alemão⁴².

Também merece menção a chamada teoria da culpa desconhecida⁴³, que consiste na imputação de responsabilidade ao distribuidor de energia elétrica na hipótese de um acidente na corrente elétrica, nos casos em que não se consiga detectar a sua causa.

Presume-se, *juris et de jure*, que o distribuidor de energia tenha agido com culpa em algum momento do processo de fornecimento. Curioso é notar que, neste caso, sequer se sabe se há nexos causal entre uma ação ou omissão do distribuidor e o dano observado pela vítima.

⁴⁰ Art.1070.- No se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio; ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probare que ésta fue involuntaria.

⁴¹ Art. 2046 Imputabilità del fatto dannoso: Non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso (Cod. Pen. 85 e seguenti), a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa.

⁴² § 827 Ausschluss und Minderung der Verantwortlichkeit Wer im Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem anderen Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich. Hat er sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen Schaden, den er in diesem Zustand widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand geraten ist. Na tradução para a língua inglesa: Section 827 Exclusion and reduction of responsibility" A person who, in a state of unconsciousness or in a state of pathological mental disturbance precluding free exercise of will, inflicts damage on another person is not responsible for such damage. If he has temporarily induced such a state in himself with alcoholic beverages or similar means, he is then responsible for damage that he unlawfully causes in this state as if he were responsible because of negligence; responsibility does not ensue if he came into this state without fault.

⁴³ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 98-99.

Pelo mero fato de estar na posição de distribuidor de energia, o mesmo deve arcar com eventual dano decorrente da rede elétrica. Esta figura tem clara semelhança com a teoria do risco, que será objeto de análise à frente. Entretanto, como se demonstra neste momento, ela tenta se fundar na idéia clássica de culpa, por mais deturpada que acabe se mostrando.

Outra fonte interessante de teorias criadas com base na culpa com a finalidade de minimizar os efeitos desta são aquelas para sustentar a idéia de culpa na responsabilidade entre vizinhos⁴⁴. A relação de vizinhança é uma natural geradora de perturbações em decorrência da proximidade entre as propriedades.

Essa situação passa a ter maior relevância num ambiente urbanizado, onde a proximidade é ainda maior do que nas propriedades rurais e a aglomeração de pessoas e propriedades gera uma quantidade maior de vizinhos (mais próximos).

Os irmãos Mazeaud⁴⁵ vêem o fundamento da responsabilidade, no caso das perturbações de vizinhança no excesso do dano, num atentado grave e sério ao direito do vizinho. Afirmam que, como um indivíduo avisado não ultrapassa os limites das perturbações normais, há culpa dele pelo mero excesso destes limites.

⁴⁴ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 99-108.

⁴⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 101.

Ressalta-se que, neste ponto de vista, o que define a responsabilidade é a quantidade do dano. Um dano de pequena monta é normal em uma relação de vizinhança. Um dano mais considerável, este sim, gera a presunção da culpa e a conseqüente obrigação de indenizar, que estaria sujeita, portanto, não à análise da conduta do agente ou do seu aspecto psicológico (que caracterizam a culpa), mas sim do seu resultado: um dano excessivo ao que seria esperado em uma relação ordinária de vizinhança. O elemento de imputabilidade moral é inteiramente afastado da imputação civil dos danos.

Maurice Picard⁴⁶ traz à tona outra teoria. Ela está fundada no fato de que, como é normal algum dano entre os vizinhos, a culpa estaria presente na hipótese de que um incômodo excepcional não viesse acompanhado de uma indenização de espontânea vontade.

Sob este aspecto, a utilização da propriedade acompanha, ordinariamente, a obrigação de indenizar os danos observados pelos vizinhos. A culpa e, portanto, a responsabilidade (aqui no sentido principal de exigibilidade do crédito), estariam fundadas na não reparação dos danos causados. É interessante notar, nesta teoria, que a responsabilidade não surgiria da ocorrência do dano, mas sim na negação da sua reparação.

Por fim, ainda tratando-se do tema da culpa na responsabilidade decorrente das relações de vizinhança, Paul Leyat⁴⁷ afirma que a mesma tem características próprias. A culpa nas relações de vizinhança é a chamada culpa

⁴⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 104.

⁴⁷ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 108.

da *immissio*, ou seja, da usurpação do direito de propriedade vizinha pela emissão de qualquer coisa que lhe possa causar dano.

A culpa surge pelo mero fato da emissão, sem que se analise, novamente, o aspecto psicológico ou mesmo o comportamento do causador do dano. Mais uma vez, é possível se concluir que, apesar de se dizerem fundadas na culpa clássica, tais teorias se mostram, em verdade, bem próximas da responsabilidade objetiva.

Ainda na análise das teorias fundadas na culpa, mas com a intenção de facilitar a indenização da vítima, temos a teoria da culpa coletiva⁴⁸. Esta teoria se caracteriza pela responsabilidade das pessoas que praticam atos simultâneos e comuns (como uma caçada em grupo, por exemplo) e que tenham acarretado um dano.

A culpa coletiva consiste em ter participado da atividade comum, criando aquela situação de impossibilidade de prova da autoria do dano. A simples atividade material de cada componente do grupo configura a existência da culpa, sem se indagar das condições subjetivas da conduta de cada componente do grupo, comparando a sua ação à do *bonus pater familias*.

Em síntese, como se observou na evolução da sociedade eminentemente rural do início do século XIX para uma sociedade urbano-industrializada, o final daquele período histórico criou diversos riscos que os homens desconheciam até então. Esta nova realidade social foi determinante para que os juristas

⁴⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 108-112.

vissem a necessidade de providenciar novas alternativas para a solução dos problemas relativos à responsabilidade civil.

Inicialmente, estas alternativas passavam pelas teorias acima mencionadas, cujo objetivo comum era minimizar a relevância da culpa do causador do dano, sem, entretanto, abandonar a sua essencialidade para a imputação da obrigação de indenizar. Naturalmente, como será demonstrado adiante, quando tais teorias não mais se mostravam satisfatórias, algumas até mesmo por não se sustentarem logicamente em razão de uma pseudo-ligação com o critério da culpa, o desenvolvimento da jurisprudência e da doutrina foi no sentido de desprezar a culpa como requisito para a imputação civil dos danos em alguns casos. Tais hipóteses eram exatamente fundadas no risco decorrente da nova realidade social que se mostrava inevitável.

3. Desenvolvimento do instituto da responsabilidade objetiva

3.1. Desenvolvimento da eticidade e da socialidade como condicionantes do Direito Privado

A evolução da sociedade, principalmente no período do pós-Segunda Guerra, implicou em uma alteração na relação desta com o Estado. O liberalismo, que se mostrou mais claro na esfera econômica, pautado pela não intervenção do Estado nas relações de natureza privada, cedeu lugar à visão de socialidade.

Esta estava pautada pela preocupação, tanto do Estado quanto da própria sociedade, não com o indivíduo isoladamente considerado, mas sim inserido

em um grupo social, cujos benefícios acabam se revertendo em benefícios individuais de cada um dos seus membros.

Até mesmo a área típica do liberalismo, que é a autonomia de auto-regulamentação dos particulares, sofreu influência desta nova realidade social. Pietro Perlingieri⁴⁹ explica que “os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém, encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis.”

Este processo de ético-humanização, nos dizeres de Roger Silva Aguiar⁵⁰, gera uma preocupação para a percepção da pessoa humana e de sua forma coletiva — a sociedade — como as verdadeiras razões da existência de qualquer sistema jurídico. Em razão desta premissa, continua o autor, “a norma deve resguardar e fomentar aquilo que torna a sociedade um ambiente coeso de homens, próprio para o desenvolvimento de cada pessoa em toda a sua extensão; em outras palavras, a socialidade.”

É neste contexto social, onde se privilegia o ser humano sobre o patrimônio, que o Código Civil vigente é elaborado. Como não podia deixar de ser, já que as normas são reflexos da sociedade que elas visam regular, este Codex sofreu forte influência deste novo contexto social, rompendo alguns paradigmas em relação à codificação anterior, que refletia os valores vigentes ao tempo da sua elaboração.

⁴⁹ *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 19.

⁵⁰ *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 7-8.

Sobre esta evolução, e o reflexo deste processo no ambiente normativo, é possível se fazer um paralelo⁵¹ interessante em relação ao tratamento dispensado às mesmas situações no ambiente liberal em que estava inserido o Código Civil de 1916 e no ambiente social em que foi gerado o Código Civil atual.

Sob o ponto de vista liberal:

No Direito de Família, desfrutavam da condição de filho tão-somente aqueles concebidos à luz do matrimônio, para que o patrimônio não fosse pulverizado através de relações espúrias; no direito das sucessões, herdavam apenas os filhos legítimos, para que patrimônio não viesse a ser dissipado fora da família; no direito contratual, vigoravam a autonomia da vontade, para que todos fossem livres para contratar, e o *pacta sunt servanda*, para que, uma vez contratado, o ajuste obrigasse os contratantes, protegendo assim o capital empregado no negócio; e, por fim, nos direitos reais, a propriedade era tomada como um direito absoluto.⁵²

No ambiente social gerador do Código Civil atual:

A família transbordou, por assim dizer, os limites da “legitimidade”, repelindo qualquer discriminação, por exemplo, quanto à figura do filho; o contrato passou a ser visto à luz da boa-fé e de sua função social; também a propriedade, conforme dito acima, assumiu uma dimensão absolutamente diferente daquela projetada nos Códigos oitocentistas, sendo vista hoje pela lente da função social. O homem e sua respectiva extensão — a sociedade — tornaram-se o norte da bússola colocada nas mãos dos juristas.

Tratando principalmente sobre “a superveniência de uma nova conformação constitucional dos ordenamentos jurídicos ocidentais”, por volta da metade do

⁵¹ AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Altas, 2007, p. 71.

⁵² Obviamente, no Código Civil atual, na esfera contratual, ainda vigem os princípios da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*, entretanto mitigados pela função social do contrato e pela boa-fé. Certamente, a intenção do autor era fazer um paralelo entre o momento atual, com tais limitações, e o anterior, quando estes valores eram consagrados como ilimitados e intangíveis. No mesmo sentido quando o autor faz referência à propriedade como direito absoluto.

século XX, onde se privilegia a dignidade da pessoa humana como valor básico da ordem constitucional e estatal, Cláudio Luiz Bueno de Godoy⁵³ afirma que “o ordenamento se volta à preservação de valores, de escolhas axiológicas diversas, essencialmente consubstanciadas na dignidade humana, no solidarismo e na justiça da relação entre as pessoas.”

Feita a contextualização social, é possível ser afirmar o Código Civil atual foi elaborado com base em três princípios que regeram toda a sua estrutura: a socialidade, a eticidade e a operabilidade. Destes três⁵⁴, se mostram especialmente interessantes para o estudo do tema sob cotejo os dois primeiros, os quais passam a ser analisados.

Miguel Reale⁵⁵ denomina por socialidade o caráter do Código de dar mais ênfase ao interesse coletivo em detrimento dos interesses individuais “sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.” Em razão desta diretriz, foram codificados valores como a função social dos contratos (art. 422) e a função social da propriedade (art. 1.228, § 1º), que, anteriormente, eram mencionados pela doutrina ou mesmo pela Constituição Federal⁵⁶ (como é o

⁵³ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002.* Tese de livre docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 31.

⁵⁴ Conforme ensina Miguel Reale (*Visão geral do projeto do Código Civil. In: <http://www.miguelreale.com.br>. Acessado em 4 de fevereiro de 2008.*), a operabilidade consiste em dar realizabilidade ao direito, facilitar sua aplicação prática. A comissão elaboradora do Código se preocupou em esclarecer, dentro do que era conveniente fazê-lo na linguagem normativa, dúvidas sobre institutos jurídicos que geravam controvérsias tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial.

⁵⁵ REALE, Miguel. *Visão geral do projeto do Código Civil. In: <http://www.miguelreale.com.br>. Acessado em 04 de fevereiro de 2008.*

⁵⁶ Vale ressaltar, neste momento, a existência e a importância da corrente doutrinária denominada “Direito Civil-Constitucional”, que vem ganhando força neste início de século XXI. Em pouquíssimas palavras, esta corrente afirma que as normas de direito privado devem ser lidas, interpretadas e aplicadas em consonância com os valores inseridos na Constituição Federal. Este posicionamento doutrinário começou a ser criado com a promulgação da Constituição de

caso da função social da propriedade). A socialidade⁵⁷ levou em consideração a emancipação da mulher em relação ao ordenamento anterior, e demais conquistas sociais observadas ao longo do século passado, conforme já foi sucintamente demonstrado acima.

A socialidade talvez seja a principal característica do novo modo de se expressar do ordenamento jurídico típico deste início de século XXI. É até em razão da sua importância que Rosa Nery⁵⁸ afirma: “É no princípio da solidariedade que devemos buscar inspiração para a vocação social do direito, para a identificação do sentido prático do que seja funcionalização dos direitos

1988, que trouxe em seu bojo algumas normas relativas a relações de direito privado, como família e propriedade. Inicialmente, a discussão se limitava à receptividade ou não de determinadas normas do Código Civil pelo novo ordenamento constitucional. Posteriormente, esta simbiose passou a ser entendida no sentido de que, sendo a Constituição Federal a norma fundamental de todo o ordenamento jurídico brasileiro, não poderia haver conflito entre aquela e uma norma infraconstitucional. Além disso, estas normas ordinárias deveriam ser interpretadas de acordo com a “Carta Política” (que alguns até mesmo afirmam deixar de ter tal característica única). Este ponto de vista tem como sua principal característica ressaltar o óbvio: que o Código Civil não é nada além de uma lei ordinária, hierarquicamente subordinada à Constituição Federal. A idéia de “Constituição do direito privado” ou “Constituição do homem comum”, por muito tempo deu a impressão de que o Código Civil teria autonomia própria dentro do ordenamento jurídico, como uma supernorma. Dentre os principais defensores e propagadores deste novo pensamento, podemos citar os juristas da Universidade Estadual do Rio de Janeiro — tendo como seus principais expoentes Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes —, Renan Lotufo, Rosa Nery, Ruy Geraldo Camargo Vianna e Judith Martins-Costa, dentre outros.

⁵⁷ No contexto do presente trabalho, “socialidade” e “solidariedade” serão tratadas como sinônimos, em termos de conteúdo. Este é normalmente mencionado ao se fazer referência à redação do art. 3º, I da Constituição Federal, em que se determina que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — construir uma sociedade livre, justa e solidária.” Aquele é principalmente usado por Miguel Reale para definir uma das diretrizes em que se pautaram a elaboração do Código Civil vigente. A sinonímia dos termos parece ser também o entendimento de Nelson e Rosa Nery quando, ao comentarem o art. 421 do Código Civil — que trata função social do contrato — afirmam, no comentário de número 7, que “a cláusula geral da função social do contrato é decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa” (*in: Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 378). Mais à frente, no comentário de número 11 ao mesmo dispositivo legal, os referidos doutrinadores afirmam: “Essa é apenas uma das consequências da nova socialidade do contrato” (*in: Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 379).

⁵⁸ *Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado*. Revista de Direito Privado, v. 17, 2004, pp. 70.

e para a compreensão do que pode ser considerado parificação e pacificação social.”

Sobre a relevância do conceito de solidariedade para o direito, Paulo Lôbo⁵⁹ deixa claro que este fato se deve primordialmente à norma constitucional, ao afirmar que “a solidariedade, no direito brasileiro, apenas após a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico; antes, era concebida como dever moral, ou expressão de piedade, ou virtude ético-teologal”.

Já a eticidade tem como sua principal característica priorizar os valores éticos dos indivíduos⁶⁰, louvando o comportamento probo e rechaçando os interesses excessivamente egoístas, baseados no prejuízo alheio. A forma de implementar tal objetivo foi mediante a adoção de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais⁶¹.

Com isso, foi atribuída ao intérprete da norma uma maior força, vez que o mesmo está pautado não mais em normas completas, fechadas, casuísticas, que prevêm uma determinada situação fática específica, com a sua

⁵⁹ *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40.

⁶⁰ Sobre a interligação entre socialidade e eticidade, Miguel Reale afirma que “não é possível socialidade na experiência jurídico-política sem que seu ordenamento receba forte impacto de natureza ética, a fim de que se possa realizar a justiça social concreta exigida pelos indivíduos e grupos sociais situados no contexto das circunstâncias que lhes são próprias” (prefácio do livro *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, de Juditha Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco. São Paulo: Saraiva, 2002, p. X.)

⁶¹ Em poucas palavras, é possível se afirmar que o termo “conceito legal indeterminado” é usado para designar a norma jurídica que possui um conceito vago na descrição fática, que deverá ser preenchido pelo juiz no momento de fazer a aplicação da norma ao fato concreto, mas cuja consequência está expressa e claramente prevista na própria norma. Já as “cláusulas gerais” são caracterizadas pelo fato de serem vagas tanto na descrição de fato quanto no consequente jurídico. Portanto, cabe ao juiz uma função de integrar a norma, dando ao caso concreto a solução que achar mais conveniente de acordo com os meios de solução dados pelo sistema (como os valores constitucionais, por exemplo) em face do caso concreto analisado.

determinada conseqüência legal. O juiz deixou de ser meramente a “boca da lei”, como era visto no século XIX, para se tornar um fator da sua integração.

A utilização da metodologia das cláusulas gerais deu ao texto legal uma abertura muito grande, fazendo com que o sentido da norma precise ser complementado pelo magistrado, de acordo com valores previamente definidos no sistema, principalmente em sede constitucional. De acordo com Nelson e Rosa Nery⁶², a utilização de cláusulas gerais traz algumas novas características ao ordenamento jurídico, pois

Deixa o sistema do CC [Código Civil] com maior mobilidade, abrandando a rigidez da normal conceptual casuística. Faz o sistema ficar vivo e sempre atualizado, prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, amoldando-os às necessidades da vida social, econômica e jurídica. Evita o engessamento da lei civil.

Como já foi dito, este sistema de cláusulas gerais dá ao hermeneuta uma maior liberdade, inclusive para complementar o conteúdo normativo na sua aplicação ao caso concreto. Entretanto, como é de conhecimento geral, maior liberdade gera também maior responsabilidade. É neste sentido que Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco⁶³ alertam:

Não basta o simples texto legal para que uma norma se torne realidade: é necessário que a doutrina e a jurisprudência reconheçam as potencialidades das cláusulas gerais, “não as tomando como fórmulas vazias, preceitos destituídos de valor vinculante ou meros conselhos ao intérprete, como poderiam parecer a um pensamento exegético”.

⁶² *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 158.

⁶³ *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 54. O trecho entre aspas é uma citação de MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 350.

Sabidamente utilizada pelos juristas, esta abertura do sistema, mediante a utilização de cláusulas gerais, não apenas dá mais longevidade ao ordenamento, mas também permite ao mesmo se adequar aos anseios sociais, posto que o seu intérprete, para integralizar a norma, poderá/deverá fazer uso não apenas de conceitos jurídicos, mas também de conceitos econômicos, sociais ou culturais necessários a se alcançar os valores defendidos e almejados pelo legislador, tanto constitucional quanto infraconstitucional.

A diretriz da eticidade deu ainda ensejo a uma valorização da boa-fé no contexto expresso do Código Civil vigente. É possível se observar, em várias normas ao longo do diploma legal, a previsão da boa-fé, tanto no seu aspecto objetivo quanto no seu aspecto subjetivo. Em relação àquele, podemos citar, a título de exemplo, o art. 422, enquanto em relação a este um exemplo é o art. 309, apenas para ficar no âmbito do livro das obrigações.

Boa-fé objetiva pode ser compreendida como um comportamento ético, leal, probo, preocupado com o não prejuízo ao outro. Como foi ressaltado, o dispositivo legal que talvez melhor demonstre este aspecto da boa-fé é o art. 422, que prescreve: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Com base nesta redação, resta claro que a presente cláusula geral impõe aos contratantes um comportamento leal, preocupado com o não prejuízo do seu contratante.

Já a boa-fé subjetiva pode ser entendida sob o aspecto psicológico dos envolvidos em um determinado aspecto de uma relação jurídica. A boa-fé

subjetiva se caracteriza pelo desconhecimento de uma ação contrária ao direito. A pessoa acredita estar agindo de acordo com a norma jurídica, apesar de estar dela afastada.

O art. 309, ao prescrever que “o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor” encerra a idéia subjetiva de boa-fé, pois trata da hipótese em que o devedor desconhecia o fato de que aquela pessoa a quem pagou não era o efetivo credor. Caso reste provado que o devedor tinha conhecimento deste fato, o pagamento deixa de ser válido, pois deixa de ter sido feito com boa-fé. Novamente, vem à baila a idéia de imputação, de consciência do agente, que fundamenta a utilização do adjetivo “subjetiva”.

No contexto do presente trabalho, ganha mais relevância a boa-fé sob o aspecto objetivo, vez que o mesmo se propõe a analisar exatamente a imputação de responsabilidade, independentemente da análise do aspecto subjetivo do agente.

Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Cláudio Branco⁶⁴ ressaltam as diferentes funções outorgada à boa-fé pelo Código Civil vigente nos diversos dispositivos legais nos quais é prevista.

Primeiramente, os autores tratam da função interpretativa da boa-fé, prevista no art. 113. A mesma função já era prevista no revogado art. 131, 1 do Código Comercial. Este dispositivo determina que o juiz, ao interpretar a manifestação

⁶⁴ *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 61-63.

de vontade, atente para o comportamento leal que deve pautar a conduta dos partícipes da relação jurídica, inclusive levando em consideração “deveres que pertencem ao conteúdo principal do contrato, cujo real significado é descoberto através da interpretação segundo a boa-fé, cujo papel é conduzir o contrato de acordo com sua finalidade e utilidade econômicas.”

Em outro sentido, a boa-fé pode funcionar como “um limite interno do direito subjetivo, pois o direito que for exercido contrariamente à boa-fé é considerado abusivo e o ato é classificado como ilícito”, por força do art. 187 do Código. Neste sentido, a boa-fé determina a diferença entre lícito e ilícito, classificando o comportamento do agente como contrário ou como de acordo com o direito.

Por fim, por força do art. 422, a boa-fé é considerada uma norma de conduta para os contratantes em uma relação jurídica obrigacional. A redação deste dispositivo impõe aos contratantes observarem deveres acessórios de conduta, como lealdade, segurança e informação entre si, sob pena de possibilitar a intervenção judicial sobre o negócio jurídico.

Não é mera coincidência que alguns temas, como função social (seja do contrato ou da propriedade) e boa-fé, estejam tão presentes nas discussões jurídicas deste início de século XXI. Eles são reflexos, respectivamente, das condicionantes de socialidade e eticidade que pautaram a elaboração do Código Civil e que orientam a interpretação da norma pelos juristas.

3.2. Extensão da aplicação da responsabilidade objetiva como efeito da eticidade e da socialidade

Estas idéias de eticidade e socialidade acabaram influenciando a própria idéia de ato ilícito. Como foi dito no capítulo 2 deste trabalho, classicamente o ato ilícito⁶⁵, no Direito Civil, é qualificado pela culpa (dolo, imperícia, imprudência ou negligência) do agente e pela a conseqüência danosa. Foi demonstrado, com base no conceito do art. 186 do Código Civil vigente, e no posicionamento doutrinário clássico, que o ato ilícito poderia ser definido com ato culposo que viola direito e causa dano a outrem⁶⁶.

Não obstante este posicionamento, deve ser ressaltada uma corrente de pensamento doutrinário que entende este conceito não se adequar, de forma exata, à realidade observada no século XXI. Esta visão do ato ilícito não mais seria satisfatória para atender às demandas da sociedade atual, impondo-se uma revisão do conceito.

⁶⁵ Mais uma vez, ressalta-se que, até o presente momento, trata-se do conceito de ato ilícito previsto no art. 186 do Código Civil. As críticas não se estendem à redação do art. 187, cuja análise será feita adiante, em momento oportuno.

⁶⁶ É cabível a menção de que o Código Civil português, ao tratar da Responsabilidade Civil (no Livro II “Das Obrigações”, Título I, Capítulo II, Seção V), abre com a subseção “Dos atos ilícitos”, baseada na culpa, com a redação do art. 483 [“ARTIGO 483º (Princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação.] parecida com a do art. 186 do Código Civil brasileiro. A subseção seguinte é denominada “Responsabilidade pelo risco”, e trata de hipóteses de imputação de responsabilidade sem que se faça a análise de culpa do agente.

Para dar início a essa análise, vale a citação do pensamento de Felipe Peixoto Braga Neto⁶⁷:

Os autores projetam, como característica dos ilícitos civil, qualificativos que adjetivam *uma de suas espécies*, a prevista, como cláusula geral, em praticamente todos os ordenamentos. Com efeito, os códigos civis, grosso modo, reputam ilícito o ato culposo e danoso, e a ele atribuem, como efeito, o dever de indenizar os danos causados. Esse ato ilícito é, por assim dizer, universal. A questão não é essa. A questão é saber se esse ato esgota, na órbita civil, as potencialidades ilícitas.

Como se observa, o autor não renega a redação do art. 186 do Código Civil. Ao contrário, reconhece que a mesma redação (ou o mesmo conteúdo semântico) é muito parecido em vários sistemas jurídicos diferentes, aplicáveis em diversos Estados.

Entretanto, o que o autor propõe, que parece ser a noção adotada pela corrente doutrinária ora analisada, é que se aceite outros conceitos, outras definições, um elastecimento do conceito de ato ilícito, não se limitando àquele caracterizado pela culpa e pelo resultado danoso⁶⁸.

Até porque, esta definição está contida na norma legal, que não tem caráter descritivo, mas sim prescritivo. Esta corrente parte da premissa de que a formulação de conceitos jurídicos, principalmente aqueles que possuem uma

⁶⁷ *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 72. Esta citação está inserida no contexto em que o autor explica a diferença entre os sistemas fechado (marcado pelo legalismo, pela definição estrita dos tipos normativos) e aberto (marcado por cláusulas gerais, onde a interpretação dos princípios possuem especial relevância na aplicação do direito).

⁶⁸ Jorge Mosset Iturraspe (*Introducción a la responsabilidad civil: las tres concepciones*. In: Responsabilidad por daños: homenaje a Jorge Bustamante Alsina. BUERES, Alberto J. (Director). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 48.), ao analisar a responsabilidade objetiva, que será objeto de análise do presente estudo pouco mais à frente, chama este novo conceito de ato ilícito de “antijuridicidade material”, que estaria oposta à “antijuridicidade formal”, que é aquela prevista casuisticamente pelos ordenamentos jurídicos em cláusulas gerais, como é o caso do art. 186 no Código Civil brasileiro. No mesmo sentido ensina Graciela N. Messina de Estrella Gutierrez (*Los presupuestos de la responsabilidad civil: situación actual*. In: Responsabilidad por daños: homenaje a Jorge Bustamante Alsina. BUERES, Alberto J. (Director). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 61.)

carga teórica e uma relevância tão grande para a aplicabilidade do ordenamento, é atributo da ciência do direito, e não da norma, cujo conteúdo é estritamente normativo.

Daí porque se privilegia, neste momento histórico, uma interpretação mais elastecida do conceito de ilicitude, apesar da redação do art. 186. Esta interpretação tem como seu principal alicerce, dentro do contexto brasileiro, as alterações sofridas pelo próprio Código que, como foi demonstrado no item anterior, alicerçado pelo princípio da eticidade, adotou um sistema de normas abertas, caracterizada principalmente pela existência de cláusulas gerais. Neste sentido, o mesmo autor⁶⁹ afirma:

É óbvio que a sistemática que melhor se adapta aos ilícitos civis é a dos tipos abertos. Eles valorizam e prestigiam a força normativa dos princípios, cuja incidência no direito civil é direta, sem intermediação normativa. Os tipos abertos, ademais, permitem que o direito mude, renove-se, sem que os textos legais necessariamente tenham de mudar. Isso é algo que não pode ser desprezado numa sociedade de tão céleres mudanças como a atual.

Foi exatamente essa a sistemática adotada pelo Código Civil, ao fazer, em razão do princípio da eticidade, a opção por normas abertas, que permitem ao intérprete exercer uma função integrativa do conteúdo (vago) da norma, de acordo com as necessidades do caso concreto.

Daí porque se faz necessário a revisão da forma de se interpretar o conceito de ato ilícito. Em tempo de ampliação e consagração da função hermenêutica do

⁶⁹ BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 74.

jurista, não se pode mantê-lo com a mera atribuição de “boca da lei”, como era o entendimento no século XIX.

A idéia clássica de ato ilícito, baseada em uma interpretação gramatical do art. 186 (e do art. 159, no Código anterior), une, de maneira praticamente indissociável, três conceitos que estão muito próximos, mas não se confundem: ato ilícito, culpa e responsabilidade civil. Obviamente, estas três situações estão muito próximas e possuem uma ampla influência entre si. A crítica que se faz é que, com o entendimento tradicional, estes três conceitos se tornaram praticamente sinônimos, como se um fosse, obrigatoriamente, conseqüência ou componente do conteúdo um do outro, o que efetivamente não o são.

Judith Martins-Costa⁷⁰ demonstra a dificuldade de se trabalhar com os conceitos, em razão deste entendimento tradicional, afirmando:

A ilicitude civil era vista, tradicionalmente, de forma amarrada à culpa, ao dano e à conseqüência indenizatória. O conceito de ilicitude civil não valia “por si”, não tinha um campo operativo próprio, era mera “condição” da responsabilidade civil. Tanto assim é que, não apenas a letra do art. 159 do Código de 1916 assim dispunha, quando o exame doutrinário da ilicitude era feito, modo geral, a partir do seu efeito “natural”, qual seja, o nascimento do dever de indenizar.

Alguns doutrinadores⁷¹, inclusive estrangeiros⁷², criticam até mesmo este entendimento de que o ato ilícito, assim caracterizado, seria definido de acordo

⁷⁰ Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé. In: <http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/Costajudith.pdf>. Acessado em 9 de Janeiro de 2008, p. 13.

⁷¹ Por todos, cita-se Daniel Boulos (*Abuso de direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 126), ao afirmar que “o dano injusto (pois decorrente de um ato ilícito) é, a nosso aviso, elemento necessário para o nascimento da relação jurídico típica da responsabilidade civil. Mas não o é para a *meritevolleza* do ato, em termos de lhe retirar a licitude. Quem viola direito

com seus resultados e não com suas próprias premissas. Caso o dano não se efetivasse, mesmo que esta fosse a intenção do agente que efetivamente pratica atos no sentido de violar direito alheio, de acordo com esta definição, não se poderia falar de ato ilícito, o que parece ser incongruente, ou pelo menos, inseguro. O direito alheio teria sido intencionalmente violado. Entretanto, em razão de não se observar o dano, não haveria que se falar em ato ilícito na esfera do direito civil.

Michele Mòcciola, citada por Luiz Guilherme Marinoni⁷³, demonstra que o mesmo entendimento é objeto de debate na Itália desde a década de 60, afirmando:

Como é notório, a partir da metade dos anos 60, uma consistente orientação da doutrina pôs luz na distinção entre ilícito (como conduta antijurídica) e dano, como fato histórico, material, que pode ser (eventual) consequência do ilícito, ou pode derivar de fato não suscetível de tal qualificação⁷⁴.

Desta forma, é possível concluir que, conforme afirma a doutrina tradicional, o principal efeito do ato ilícito é o dano, que deve ser objeto de reparação por

de outrem pratica ato ilícito, independentemente de sua atividade ou omissão ter causado dano a terceiros. O dano será um elemento a mais que fará com que a atividade do agente, por si só e desde logo ilícita, venha a gerar para ele responsabilidade civil, isto é, responsabilidade pelo ressarcimento ou indenização da vítima.”

⁷² Antunes Varela (*Das obrigações em geral*. 10 ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 532), ao analisar o art. 2043 do Codice Civile de 1942, afirma que “o seu principal defeito, como justamente observa Petrocelli, está em ele colocar o acento tónico da ilicitude sobre o dano (o efeito da conduta) e não sobre o facto (a conduta, em si mesma considerada).” Mais à frente, continua o autor luso: “A ilicitude reporta-se ao facto do agente, à sua actuação, não ao efeito (danoso) que dele promana, embora a ilicitude do facto possa provir (e provenha até as mais das vezes) do resultado (lesão ou ameaça de lesão de certos valores tutelados pelo direito) que ele produz.” [texto como no original do Português de Portugal]

⁷³ *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 40.

⁷⁴ Tradução livre do original: Com'è noto, a partire dalla metà degli anni 60 un consistente orientamento dottrinale ha posto in luce l'importanza della distinzione tra illecito (come condotta antiguiridica) e danno, come fatto storico, materiale, che può essere (eventuale) conseguenza dell'illecito, o può derivare da fatti non suscetibili di tale qualificazione.

meio da responsabilidade. Entretanto, esta corrente doutrinária não se limita a este entendimento, e vai além. A mesma é pautada por outras variáveis, como, por exemplo, que o ato ilícito pode ser culposo ou não, que o ato ilícito pode não ser danoso, ou mesmo que o dano pode decorrer de um ato lícito.

Inicialmente, é cabível se destacar a classificação entre ilícito objetivo e ilícito subjetivo⁷⁵, feita por alguns destes doutrinadores. Ela se baseia na ocorrência, ou não, da culpa na caracterização de determinado ato ilícito. Judith Martins-Costa⁷⁶ ensina que

Ainda que no terreno civil seja quantitativamente prevalecente a imputação informada pelo critério da culpa, esse não é o único critério. Também há essa atribuição segundo outros critérios (por exemplo, o critério da confiança; o do risco; etc). Como consequência, admite-se uma complexa dimensão da ilicitude que engloba a chamada ilicitude subjetiva e objetiva: é subjetiva quando a norma determina seja o nexo de imputação balizado pela culpa, impondo-se a verificação da negligência ou da imprudência ou, ainda, no caso do dolo, também da intencionalidade; é objetiva quando não é necessário averiguar se, subjacente ao ato ou conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo Ordenamento, compreendido — como acima se explicitou — como o conjunto de princípios e regras derivadas das quatro fontes de normatividade e destinadas, em última instância, a assegurar a coexistência de liberdades.

O caso da culpa como única fonte de responsabilidade civil já foi objeto de análise no capítulo anterior, razão pela qual não será abordado neste momento. Como será demonstrado adiante, não há dúvida ser possível a imputação civil de danos causados em determinadas situações,

⁷⁵ Felipe Peixoto Braga Neto (*Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 90) adota outra classificação, denominada de “ilícito culposo” e “ilícito não culposo”. Em termos de conteúdo a idéia é a mesma, alterando-se apenas a denominação do instituto.

⁷⁶ Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé. In: <http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/Costajudith.pdf>. Acessado em 09 de Janeiro de 2008, p. 16.

independentemente da existência de culpa, o que, por si só, já separa pelos menos duas das figuras tradicionalmente unidas: culpa e responsabilidade civil.

Outra consequência desta nova forma de se ver e de se definir o ato ilícito é a relação entre a ilicitude e o dano. Como foi acima demonstrado, a interpretação gramatical da norma leva o hermeneuta a afirmar que ato ilícito na esfera do direito civil é, necessariamente, aquele do qual decorre um dano. Entretanto, sob a ótica do posicionamento doutrinário ora analisado, esta idéia está ultrapassada.

Assim como ocorreu em relação à culpa, a vinculação absoluta do dano ao ilícito civil pode ser imputada à redação do Código Civil Brasileiro, que confundiu ilícito civil, enquanto gênero, com *uma espécie de ilícito civil* (art. 159, Código Civil; art. 186 do novo Código). Tal identificação — ilícito civil e dano — não constitui, de nenhuma forma, princípio apriorístico a ser observado, de modo compulsório, pelo legislador⁷⁷.

O dano pode, perfeitamente, decorrer de um ato lícito. Este ato lícito pode, ou não, dar ensejo à obrigação de indenizar, de acordo com a sua característica e com a norma legal aplicável ao fato.

Antunes Varela⁷⁸, ao tratar da possibilidade de se observar danos decorrentes de atos lícitos, afirma: “Se A montar uma pequena indústria numa região onde já existe uma outra fábrica dos mesmos artigos, poderá lesar os interesses do dono desta. Mas não será obrigado a indenizá-lo, visto não ter cometido nenhuma violação da lei.” Daí se demonstra uma possibilidade de dano não

⁷⁷ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 83

⁷⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 530.

indenizável decorrente de ato lícito, que, diga-se de passagem, é a regra no tocante aos danos observados em razão de um ato lícito.

Se faz necessário ressaltar a possibilidade de ser devida uma indenização em caso de dano resultante de ato lícito. No ordenamento jurídico brasileiro, é possível se mencionar a hipótese do art. 929⁷⁹, cuja redação faz remissão ao art. 188, I, I do mesmo diploma legal.

Este dispositivo legal determina: “Art. 188 — Não constituem atos ilícitos: (...) II — a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.” Portanto, observa-se que não é ofensivo ao direito deteriorar ou destruir coisa alheia, nem causar lesão a pessoa a fim de remover perigo iminente. Apesar da licitude do ato danoso, nos exatos termos do art. 188, II do Código Civil, o art. 929 determina que, caso o perigo não tenha sido provocado pela própria vítima, esta pode requerer uma indenização em face do causador do dano⁸⁰.

Não obstante a divergência demonstrada, quanto à definição e o conteúdo do ato ilícito na esfera do Direito Civil, não há dúvidas de que esta é a principal fonte da obrigação de indenizar os danos causados (ora tratada como sinônimo

⁷⁹ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

⁸⁰ Obviamente, esta situação possui uma válvula de escape. É a possibilidade do causador do dano obrigado a indenizar poder requerer, por meio de uma ação de regresso ajuizada em face do causador do perigo. Esta possibilidade está prevista no art. 930, que possui a seguinte redação: “Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).”

de responsabilidade civil, sem que se adentre mais profundamente na eventual distinção entre os dois temas).

Também não há dúvida de que somente haverá a obrigação de indenizar, ou seja, a responsabilidade civil propriamente dita, se houver a ocorrência de um dano. Este, sim, é um requisito indissociável da consequência ressarcitória.

Entretanto, este novo conceito de ato ilícito, além das grandes inovações acima transcritas, gera também, na esfera processual, um efeito muito interessante e que tem sido objeto de análises e estudos recentemente: a tutela inibitória. Este novo conceito de ato ilícito, dissociado da obrigatoriedade da ocorrência efetiva do dano, possibilita que a pessoa cujo direito está sendo meramente ameaçado tome as devidas providências para evitar o a efetiva ocorrência do dano. É uma tutela estatal de natureza preventiva.

Esta noção é antiga, quando se fala do ramo do Direito absoluto por natureza, que é o direito das coisas. Desde o Código Civil de 1916⁸¹, o possuidor já conta com a tutela preventiva de ameaça à sua posse, por meio do interdito proibitório. Entretanto, no universo do direito dos danos, a idéia de prevenção do dano, por meio de uma tutela jurisdicional, é relativamente nova.

O que retardou seu desenvolvimento foi exatamente o conceito de ato ilícito qualificado necessariamente pelo efeito danoso. Tanto que os processualistas são os mais desenvolvidos nesta nova visão sobre o ato ilícito, de forma a

⁸¹ Em termos de ordenamento jurídico brasileiro, pois os interditos possessórios têm raiz no direito romano.

sustentar a possibilidade de uma tutela preventiva, anterior à ocorrência efetiva do dano, como observa Judith Martins-Costa⁸².

(...) muito antes dos civilistas os processualistas perceberam que, sendo a unificação das categorias da ilicitude e da responsabilidade um mero reflexo dos valores do Estado Liberal, decorreria, pela mudança no perfil do Estado e da própria sociedade civil, a necessidade de tutela diferenciada que atendesse aos novos bens dotados de relevância jurídica. Para atender com justiça uma sociedade como a nossa, que é, fundamentalmente, “transversalizada”, fundada em assimetrias reais e que desperta para a necessidade de serem protegidos bens extrapatrimoniais da personalidade ou de interesse comunitário, transindividual — como a concorrência e o meio-ambiente —, foi preciso construir categorias que não se fundassem no dogma segundo o qual tudo pode ser compensado pela pecúnia. A percepção segundo a qual, por vezes, é mais importante prevenir ou eliminar o ilícito do que reparar o dano (como no caso da tutela de busca e apreensão de produtos que evidenciam contrafação de marca comercial, ou a tutela preventiva em matéria ambiental) permitiu, pois, fosse reconstruída conceitualmente a categoria da ilicitude civil ensejando tutela processual contra os atos contrários ao direito a e não mais, necessariamente, os atos danosos.

Sob esse novo ponto de vista do ilícito civil, ao fazer uma análise dos ensinamentos de alguns doutrinadores italianos sobre o assunto, Marinoni⁸³ afirma:

Se o dano é uma consequência meramente eventual e não necessária do ilícito, a tutela inibitória não deve ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano.

É interessante ressaltar, do entendimento acima citado, que a chamada tutela inibitória, assim como a idéia de ato ilícito, é totalmente independente do dano. Isso quer dizer que, para invocar este tipo de tutela jurisdicional sequer é

⁸² *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*. In: <http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/Costajudith.pdf>. Acessado em 9 de Janeiro de 2008, p. 17.

⁸³ *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 45.

necessário demonstrar a iminente ocorrência do dano — o que, na prática, é muito comum ocorrer, porque, como foi dito antes, o ato ilícito, em regra, é danoso — bastando, para a obtenção da tutela, que se demonstre o ato contrário ao direito.

Um exemplo bem atual, no Código Civil, da previsão de tutela inibitória é o artigo 12, determinando que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” Ao possibilitar que o titular do direito da personalidade exija — em juízo — que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade, o Código prevê exatamente a tutela inibitória desta categoria de direitos. Em segundo plano, o dispositivo legal prevê a tutela ressarcitória, fundada na indenização do dano.

Não foi casualmente que o legislador fez, primeiramente, menção à tutela inibitória e, apenas posteriormente, ressaltou a possibilidade de manejo da tutela ressarcitória. Por motivos lógicos, a prevenção do dano é sempre mais interessante do que o seu ressarcimento, até mesmo para garantir a pacificação social, que é um dos objetivos do ordenamento jurídico.⁸⁴

⁸⁴ Apenas a título de abordagem atual, é muito comum se observar decisões que concedem tutelas inibitórias, principalmente no tocante à proibição de divulgação de informações eventualmente lesivas a alguns direitos da personalidade, como honra e intimidade, sendo classificadas pelos órgãos da imprensa como “censura prévia”. Apenas a título de ilustração — e sem abordar o eventual acerto ou desacerto da decisão, primeiramente por não ser o objetivo do presente trabalho e, em segundo lugar, porque não temos conhecimento do processo para emitir tal juízo de valor —, recentemente, o Desembargador Edgar Lippmand Júnior, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, concedeu liminar nos autos do Agravo de Instrumento 2007.04.00.003706-6, determinando que o governador do Paraná, Roberto Requião, “se abstenha de praticar atos que impliquem em promoção pessoal, ofensas à imprensa, adversários políticos e instituições, com a utilização indevida de qualquer programa, propaganda ou comercial veiculado pela Rádio e TV Educativa do Paraná, especificamente, no programa “Escola de

Ora, se o próprio conceito de ato ilícito foi alterado pelo desenvolvimento social, com base na evolução dos conceitos de socialidade e eticidade no ordenamento civil, não se poderia admitir que tais valores não afetassem a responsabilidade civil, que, como foi demonstrado é uma das conseqüências normais, mas, ressalta-se, não essenciais deste ato ilícito.

No contexto do presente trabalho, se mostra mais relevante o ocaso da culpa como fundamento exclusivo da responsabilidade civil. O que, no século XIX, era requisito essencial para a obrigação de indenizar, hoje perdeu definitivamente seu caráter de essencialidade, para dar espaço a um posicionamento mais objetivo, possibilitando a reparação com base em outros critérios.

Este crepúsculo da culpa como único elemento determinante da obrigação de indenizar foi fruto da evolução social, como já foi mencionado no capítulo anterior, e fundou-se principalmente na necessidade de se encontrar uma resposta adequada aos riscos inerentes à nova sociedade urbanizada e industrializada que surgiu no fim do século XIX.

Governo", impondo a multa no valor de R\$ 50.000,00 a cada promoção pessoal ou agressão proferida, elevando-a para R\$ 200.000,00 para a hipótese de possível reincidência (art. 84, par. 6o, CDC), providências estas cumulativas com o deferimento do exercício do direito de resposta coletivo como requerido na exordial (informação obtida no endereço eletrônico http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2074206&hash=f2d7f5e8dd394448e637f186e3ec1f2e). Ao se manifestar sobre a referida decisão, em entrevista concedida à Agência Folha (entrevista obtido no endereço eletrônico <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=468CIR003>), o governador disse ao repórter: "Se você me difama, eu te processo, eu não te censuro. Não difamei ninguém." É exatamente este ato ilícito (no caso em tela, a eventual difamação) que a tutela inibitória visa evitar. Havendo receio fundado da sua ocorrência, pode o juiz conceder a decisão, de forma a se evitar o ilícito, principalmente porque, para o direito, é mais interessante se evitar o ato ilícito do que tentar eventual reparação.

O fundamento inicial do desprezo da culpa como única fonte de responsabilização, com base no trabalho principalmente da doutrina e da jurisprudência, foi o risco.⁸⁵ Tal via de alteração da forma de se interpretar a lei é normal, no que tange a responsabilidade civil, pois, como observa o próprio Louis Josserand⁸⁶, “a história da responsabilidade é a história e é o triunfo da jurisprudência, e também, de alguma forma, da doutrina; é, mais geralmente, o triunfo do espírito, do senso jurídico.”

Nesta linha de raciocínio, como não poderia deixar de ser, se as idéias de eticidade e socialidade “contaminaram” de tal forma a sociedade e a idéia dos juristas do final do século XX e início do século XXI, a ponto de serem os condicionantes norteadoras do Código Civil de 2002, tais valores não poderiam deixar de influenciar também o instituto da responsabilidade civil.

Obviamente, seus reflexos podem ser observados na forma como o próprio Código trata do tema da obrigação de indenizar, assim também na forma como a doutrina vem interpretando estes dispositivos legais e o próprio instituto da responsabilidade civil.

⁸⁵ É muito comum se observar doutrinadores que chegam mesmo a tratar como sinônimos as expressões “responsabilidade objetiva” e “teoria do risco”. Apenas como exemplo, Anderson Schreiber (*Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27) cita Yvonne Flour, que afirma que a teoria do risco “talvez se resuma, no fundo, a uma proposição puramente negativa: ser responsável por risco é o ser mesmo que não se tenha incorrido em culpa”.

⁸⁶ *Evolução da responsabilidade civil*. Revista Forense, 1941 (junho), p. 559.

O professor Miguel Reale⁸⁷ é taxativo quanto à influência dos valores ético e morais sobre o direito dos danos, quando afirma:

É claro que, no quadro de uma compreensão ético-social do Direito, não se concebe mais a teoria da responsabilidade civil com base apenas no elemento subjetivo da culpa, sendo aquela considerada devida, objetivamente, quando a natureza mesma da atividade desenvolvida pelo autor do dano já implica grandes riscos para quem dela participa.

Como se depreende dos ensinamentos do professor Miguel Reale, essa influência sobre a teoria da responsabilidade civil se mostra mais clara exatamente no tocante à culpa, o ponto nodal de alteração com a introdução dos valores éticos e sociais que nortearam a elaboração do Código Civil de 2002 e vêm incidindo não apenas sobre a criação, como também sobre a interpretação das normas legais.

Na verdade, como ensina Alvino Lima⁸⁸, o próprio fundamento da teoria do risco está baseado em valores como os ora mencionados, mesmo nos ensinamentos que datam da primeira metade do século XX. O referido doutrinador não hesita em afirmar:

Foi em nome do princípio da igualdade (...) que a teoria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham as empresas poderosas; foi em nome da fraternidade, da solidariedade humana, pelo afinamento das nossas consciências e desenvolvimento do sentimento da responsabilidade, como afirma Jossierand, que se ergueu a teoria do risco.

⁸⁷ REALE, Miguel. *Espírito da nova lei civil*. In: <http://www.miguelreale.com.br>. Acessado em 4 de fevereiro de 2008.

⁸⁸ *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 209

Este entendimento causa uma mudança no paradigma de como se analisa a responsabilidade civil, e, conseqüentemente a própria obrigação de indenizar, principalmente no tocante aos seus fundamentos. Com base na teoria da culpa, adota-se, como já foi mencionado anteriormente neste trabalho, a idéia de *poena*, de imputação civil dos danos em razão da reprovabilidade da conduta do causador do dano. O foco principal da tutela estatal não é exatamente o dano em si, mas apenas aquele decorrente de uma conduta reprovável.

Neste novo contexto social, a preocupação principal deixa de ser a reprovabilidade⁸⁹, mas sim a estabilidade do tecido social. Ocorrendo o dano, esta estabilidade é abalada, o que é socialmente indesejado, independentemente da eventual possibilidade de juízo de valor negativo em relação à conduta do agente. Esta nova preocupação altera a forma tradicional de se enxergar o problema social decorrente de uma conduta danosa.

Esta nova forma de se enxergar a responsabilidade civil parece ser uma unanimidade entre os doutrinadores modernos. Hoje, não há mais dúvidas de que a culpa deixou de ser o único fundamento para justificar a imputação da

⁸⁹ Como pode ser observado da leitura do presente trabalho como um conjunto, não é possível se sustentar que a responsabilidade baseada na culpa tenha sido extinta no Direito brasileiro. Na verdade, parece mesmo que o legislador optou por fazer desta a regra do fundamento da responsabilização, quando faz inserir no caput do art. 927 a referência expressa ao art. 186, que contém o requisito da culpa. Entretanto, também não há como se negar que o legislador deu nova relevância à obrigação de indenizar, independentemente da existência de culpa. É em razão deste fato que se ousa afirmar ter havido a mudança de paradigma, no sentido de se atentar mais profundamente para o dano do que para o eventual juízo de valor negativo à conduta do agente, mesmo diante do inegável fato de que tal requisito continua sendo relevante para a responsabilização civil em vários casos concretos.

obrigação de indenizar a um causador de dano. Sobre este assunto, Cláudio Luiz Bueno de Godoy⁹⁰ afirma:

Tem-se, então, que, outrora baseada exclusivamente na noção de ilícito configurado com a prática de uma total de falta de prudência, assim reputado ilícito, a responsabilidade civil expande-se para se determinar em função de critérios outros, diversos, nem sempre vinculados à prática de um ato ou desempenho de uma atividade que se possam reputar, em si, indevidos.

Carlo Alberto Ghersi também observou a mudança de paradigma e, principalmente, a aplicação solidarista da responsabilidade objetiva:⁹¹

Progressivamente, o novo direito de danos, com um critério mais solidarista, se orienta até a objetivação da responsabilidade, que prescinde da culpa como fato de atribuição e tem em conta outros critérios baseados em valorações econômicas, sociais, etc. (...) que impõem que o dano sofrido não seja assumido exclusivamente pela vítima e possa ser trasladado economicamente a um terceiro. A idéia se centra não mais em sancionar ou castigar ao autor da conduta antijurídica, mas na necessidade de que o dano seja reparado, isto é, ressarcir à vítima o dano sofrido, independentemente da questão da sua ilicitude.

Esta preocupação, com uma maior valorização da reparação do patrimônio da vítima, em oposição à reprovação da conduta do causador do dano, já se mostrava como o fundamento da teoria da garantia, que teve Boris Starck como um dos seus maiores defensores.

⁹⁰ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002.* Tese de livre docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 34.

⁹¹ *Teoría general de la reparación de daños.* Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 143-144. Tradução livre do original: “progressivamente, el nuevo derecho de daños, con un criterio más solidarista, se orienta hacia la objetivación de la responsabilidad, que prescinde de la culpa como factor de atribución y tiene en cuenta otros criterios basados en valoraciones económicas, sociales, etc..., que impone que el daño sufrido no sea asumido exclusivamente por la víctima y pueda ser trasladado económicamente a un tercero. La idea se centra no ya em sancionar o castigar al autor de la conducta antijurídica, sino en la necesidad de que el daño sea reparado, esto es, resarcir a la víctima del daño sufrido, independentemente de la cuestión de su ilicitud.”

Sobre a problemática abordada pela teoria ora mencionada, Louis Bach⁹² afirma que a teoria da garantia “convida a colocar o problema, liminar e fundamental, de se saber se o fundamento da responsabilidade civil deve ser buscado do lado da pessoa declarada responsável ou, ao contrário, ao lado da vítima.”⁹³ De acordo com o autor, responder a essa questão é uma condição para se buscar o fundamento da responsabilidade.

Neste sentido, é importante demonstrar a preocupação do próprio Boris Starck⁹⁴, afirmando de forma categórica, ao iniciar a análise da teoria da garantia:

O dano causado gera um problema que interessa em primeiro lugar à vítima; é, portanto, inconcebível que se construa um sistema de reparação sem se inquietar um mínimo com as razões que ela poderá invocar, ela mesma, para reclamar uma indenização.

Esta preocupação, observada desde meados do século passado, ainda pode ser percebida na doutrina atual que trata do tema da responsabilidade civil sob o ponto de vista moderno, objeto de análise do presente trabalho. No mesmo

⁹² *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*. Revue trimestrielle de droit civil, v. 75, 1977, p. 222.

⁹³ Tradução livre do original: “En effet, elle invite a poser le problème, liminaire et fondamental, de savoir si le fondement de la responsabilité civile doit être recherché du côté de la personne ou, au contraire, du côté de la victime.”

⁹⁴ *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris : L. Rodstein, 1947, p. 37. Tradução livre do original : "Le dommage causé pose un problème qui intéresse en premier lieu la victime; il est donc inconcevable que l'on construise un système de réparation sans s'inquiéter le moins du monde des raisons qu'elle pourrait invoquer, elle aussi, pour réclamer un indemnité."

sentido, é possível citar afirmação recente de Giselda Hironaka⁹⁵. Muito apropriadamente, ela ensina:

O que distancia, justamente, a forma como a teoria do risco concebe a fundamentação da responsabilidade — em relação à forma como a teoria da culpa o faz — é a maneira como aquela teoria *muda o enfoque* da idéia de obrigação ou dever: não mais como *necessidade de uma normalidade ou de uma virtuosidade*, mas como *necessidade de pacificação social ou* — para utilizar um termo empregado estrategicamente por Caio Mário da Silva Pereira e atualmente um tanto desgastado pelo uso irracional que por vezes recebe — *justiça*.

Também não diverge Jorge Mosset Iturraspe⁹⁶, ao tratar a atual concepção de responsabilidade, afirmando, de forma categórica:

Sem dúvida, o mais destacado, sob um ângulo geral, é a mudança ‘de ótica’; de enfoque da lente com a qual se observa o fenômeno pelo jurista: a consideração sob o ponto de vista da situação da vítima vem revisar a tradicional estimacão sob o ponto de vista do lado do causador do dano.

Até mesmo em razão desta nova forma de se olhar a responsabilidade civil, sob as lentes da solidariedade e da eticidade, assim como no final do século XIX houve uma transição, quando não era mais viável se falar na culpa como única fonte de obrigação de indenizar, neste início de século XXI não se pode mais falar no risco como único fundamento da responsabilidade objetiva.

O risco continua sendo relevante para a responsabilização, independentemente de culpa, mas estas hipóteses tomaram tal proporção que atingem até mesmo

⁹⁵ *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 69.

⁹⁶ *Introducción a la responsabilidad civil: las tres concepciones*. In: Responsabilidad por daños: homenaje a Jorge Bustamante Alsina. BUERES, Alberto J. (Director). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 46. Tradução livre do original: “Sin duda lo más destacable, desde um ángulo general, es el cambio ‘de óptica’; de enfoque de la lente con la cual se observa el fenómeno por el hombre de derecho: la consideración desde la situación de la víctima ha venido a reemplazar la tradicional estimación desde el lado del victimario”.

algumas situações que nada têm de arriscadas. Outros critérios se uniram ao risco, para justificar a responsabilidade independentemente de culpa.

O fundamento mediato da responsabilidade objetiva sempre será composto pelos valores atualmente tão caros aos juristas, como a solidariedade e eticidade acima estudadas. Acima foi dito que, outrora, estes valores deram ensejo à teoria do risco. Hoje, continuam fundamentando a desnecessidade de aferição de culpa, mas são utilizados outros meio para alcançar tal resultado, sem que, necessariamente, se tenha que falar em conduta criadora de risco aos demais membros da sociedade.

Apenas a título de ilustração, posto que o tema da responsabilidade por fato de terceiro será mais bem abordado à frente, é conveniente uma citação dos ensinamentos de Sérgio Cavalieri e Carlos Alberto Menezes Direito⁹⁷, onde os mesmos afirmam o seguinte:

Há quem sustente que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores, e a dos tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados, estaria fundada na teoria do risco. Os que assim entendem afirmam que, se o pai põe filhos no mundo, corre o risco de que, da atividade deles, surja dano para terceiro. A levar a teoria do risco a tal extremo, tudo passará a tê-la por fundamento, até o próprio nascimento. Parece-nos exagero falar em risco de ter um filho, risco de ser pai e assim por diante. Na tutela e na curatela, a

⁹⁷ *Comentário ao novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 200. Exatamente no mesmo sentido, inclusive fazendo menção ao mesmo exemplo da responsabilidade do tutores, é possível citar Anderson Schreiber. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.* São Paulo: Atlas, 2007, p. 28. Este doutrinador ainda complementa o argumento mais à frente, na mesma página, afirmando: “A análise das hipóteses legais revela um segundo aspecto: o de que a construção do risco com fundamento exclusivo da responsabilidade objetiva parece dirigida a anseios de imputação subjetiva que, hoje, já não se mostram tão necessários. Verifica-se uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa (conduta negligente, conduta criadora de risco etc.), mas pelo resultado (dano), distanciando-se, por conseguinte, de considerações centradas sobre a socialização dos riscos, para desaguar em uma discussão mais finalística sobre a socialização das perdas.”

impropriedade é ainda maior ao se falar em risco, porque representam um ônus para quem as exerce, verdadeiro *munus publicum*.

No mesmo sentido é o entendimento da doutrina estrangeira quanto a estes novos fundamentos imediatos da responsabilidade objetiva. Aída Kemelmajer de Carlucci e Carlos Parellada⁹⁸, sobre o tema dos “fatores objetivos de atribuição”⁹⁹, citam entendimento firmado no I Congresso Internacional de Direito de Danos, ocorrido em Buenos Aires em 1989, afirmando: “A responsabilidade objetiva não se esgota no risco criado; existem outros fatores objetivos de atribuição tais como: a equidade, a garantia legal, a desigualdade na distribuição de cargas pública...”¹⁰⁰

Em razão dos entendimentos acima narrados, preferimos adotar, como principais fundamentos da responsabilidade objetiva, a socialidade, o risco e a boa-fé. Em razão desta opção, passemos a analisar cada um destes fundamentos e como os mesmos podem ser utilizados como efetivos geradores

⁹⁸ ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, Aída Kemelmajer; GHERSI, Carlos A.; STIGLITZ, Gabriel A.; PARELLADA, Carlos; ECHEVESTI, Carlos A. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 188.

⁹⁹ No início do capítulo relativo a este tema, os referidos autores afirmam que “a expressão responsabilidade sem culpa é, de alguma maneira, incorreta, pois como toda frase negativa não diz o que algo é, senão o que não é. Ademais, responde a uma concepção ideológica que dá valor à culpa como o único fator transcendente e nega tal caráter aos demais; em outros termos, nega aos fatores objetivos vocação expansiva e fomenta uma interpretação mesquinha dos textos que os consagram” (ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, Aída Kemelmajer; GHERSI, Carlos A.; STIGLITZ, Gabriel A.; PARELLADA, Carlos; ECHEVESTI, Carlos A. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 187). Tradução livre do original: “La expresión responsabilidad sin culpa es, de alguna manera, incorrecta, pues como toda frase negativa no dice lo que algo es, sino lo que no es. Por lo demás, responde a una concepción ideológica que valora a la culpa como el único factor transcendente y niega tal carácter a los demás; en otros términos, niega a los factores objetivos vocación expansiva y fomenta una interpretación mezquina de los textos que los consagran.”

¹⁰⁰ Tradução livre do original: “La responsabilidad objetiva no se agota en el riesgo creado; existen otros factores objetivos de atribución tales como: la equidad, la garantía legal, la desigualdad en la distribución de las cargas públicas...”

de responsabilidade sem que se faça necessário analisar eventual juízo de valor de reprovação da conduta do agente causador do dano.

3.2.1. Socialidade

No contexto da responsabilidade civil, a expressão “socialidade” pode assumir diversos matizes. Jorge Mosset Iturraspe¹⁰¹ dá alguns exemplos das interpretações possíveis (das expressões “distribuição social do risco” ou “declínio da responsabilidade individual”). Dentre elas: a) superação do fundamento da responsabilidade na culpa; b) transferência da responsabilidade ao segurador, no caso de contratação de seguro voluntário; c) tradução de responsabilidade objetiva; d) exigência de seguro obrigatório; e, e) aumento das hipóteses de seguridade social e assunção dos prejuízos pelo Estado, a serem indenizados por meio de fundos destinados a esta finalidade.

No contexto do presente trabalho, a socialidade será analisada como fundamento mediato e imediato da obrigação de indenizar com base na responsabilidade objetiva. O principal foco é a socialidade como sinônimo de solidariedade, valor determinado como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, com base no art. 3º, I da Constituição Federal; como preponderância do bem comum em detrimento de eventual benefício individual. A preocupação com o próximo; no caso específico, com a vítima.

¹⁰¹ ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, Aída Kemelmajer; GHERSI, Carlos A.; STIGLITZ, Gabriel A.; PARELLADA, Carlos; ECHEVESTI, Carlos A. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 34.

Neste contexto, trata-se da solidariedade, no mesmo conceito tratado por Maria Celina Bodin de Moraes¹⁰²:

Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de 'não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito'. Esta regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que 'cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro'. É o conceito dialético de 'reconhecimento' do outro.

Denomina-se a solidariedade como fundamento mediato da responsabilidade, independentemente de aferição de culpa, porque todos os critérios objetivos de imputação de civil dos danos visam, em última instância, garantir a solidariedade, garantir a justiça no caso concreto, evitando que a vítima suporte um prejuízo injusto.

Neste sentido, Mariano Fernandez Martin-Granizo¹⁰³ chega ao ponto mesmo de dizer que "a obrigação de ressarcir os danos e prejuízos originados sem culpa só pode fundar-se em considerações de utilidade social matizadas de equidade".

¹⁰² *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 112.

¹⁰³ *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español*. Pamplona: Editorial Arazandi, 1972, p. 106. Tradução livre do original: "la obligación de resarcir los daños y perjuicios originados sin culpa, solo puede fundarse en consideraciones de utilidad social matizadas de equidad." Logo em seguida, ao fazer algumas considerações sobre as justificativas da responsabilidade civil objetiva, o mesmo autor afirma a razão de ser deste conceito "se encuentra fundamentalmente, en nuestro modo de ver, en la justicia distributiva que al ordenar las relaciones de la sociedad para con sus miembros, establece que aquella debe procurar a cada uno de sus componentes lo que le corresponda en Derecho y según sus méritos o deméritos."

Fundamento imediato porque, em algumas situações específicas, a socialidade é o próprio fundamento da aplicação da responsabilidade objetiva. Atente-se para o fato de que, neste contexto, estamos tratando de fundamento valorativo, não de fundamento normativo. Para que haja a responsabilização objetiva, é necessário que exista norma determinando a aplicação deste método de aferição de responsabilidade, nem que seja uma cláusula geral, como é o caso do art. 927, § único do Código Civil — que, diga-se de passagem, tem como fundamento imediato não a solidariedade, mas sim o risco.

O que se defende é que algumas normas de imputação de responsabilidade objetiva não podem ser fundadas na idéia de risco — que, sendo a tradicional, foi o embasamento originário da idéia de responsabilidade objetiva e, como já foi demonstrado, muitas vezes é tratado como sinônimo de responsabilidade objetiva —, o que seria impróprio, diante do ponto de vista ora defendido.

José Jairo Gomes¹⁰⁴ define muito bem essa diferença quando, tratando da solidariedade como fundamento da responsabilidade civil, afirma o seguinte:

A despeito de a responsabilidade civil ter de reportar-se à previsão legal, que estabelece seus contornos, o sentido valorativo e filosófico que ela exprime prende-se à solidariedade e à cooperação que devem presidir qualquer sociedade humana; caso o autor do dano não se solidarize com a vítima, procurando reparar ou minorar as conseqüências do seu comportamento, impõe a lei esse comportamento cooperativo-solidário, transformando-o em obrigação legal reparatória ou ressarcitória. Destarte, se se buscar o fundamento estritamente jurídico da responsabilidade civil, encontrar-se-ão os dispositivos legais que a prevêm; entretanto, se se indagar sobre o seu fundamento jurídico-filosófico-cultural, certamente serão a solidariedade e a cooperação que despontarão, combinadas, é claro, com a idéia de justiça.

¹⁰⁴ *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 222.

Uma das formas em que se pode observar o princípio da solidariedade influenciando na responsabilidade objetiva é na chamada socialização dos riscos¹⁰⁵ (ou dos prejuízos, para alguns). Em breves linhas, é possível explicar este sentido da expressão “socialização dos riscos” com dois questionamentos postos por Rosa Nery¹⁰⁶: “Quem assume o ônus da reparação de danos nas hipóteses em que não é possível identificar-se o culpado por eventual ação ilícita ou quando não é possível ao menos identificar-se ilicitude de conduta? É correto impor à vítima do dano, igualmente inocente, o ônus de suportar, sozinha, as conseqüências de um dano causado por outrem?”

Um exemplo prático que se pode dar em relação a este problema é de coisas caídas de prédios de apartamento (ou salas comerciais). Se um objeto cair de

¹⁰⁵ Ampliando-se o sentido adotado no texto, no tocante à socialização do risco, não são poucos os autores que defendem que o mesmo assume um papel de se determinar que o Estado absorva a obrigação de indenizar boa parte dos danos, normalmente em razão de fundos constituídos para tal finalidade. O marco inicial foi a questão dos acidentes de trabalho, que hoje, no Brasil, ficam a cargo, principalmente, da Previdência Social. A responsabilidade do órgão previdenciário é objetiva. No sentido deste entendimento, é possível citar José Jairo Gomes (*Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 235). Ele ensina: “Na sua trajetória vitoriosa, a teoria objetiva alçou vôos mais altos, rumando para a socialização dos riscos, em que encontrou o seu cume. A socialização supõe a progressiva imersão do indivíduo no corpo social. Essa concepção sustenta que o dever de ressarcir todo e qualquer dano há de ser carregado ao Estado, e, pois, à sociedade em geral — e não ao seu autor —, porquanto todas as pessoas são beneficiárias dos riscos criados pela vida social. O homem, por outro lado, não pode deter o progresso e o avanço das ciências, pois tal equivaleria a barrar a sua própria evolução. Propugna-se, com isso, a extinção da responsabilidade individual, a qual seria substituída pela responsabilidade social, superando-se a dicotomia culpa e risco — responsabilidade subjetiva e objetiva — ao modo da síntese que ocorre na dialética hegeliana.” E também se fazer menção a Jorge Mosset Iturraspe (*Introducción a la responsabilidad civil: las tres concepciones*. In: *Responsabilidad por daños: homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. BUERES, Alberto J. (Director). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 47), ao lembrar que André Tunc afirma ser necessário se distinguir o estado da responsabilidade civil nos países desenvolvidos e em desenvolvimento: a) nestes, se observa um aumento da importância da responsabilidade objetiva; b) naqueles, se assiste a uma decadência da responsabilidade individual, decorrente do avanço do seguro obrigatório, operando a alteração da responsabilidade individual para a social, sendo importante dar satisfação aos sinistros — desde a enfermidade até a morte, passando pela velhice, incapacidade, etc. — pela via estatal, protegendo cidadãos, trabalhadores, contribuintes, contra tais vicissitudes, com base no pagamento de indenização, outorga de pensões etc. Este aspecto da socialidade não será objeto de análise do presente estudo, por não ser seu ponto principal de atenção.

¹⁰⁶ *Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado*. Revista de Direito Privado, v. 17, 2004, pp. 68-69.

um prédio, causando danos a algum transeunte ou a um veículo estacionado embaixo do edifício, não sendo possível se identificar de qual unidade veio, o condomínio pode ser obrigado a indenizar a vítima. Isso decorre do fato de que é preferível ao direito que um grupo de pessoas responda pela indenização, de forma partilhada, do que impor à vítima o ônus de absorver, sozinha, o impacto econômico-financeiro do dano.¹⁰⁷

Para afastar qualquer dúvida quanto à relação entre socialização dos riscos e solidariedade, Rosa Nery¹⁰⁸ afirma ainda, categoricamente, que, “evidentemente, o princípio da socialização dos riscos é uma decorrência lógica do princípio constitucional da solidariedade social, principalmente por causa do risco da vida.”

Além de dar ensejo à socialização dos riscos, o princípio da solidariedade, aplicado à responsabilidade civil, como já mencionado, serve como fundamento mediato da responsabilidade objetiva. Isso quer dizer que todos os fundamentos para a imputação objetiva da obrigação de indenizar visam, em última instância, garantir o bem estar dos membros da sociedade, individualmente considerados.

¹⁰⁷ Neste sentido, menciona-se, a título de ilustração, decisão do Superior Tribunal de Justiça: RESPONSABILIDADE CIVIL. OBJETOS LANÇADOS DA JANELA DE EDIFÍCIOS. A REPARAÇÃO DOS DANOS É RESPONSABILIDADE DO CONDOMÍNIO. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados à terceiros. Inteligência do art. 1.529, do Código Civil Brasileiro. Recurso não conhecido. (STJ, REsp 64682/RJ, 4ª T, Rel. Min. Bueno de Souza, DJ 29/03/1999).

¹⁰⁸ *Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado*. Revista de Direito Privado, v. 17, 2004, p. 69.

Neste mesmo sentido, já há diversas manifestações da doutrina. Wilson de Melo da Silva¹⁰⁹ afirma que é “seria, ela [a responsabilidade objetiva], ditada, portanto, por imperativos de alta política social, preservativos da paz pública, indispensáveis ao harmônico e tranqüilo desenvolvimento das atividades humanas e, também, pelas necessidades mesmas do bem comum no seu sentido mais lato.” É nesse sentido que estamos tratando o princípio da solidariedade, no seu aspecto social, razão pela qual o pensamento ora transcrito se coaduna perfeitamente com a conclusão que se tenta comprovar.

Sob um ponto de vista coletivo, Patrícia Ribeiro Serra Vieira¹¹⁰ afirma, ainda, que “a direção objetivista pode ser considerada como um benefício não só para os interesses das vítimas, mas também, e sobretudo, para a coletividade, integralmente exposta às transgressões de massa inerentes aos riscos da industrialização; o que faz prevalecer o interesse social como propulsor do processo de socialização da responsabilidade civil.”

Como fundamento valorativo imediato para justificar algumas hipóteses de responsabilidade objetiva, a solidariedade se apresenta como fundamento no sentido de se garantir uma pacificação social. São hipóteses que, mesmo não havendo sequer a criação de um risco, ou mesmo qualquer outro motivo aparente para a adoção da responsabilidade objetiva, em razão de uma estabilidade do tecido social, a lei determina que o causador do dano indenize a vítima, independentemente de restar comprovada a sua culpa no ato que deu ensejo ao resultado danoso.

¹⁰⁹ *Responsabilidade sem culpa*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1974, p. 152.

¹¹⁰ *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 96.

Algumas das hipóteses em que a solidariedade aparece como fundamento imediato da obrigação de indenizar serão analisadas na próxima parte deste trabalho, em que serão estudadas especificamente algumas suposições de aplicação da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.2. Risco

Como já foi dito acima, o risco foi o fundamento inicial da responsabilidade “sem culpa”, no final do século XIX, em razão da urbanização e da industrialização da sociedade europeia. Basicamente, afirma-se que é obrigado a indenizar, independentemente de culpa, aquela pessoa que causa o dano em razão de ter anteriormente exposto as demais a um risco.

Entretanto, a criação do risco pode decorrer de diversas atividades e formas. Em razão disso, a doutrina criou algumas teorias, todas espécies do gênero “teoria do risco”, para justificar a definição de determinados riscos em casos específicos. É verdade que tais criações variam de acordo com cada autor, não havendo uma unanimidade em relação a elas, até mesmo em razão da sua fluidez e da irrelevância, em termos práticos, de tais subdivisões.

Inicialmente, é possível se falar em risco-proveito, quando o causador do dano criou o risco para outrem em razão de um benefício (normalmente de caráter econômico) para si. É a aplicação do brocardo *ubi emolumentum, ibi onus*. O potencial causador do dano explora determinada atividade que lhe traz benefício, em contrapartida do proveito que dela tira. Pode-se citar como exemplo desta vertente a empresa de fogos de artifício que, visando o lucro

decorrente da sua atividade econômica, expõe as pessoas a riscos, principalmente de explosões e queimaduras.

Já a vertente do risco-profissional, mencionada por parte da doutrina, é definida por Sérgio Cavalieri¹¹¹: “O dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado.” Como se pode facilmente concluir, quem explora profissionalmente determinada atividade, aufer, em decorrência dela, algum proveito (neste caso, principalmente de caráter econômico).

Este fato se aproxima muito esta definição daquela anteriormente tratada. Analisando a nomenclatura dada à teoria, seria possível afirmar que a diferença entre elas estaria no fato de que esta trata de pessoas físicas, exercentes de profissão regulamentada, enquanto aquela, por ser mais ampla, seria destinada principalmente às pessoas jurídicas, que não exercem profissão, mas sim atividade econômica.

Sérgio Cavalieri¹¹² menciona ainda o chamado risco excepcional, onde “a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. A título de exemplo, podem ser lembrados os casos de rede elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear, materiais radioativos etc.” Como se pode concluir dos exemplos dados pelo autor, mais uma vez observa-se a teoria do risco-proveito, vez que todas as

¹¹¹ *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 129.

¹¹² *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 129-130.

atividades por ele mencionadas, são exploradas economicamente, com o claro intuito obter para si um benefício, um proveito, especificamente na figura do lucro.

Menção específica merece a chamada teoria do risco-criado, que seria a teoria do risco na sua aplicação mais ampla, vez que esta modalidade não submete a criação do risco a nenhum outro critério determinante. O mero fato do potencial causador do dano praticar uma ação que gere riscos ao patrimônio e ao direito alheio já lhe imputa a obrigação de indenizar eventuais prejuízos, independentemente da existência de culpa da sua parte.

Sobre a teoria do risco, mais especificamente sobre estas duas vertentes da referida teoria, Aída Kemelmajer de Carlucci e Carlos Parellada¹¹³ analisam que o risco e a vulnerabilidade do homem são características essenciais das relações sociais. Por esta razão, por si só, “não poderia justificar uma atribuição de responsabilidade, pois o risco é uma contingência natural da vida e a vulnerabilidade uma característica do homem; entretanto é sim razão suficiente para o deslocamento da carga econômica do dano, o haver criado ou repotencializado o risco ou obter dele um benefício. As duas variantes do risco como fator de atribuição são então: o risco criado e o risco benefício ou proveito.”

¹¹³ ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, Aída Kemelmajer; GHERSI, Carlos A.; STIGLITZ, Gabriel A.; PARELLADA, Carlos; ECHEVESTI, Carlos A. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 194. Tradução livre do original: “No podría justificar una atribución de responsabilidad pues el riesgo es una contingencia natural de la vida y la vulnerabilidad una característica del hombre; en cambio, sí es razón suficiente para el desplazamiento de la carga económica del daño, el haber creado o reponteciado el riesgo o obtener de él un beneficio. Las dos variantes del riesgo como factor de atribución son entonces: el riesgo creado y el riesgo beneficio o provecho.”

Por fim, a doutrina menciona a figura da teoria do risco-integral. Esta teoria tem especial relevância, pois vai além da culpa, alcançando também o nexo causal. Como ensina ainda Sérgio Cavalieri¹¹⁴, “a teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal.” Grande inovação metodológica decorre deste entendimento, vez que dispensa não apenas a culpa, mas também o nexo causal. O risco-integral é utilizado principalmente no exercício de atividade extremamente perigosas, como a exploração de energia nuclear, objeto de análise própria à frente.

Ainda sobre a mesma figura sob análise, José Jairo Gomes¹¹⁵ é mais detalhado:

Como forma radical da teoria do risco, surgiu a concepção do risco integral, pela qual nem mesmo a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou de força maior seriam hábeis a suprimir a responsabilidade.

Concluindo a análise das espécies criadas dentro da teoria do risco, vale dizer que demonstra interesse, para fins deste trabalho, diferenciar as teorias do risco-proveito, do risco-criado e do risco-integral, eventualmente aplicadas aos microssistemas adiante analisados. As demais teorias se mostram contidas dentro da idéia de risco-proveito.

No Brasil, a responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco foi adotada primeiramente pelo Decreto 2681/1912, que “regula a

¹¹⁴ *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 130.

¹¹⁵ *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 234.

responsabilidade civil das estradas de ferro”. Esta norma teve como seu principal objetivo adotar a responsabilidade objetiva — apesar de fazer menção à culpa presumida, como será demonstrado adiante —, tanto para os danos causados aos passageiros quanto aos proprietários das terras marginais às linhas férreas. Na verdade, o fato social é muito próximo da industrialização observada na Europa desde o final do século anterior. Ou seja: a utilização de máquinas, principalmente as que usam a energia térmica como força motriz, para efetuar trabalhos e rotinas já praticadas pelos próprios homens, por animais ou por invenções por estes tracionadas.

O legislador de então entendeu que esta atividade gerava um risco a estas pessoas — passageiros e proprietários marginais —, em razão da atividade econômica explorada (especificamente, aplicação da teoria do risco-proveito). Em relação aos passageiros, o risco decorria principalmente da relação máquina-pessoa.

Sendo aquela pesada e de metal, poderia causar danos aos passageiros, principalmente no embarque, desembarque ou mesmo durante o trajeto (espaço entre os vagões, balanço da composição, eventual freada brusca ou mesmo abalroamento...). Já em relação aos proprietários marginais, o risco decorria do combustível utilizado pelas locomotivas da época. Como os trens eram movidos a lenha, era comum que suas chaminés soltassem fagulhas que pudessem dar causa a incêndios na vegetação ou mesmo nos prédios que ficavam situados próximos aos trilhos.

Para a análise do presente tema, parece de especial relevância a análise dos artigos 17 e 26 da referida norma, que, tratando da obrigação de indenizar os danos causados aos passageiros e aos proprietários marginais, prescrevem o seguinte:

Art. 17 – As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea.

A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:

1ª - Caso fortuito ou força maior;

2ª - Culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.

Art. 26 – As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração das suas linhas causar aos proprietários marginais.

Cessarà, porém, a responsabilidade se o fato danoso for consequência direta da infração, por parte do proprietário, de alguma disposição legal ou regulamentar relativa a edificações, plantações, escavações, depósito de materiais ou guarda de gado à beira das estradas de ferro.

Como se observa da redação do art. 17, que regulamenta a obrigação de indenizar os danos causados aos passageiros, é interessante observar que, apesar de o dispositivo legal afirmar que “a culpa será sempre presumida”, o mesmo só aponta duas possibilidades de afastamento da responsabilidade: caso fortuito ou força maior e culpa exclusiva da vítima.

Como é pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência atuais — como será demonstrado adiante, com a análise pormenorizada das hipóteses específicas de responsabilidade objetiva — estas duas hipóteses não se referem à aferição de culpa do agente, mas sim afastam o nexo causal entre ação ou omissão do causador do dano e o resultado danoso.

Ora, se a obrigação de indenizar somente pode ser afastada com o rompimento do nexo causal, não há que se falar em presunção de culpa, mas sim de pura responsabilidade objetiva. Seria até possível se falar em presunção *juris et de jure* de culpa, mas, como já restou demonstrado no capítulo anterior, esta presunção, pelo fato de não comportar a comprovação da não-culpa, na verdade pode ser considerada uma forma travestida de responsabilidade objetiva.

No mesmo sentido, é possível se referir em relação ao art. 26, acima transcrito. O mencionado dispositivo legal somente possibilita a exclusão da responsabilidade da estrada de ferro do caso de culpa exclusiva da vítima — ao infringir norma relativa “a edificações, plantações, escavações, depósitos de materiais ou guarda de gado à beira das estradas de ferro”.

Novamente, é possível dizer que a culpa exclusiva da vítima é motivo de afastamento do nexo causal, razão pela qual não há dúvidas ao se afirmar que, mais uma vez, o legislador de 1912 adotou, em relação às estradas de ferro, a responsabilidade objetiva com base na teoria do risco.

O risco continua sendo tratado como o principal fundamento para a responsabilidade objetiva. Como será analisado adiante, o Código Civil de 2002 adotou inclusive uma cláusula geral fundada no risco, o art. 927, parágrafo único. Este fato deu nova relevância ao estudo do risco, vez que neste novo contexto cabe também aos magistrados, mediante a análise do caso concreto, e não unicamente à lei, abstratamente considerada, afirmar se

uma determinada atividade é arriscada ou não, para que dê ensejo à responsabilidade, independentemente de culpa.

3.2.3. Boa-fé

Conforme restou demonstrado no início deste capítulo, o Código Civil atual implementou a boa-fé, principalmente no âmbito das relações contratuais, como uma forma de aplicação efetiva, um reflexo da eticidade, um dos valores de pauta na elaboração deste Codex.

Também restou claro que é possível se identificar basicamente três funções da boa-fé no Código Civil de 2002: hermenêutica dos negócios jurídicos (art. 113), norma de conduta para os contratantes de uma relação jurídica obrigacional (art. 422) e limite interno do direito subjetivo (art. 187).

Para fins do presente trabalho, parece mais adequado se proceder à análise das duas últimas, posto que, como determinantes de comportamento, seja como imposição positiva (art. 422, condutas ao contratante), seja como imposição negativa (art. 187, limites à conduta do agente), o comportamento em sentido contrário pode gerar responsabilidade.¹¹⁶

¹¹⁶ É verdade que, neste ponto, alguns poderiam levantar dúvida quanto à diferenciação entre eventual responsabilidade extracontratual (decorrente do art. 187) e responsabilidade contratual (decorrente do art. 422) — e que só esta afirmação já poderia ser objeto de divergência. Apesar de não duvidar da eventual relevância da diferenciação (objeto de debate na própria doutrina), para a finalidade do presente trabalho este ponto não parece ter maiores consequências, além de desviar muito do foco pretendido, em virtude das discussões que da análise poderiam decorrer. Em razão deste fato, o que se analisa é eventual imposição de comportamento — positivo ou negativo — e seu descumprimento gerando dano e, finalmente, a obrigação de indenizar.

Pois bem, o art. 422 prevê uma cláusula geral de determinação de comportamento probó aos contratantes, nos seguintes termos: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” A doutrina¹¹⁷ entende que o referido dispositivo legal, como cláusula geral, impõe aos contratantes deveres acessórios, não expressamente previstos no contrato, como informação, segurança e lealdade.

Tais deveres devem ser observados antes, durante e depois da execução do contrato, sob pena de se responsabilizar o causador do dano. As denominações de “responsabilidade pré-contratual” e “responsabilidade pós-contratual” são utilizadas para designar a consequência da inobservância dos deveres decorrentes da boa-fé antes e depois da execução do contrato, respectivamente.

A medida para a aferição de observância, ou não, dos deveres acessórios acima mencionados é a boa-fé objetiva, aquela que analisa o comportamento das partes, independentemente de análise da sua intenção ou outro aspecto de natureza objetiva ou psicológica, como já foi tratado aqui. Concluindo-se que houve inobservância dos comportamentos determinados pela referida medida objetiva, o causador do dano é obrigado a indenizar a vítima.

¹¹⁷ Por todos, referencia-se MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 582-583.

Sobre esta característica da boa-fé, como fonte legítima de deveres acessórios juridicamente passíveis de vinculação, Judith Martins-Costa¹¹⁸ faz uma interessante análise:

Na função de baliza da licitude, confiança e boa-fé (idéias já unidas etimologicamente pela noção de *fides*) conectam-se funcionalmente, uma sintetizando a proteção das legítimas expectativas, outra traduzindo as exigências de proibidade e correção no tráfego jurídico. Atuam, pois, coligadamente para coibir condutas que defraudem a expectativa de confiança — seja aquele grau mínimo de confiança que torna pensável a vida social, seja a confiança qualificada por uma especial proximidade social entre as partes, como ocorre na relação pré-contratual. Isto porque não é nem sequer pensável a comunicação (entendida como meio de entendimento e de coordenação da ação humana) — ensina-nos Baptista Machado —, senão havendo a observância de regras éticas elementares, como a veracidade e a lealdade, a que correspondem os conceitos complementares de credibilidade e responsabilidade.

No que se refere à função da boa-fé como limite interno do direito subjetivo, o art. 187 prevê que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Sem dúvida, aqui se trata de responsabilidade extracontratual, pois o dispositivo legal traz uma das definições de ato ilícito, conforme será analisado à frente, quando for tratado especificamente o assunto do abuso de direito. O exercício abusivo de um direito pode gerar ao eventual causador do dano a obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes do seu ato abusivo.

A boa-fé tem especial atuação neste item por ser um dos critérios (talvez o de mais recorrente aplicabilidade) de definição da abusividade, ou não, do ato

¹¹⁸ Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé. In: <http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/Costajudith.pdf>. Acessado em 09 de Janeiro de 2008, p. 28.

praticado. O exercício de um direito em conflito com o comportamento que se espera de uma pessoa leal acarreta a ilicitude daquele ato e, em caso de ocorrência de dano, a obrigação de indenizar, com fulcro no referido art. 187.

Dos critérios existentes no art. 187, Judith Martins-Costa afirma que a boa-fé é o mais importante deles:

A boa-fé é uma categoria sistematizadora, na medida em que há de ser composta com outras categorias dogmáticas com ela funcionalmente conectadas. No que tange à função da boa-fé como limite ao exercício de direitos, haverá necessária conexão funcional com as regras atinentes ao exercício em causa: (...) se se tratar de um contrato de mandato, a repressão ao exercício excessivo de poderes pelo mandatário deverá atuar pela conexão entre o princípio da boa-fé atuando em sua intensidade máxima (em razão da natureza fiduciária desse tipo contratual) e as eficácias previstas no art. 665 do Código Civil; se o caso envolver relação pré-contratual de serviços médicos, em que é patente a assimetria de poderes informativos — pensamos, por exemplo, em uma cirurgia plástica estética —, a boa-fé comandará a avaliação da qualidade e extensão das informações pré-contratuais prestadas pelo médico ao paciente, de modo a se estabelecer se ocorreu ou não relação causal entre o dano acaso existente e o “consentimento informado”, isto é, o dever pré-contratual de ampla informação, alerta e esclarecimento ao paciente; se o caso envolver relações proprietárias (como na hipótese tradicional do abuso no exercício de direitos de vizinhança), haverá conexão entre a boa-fé como mandamento de consideração ao alter e às regras codificadas que demarcam tal exercício; já se se tratar de relações intra-empresariais, como as que ligam o acionista controlador aos minoritários, a boa-fé auxiliará a mensuração do abuso de poder de controle nos termos amplamente postos na lei societária; em outro exemplo, nas relações inter-empresariais, direcionará o mandamento de consideração, impedindo que prática negocial habitualmente seguida, ainda que defeituosa na forma, possa ser anulada por defeito de forma.

No âmbito do presente trabalho, a boa-fé tem relevância sob o aspecto de criação de responsabilidade civil independentemente de culpa no comportamento do agente. A análise será meramente comportamental, sob o aspecto objetivo da boa-fé, sem se adentrar no aspecto psicológico do agente no momento da prática do ato.

Exemplo que vale menção, como um dos pilares da responsabilidade objetiva com base na boa-fé, é a redação dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94, também conhecida como Lei Antitruste. Ali estão previstas algumas práticas mercadológicas submetidas ao sistema da responsabilidade objetiva, como se observa claramente da redação do art. 20, que traz o típico texto “independentemente de culpa”, que caracteriza a responsabilidade objetiva legalmente prevista.

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
 - II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
 - III - aumentar arbitrariamente os lucros;
 - IV - exercer de forma abusiva posição dominante.
- [original sem grifos ou destaques]

Continuando a explicitação das idéias que acarretam a ilicitude da prática sem a ocorrência de culpa, o art. 21 exemplifica algumas condutas que podem dar ensejo a uma infração da ordem econômica.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

- I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
- II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
- IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

- IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;
- XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;
- XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos antidumping e de subsídios do Gatt;
- XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;
- XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
- XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;
- XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Como se observa, tanto do rol de infrações previstas no art. 20 quanto nas condutas que as tipificam, previstas no art. 21, a preocupação do legislador está em garantir a lealdade, a probidade, a livre concorrência, a saudável relação mercadológica entre seus agentes. Tais valores, como lealdade, probidade e livre concorrência, são típicos da boa-fé objetiva.

Como a constatação do ilícito (infração da ordem econômica) independe da aferição de culpa do agente, por expressa determinação do art. 20, em caso de eventual dano sofrido em razão de comportamento que possa assim ser classificado, a obrigação de indenizar vai depender apenas da comprovação do dano e do nexo causal. A culpa é dispensada, em razão da afronta à boa-fé objetiva, que funciona como um fundamento imediato da responsabilidade objetiva neste contexto.

Neste sentido, de boa-fé objetiva, de lealdade, como fundamento para a imputação civil dos danos independentemente da aferição de culpa, em oposição à doutrina clássica de responsabilidade civil, Rosa Nery¹¹⁹ afirma:

A noção de culpa liga-se à idéia de reparação em favor daquele que foi vítima de má-fé subjetiva de alguém. A noção de lealdade é mais ampla. Ela faz com que o sistema se importe com as vítimas do acaso e dos riscos da vida social, promovendo uma tessitura sócio-jurídica capaz de compor a possibilidade de indenização, ainda que não se possa identificar 'culpados'. O que se busca é a harmonia da vida social.

É possível se concluir que, sendo geradora de comportamentos — positivos ou negativos —, a boa-fé, analisada sob o aspecto objetivo, comportamental, do agente, pode ser fonte imediata de responsabilidade objetiva, seja com base nas cláusulas gerais existentes no Código Civil, seja com base em leis específicas que determinam expressamente a obrigação de indenizar independentemente de culpa em casos que podem ser classificados como ofensivos a um padrão leal e probó de comportamento.

¹¹⁹ *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) — uma análise histórica e cultural*. Tese de livre docência, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, p. 248.

4. Fundamentos da responsabilidade civil no Brasil

Diante de tudo o que tratou o capítulo anterior, é possível se concluir que a responsabilidade civil no Brasil se funda em um sistema marcado pela dualidade. Tanto é possível que se faça necessária a análise da culpa para que se efetive a imputação civil dos danos, quanto é possível se dispensar este requisito, aplicando-se a chamada responsabilidade objetiva.

Apesar da evolução observada, da responsabilidade subjetiva, fundada na teoria da culpa, para a ampla aplicação da responsabilidade objetiva, fundada na idéia da obrigação de indenizar independentemente da ocorrência de culpa não apenas com base no risco, mas em diversos outros valores caros ao ordenamento jurídico contemporâneo, vale ressaltar que, pelo menos por enquanto, não é correto se falar em superação do paradigma da culpa.

Alvino Lima¹²⁰, ao analisar, em meados do século passado, a perspectiva para o futuro, falando da teoria da culpa (responsabilidade subjetiva) em face da teoria do risco (responsabilidade objetiva), afirmou:

Ambas, porém, continuarão a subsistir, como forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam exterminar ou se confundir, fundamentando, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos lesados.

Tal observação parece conveniente e acertada, vez que, em algumas situações, a análise da culpa será relevante para se verificar a real obrigação

¹²⁰ *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 45.

de indenizar o dano observado. Este cuidado visa não impor severos freios à vida humana e ao desenvolvimento social, ao se aumentar desproporcionalmente as hipóteses de aplicação da responsabilidade objetiva.

E não se descuida da análise da responsabilidade civil sob o ponto de vista da vítima e a necessidade social de imputar o encargo econômico decorrente do dano ao seu autor, sempre que tal seja o meio de se alcançar os valores inerentes ao ordenamento. De qualquer forma, não há como se negar que a preponderância de valores como a eticidade e a socialidade interferiu na forma de se analisar a responsabilidade civil nos dias atuais.

Mesmo a culpa, quando invocada como fundamento da responsabilidade civil, nas hipóteses do *caput* do art. 927 do Código Civil, dentre outras, sofre influência desta evolução, marcada pela influência dos parâmetros de socialidade e de eticidade na aplicação e interpretação das normas legais.

É a chamada culpa objetiva, onde se analisa não mais a consciência, o aspecto psicológico ou a intenção do causador do dano, mas a sua imperícia, imprudência ou negligência, analisada de acordo com o seu comportamento em contraste com o que se esperaria de uma pessoa com comportamento ético e proba naquela mesma situação. Cesare Massimo Bianca¹²¹ constata esta tendência ao afirmar:

¹²¹ BIANCA, Cesare Massimo. *Superveniencia de la teoría de la culpa*. In: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al professor doctor Atilio Aníbal Alterini*. BUERES, Alberto José e CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Directores). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 142.

As críticas ao princípio da culpa pressupõem que esta se entende no sentido psicológico, como defeito da vontade do sujeito. Em troca, atualmente prevalece uma concepção objetiva de culpa, determinada pela inobservância de uma regra de conduta, ou seja, pela inobservância da diligência devida segundo os adequados parâmetros sociais e profissionais de conduta¹²².

Nas hipóteses em que efetivamente for o caso de aplicação da responsabilidade independentemente da análise da culpa, é necessário observar que o risco deixou de ser o único fundamento para a sua aplicação, dando ensejo a outros critérios, como foi exemplificado neste trabalho como a socialidade e a boa-fé. Neste sentido, Anderson Scheiber¹²³ alerta:

A criação ou majoração de um risco, como noção jurídica empregada por cláusulas gerais de responsabilização, continua sendo importante fator na aplicação da responsabilidade objetiva, mas perde seu papel de fundamento exclusivo do instituto na medida em que se vislumbram hipóteses de incidência desta espécie de responsabilidade em que não se pode, ou em que se pode apenas artificialmente, invocar o risco como fato de vinculação entre o dever de indenizar e o agente. Em tais situações, a responsabilidade objetiva parece revelar a sua verdadeira essência na contemporaneidade: não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fato de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima — uma proposição, portanto, essencialmente negativa.

A idéia de solidariedade, portanto, toma um lugar especial na aplicação da responsabilidade objetiva, pois será sempre o seu fundamento mediato. Foi demonstrado que, mesmo o risco, primeiro fundamento da imputação de

¹²² Tradução livre do original: “Las críticas al principio de la culpa presuponen que ésta se entiende em sentido psicológico, como defecto de la voluntad del sujeto. En cambio, actualmente prevalece una concepción objetiva de culpa, determinada por la inobservancia de una regla de conducta, es decir, por la inobservancia de la diligencia debida según los adecuados parámetros sociales y profesionales de conducta.”

¹²³ *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 29.

responsabilidade sem a análise do elemento culpa, foi embasado na necessidade de pacificação social.

Entretanto, em algumas situações, a solidariedade é a direta e única justificativa para a imputação de certas obrigações de indenizar, razão pela qual a culpa é dispensada. O risco continua sendo um importante critério de imputação civil dos danos, desde que observada a sua criação, seja com o intuito de proveito, seja com a mera criação do risco.

Por fim, a boa-fé também assumiu uma posição de fundamento para a responsabilidade objetiva. O causador do dano, que age contrariamente aos preceitos de lealdade ou, ao exercer um direito que lhe é reconhecido, excede os limites da boa-fé objetiva, fica obrigado a reparar o dano observado pela vítima. Obviamente, nestes casos, é irrelevante o estudo de eventual comportamento culposo por parte do causador do dano, vez que apenas se analisa o seu comportamento em relação ao *standard* considerado desejado pelo direito.

Em razão do princípio da proporcionalidade, deve haver uma ponderação de valores ao se elaborar e se interpretar normas jurídicas, sendo sempre desaconselháveis interpretações extremas, tanto num sentido quanto noutro. A responsabilidade fundada na culpa se tornou insatisfatória para todos os casos da vida moderna.

Também não parece ser a responsabilidade objetiva a melhor solução para todos os casos em que se trata de responsabilidade civil, posto que a conduta

do agente ainda poderá ser relevante para se analisar sua imputabilidade em determinada situações.

A responsabilidade civil objetiva tem lugar quando for determinante sua aplicação para garantir a solidariedade (socialidade) pregada pela Constituição Federal, seja de forma direta, seja em razão da exposição ao risco por parte do causador do dano, seja porque é uma imposição para se garantir o respeito à boa-fé.

SEGUNDA PARTE

MICROSSISTEMAS JURÍDICOS DE IMPUTAÇÃO CIVIL POR RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO BRASIL

1. Código Civil

O Código Civil de 2002, instituído pela Lei 10.406/2002, prev, em alguns momentos específicos, a adoção da teoria objetiva em termos de responsabilidade civil. São essas hipóteses que passam a ser objeto de análise pela presente pesquisa, nos próximos itens deste trabalho.

É verdade que, como se verá mais adiante, a responsabilidade objetiva foi adotada em várias outras situações do ordenamento jurídico brasileiro. Várias delas inclusive são anteriores ao Código Civil. Não obstante essa pré-existência temporal, vale ressaltar que, no presente trabalho, se fez uma opção pela análise, primeiramente, do Código Civil, para somente em seguida se fazer a das demais normas que adotam a mesma teoria para fins de responsabilidade civil.

A escolha se justifica por dois motivos. Primeiro, porque o Código Civil visa ser a principal norma de direito privado do ordenamento jurídico, exatamente pela escolha de codificação feita pelo legislador brasileiro. Por tal razão, ele acaba sendo a norma geral que trata de responsabilidade civil, aquela que define seus princípios, seus balisamentos mínimos.

Em segundo lugar, como será analisado adiante, o art. 927, § único do Código Civil faz menção à possibilidade de adoção da teoria do risco por outras normas específicas. Por tais motivos, nos parece mais apropriado, em termos metodológicos, adotar não o critério cronológico para a análise das normas que adotam a teoria do risco, mas sim o critério de especificidade, partindo da norma geral, para, em seguida, se analisar as normas específicas.

Dentro do Código Civil, foi feita a opção por abordar os assuntos em ordem crescente de previsão legislativa. Em razão desta escolha, o primeiro tema a ser analisado é a responsabilidade decorrente do abuso de direito.

1.1. Abuso de Direito

O abuso de direito é uma expressão jurídica que designa, em poucas palavras, o exercício de um direito de forma abusiva, de forma a exceder determinados limites. Como veremos adiante, o Código Civil vigente equipara o ato assim praticado ao ato ilícito.

Menezes Cordeiro¹²⁴ ensina, de forma objetiva e didática, que a expressão “abuso de direito”¹²⁵, quando criada pelo autor belga Laurent, teve por objetivo “nominar uma série de situações jurídicas ocorridas em França, nas quais o

¹²⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 670-671.

¹²⁵ Apenas a título de informação, vale mencionar lição de Ripert (*in A regra moral nas obrigações civis*. 2 ed., Traduzido por Osório de Oliveira, Campinas: Bookseller, 2002, pp. 170-171), em que consta que Planiol criticava esta expressão, por entender que a mesma não passava de uma logomaquia, posto que o exercício do direito dentro dos seus limites é exercício do direito; qualquer coisa diferente (ou seja, o exercício abusivo) já não seria mais direito do seu titular, razão pela qual a expressão seria imprópria. O direito cessa onde começa o abuso. Até mesmo em razão destas críticas, alguns doutrinadores preferem se referir ao “exercício abusivo de posição jurídica”.

tribunal, reconhecendo, na questão de fundo, a excelência do direito do réu, veio a condenar, perante irregularidades no exercício deste direito”.

Nesta mesma esteira de raciocínio, Judith Martins-Costa¹²⁶ denomina a ilicitude civil típica, prevista no art. 186 do Código Civil, de “ilicitude de fins”. No tocante ao abuso de direito, a autora se refere a “ilicitude no modo de exercício”.

Desta afirmação surge, inicialmente, uma diferenciação entre o abuso de direito e o ato ilícito típico, previsto no art. 186, já analisado acima. Vale ressaltar que não há discussão quanto à ilicitude do abuso de direito, vez que a própria redação do art. 187 inicia-se com a expressão “também comete ato ilícito...”, deixando claro que regulamenta hipótese de ato ilícito. O que se analisa, *in casu*, é a diferença entre as duas categorias de ato ilícito previstos no Código Civil: aquele inculcado no art. 186 e aquele designado no art. 187.

Alvino Lima¹²⁷ demonstra tal diferença, afirmando, de forma categórica:

Distinguem-se, pois, as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade: naquele transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição.

No mesmo sentido, Heloísa Carpena¹²⁸ ensina que, no ato ilícito típico, o sujeito viola diretamente a norma legal, pressupondo a existência da mesma

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*. In: <http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/Costajudith.pdf>. Acessado em 9 de Janeiro de 2008, p. 13.

¹²⁷ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 219.

(mesmo que seja de forma ampla, como é o caso do art. 186). No caso do abuso de direito, aparentemente, há o exercício de uma posição jurídica legítima e reconhecida pelo direito, quando há verdadeiramente “uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento”. Prosseguindo na mesma idéia, a autora afirma que, “no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológicos-materiais”.

Para sintetizar o pensamento, vale mencionar uma parábola muito simplória, mas de extrema clareza, criada por Cézair-Bru e Morin¹²⁹, para exemplificar a diferença entre abuso de direito e ilícito (neste caso, ilícito contratual), nos seguintes termos:

Se eu lhe alugo um cavalo, e estipulo com grande riqueza de detalhes o uso que poderá fazer do mesmo, você não poderá usar o cavalo, a não ser dentro dos limites traçados pelo contrato. Seu direito de uso tem um limite objetivo. Se você o excede, sai do seu direito. Ao contrário, se eu lhe alugo um cavalo pura e simplesmente, sem indicação de condições, seu direito tem conteúdo ilimitado. Se você exaure o cavalo, se por exemplo você o faz carregar peso muito grande, dir-se-á não que você tenha saído do seu direito, mas que abusou da permissão, isto é, do direito ao qual concordou.¹³⁰

¹²⁸ CARPENA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In: *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 405.

¹²⁹ Apud MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o acto ilícito*. Rio de Janeiro: Renato Americano, 1935, p. 127.

¹³⁰ Tradução livre do original: “Je vous loue un cheval, et je stipule avec le plus grand luxe de détails l’usage que vous pourrez en faire, vous ne pouvez vous servir du cheval que dans les limites tracées par le contrat. Votre droit d’usage a une limite objective. Si vous en sortez, vous sortez de votre droit. Au contraire, je vous loue un cheval purement et simplement, sans indications de conditions. Votre droit à contenu illimité. Si vous surmenez le cheval, se par exemple vous lui faites traîner de trop lourdes fardeaux, on dira, non pas que vous sortez de votre droit, mais que vous abusez de la permission c’est à dire du droit que vou a été accordé”

A doutrina majoritária enxerga na teoria medieval da *aemulatio* a precursora do que hoje se entende por abuso de direito, havendo divergência neste sentido¹³¹. Apesar da falta de consenso doutrinário, cujo objetivo deste trabalho não é solucionar, parece conveniente fazer uma breve menção aos atos emulativos, em razão do aspecto psicológico a ele inerente. A *aemulatio* afirmava que o ato com intenção de lesar, sem que o mesmo trouxesse qualquer benefício (ou um benefício desprezível) ao seu titular, geraria a obrigação de indenizar.

Diante desta idéia de ato emulativo, deve ser observado que tal categoria se refere aos atos danosos aparentemente legais, mas cuja mácula está contida no fato de serem regidos exclusivamente por uma intenção lesiva, o que estampa indubitavelmente a existência de dolo no seu contexto.

Ora, o dolo é a forma mais profunda de consciência, de imputabilidade do agente, sendo inclusive impossível não fazer menção ao antigo conceito de delito e quase-delito, fundado exatamente na diferenciação entre dolo e culpa. Como já foi demonstrado, a sociedade moderna demanda uma imputação de responsabilidade com o menor grau possível de subjetividade.

Portanto, é inaplicável, nos tempos atuais, a doutrina da *aemulatio*, em termos de abuso de direito, como sua principal forma de interpretação (o que não exclui a possibilidade de sua constatação no caso em que algum titular de

¹³¹ Menezes Cordeiro é um grande crítico desta corrente, afirmando que “o abuso de direito não teve consagração geral no Direito romano, ainda que sob terminologia diversa. Tampouco uma alegada proibição de actos *ad aemulationem*, a *exceptio doli* ou a regulação dos conflitos de vizinhança podem, com propriedade, ser apontados como seus antecedentes lineares.” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 676-677)

direito o exerça de forma dolosa no sentido de prejudicar outrem). Vejamos então a evolução deste entendimento, a partir da teoria ora demonstrada.

De acordo com o que ensina Alvino Lima, com base nas lições de Jossierand,¹³² o entendimento jurisprudencial francês sobre a teoria do abuso de direito evoluiu com base nos seguintes fundamentos: a culpa na execução (critério técnico), a ausência de interesse legítimo (critério econômico) e o desvio do direito de sua função social (critério social ou finalista).

A culpa na execução consiste em ter o titular do direito agido no exercício do mesmo sem interesse apreciável, sem vantagem, embora sem intenção de prejudicar, mas de tal maneira que o ato praticado é economicamente mau e condenável. É uma culpa de ordem econômica.

Por interesse legítimo, o autor entende que as faculdades objetivas são conferidas aos homens pelo poder público, tendo em vista a satisfação de seus interesses. Não de quaisquer interesses, mas de interesses legítimos; se o titular de um direito o exerce fora de todo o interesse, ou para a consecução de um interesse ilegítimo, ele abusa de seus direitos, não merecendo a proteção da lei. O exercício contrário à destinação econômica do Direito, um verdadeiro contra-senso econômico, fixa esta concepção de ordem econômica.

Por fim, no tocante ao critério social ou finalista, Jossierand afirma que deve-se ter em vista a finalidade dos direitos, sua função própria a cumprir e, conseqüentemente, cada um deles deve realizar-se conforme o espírito da

¹³² LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 241.

instituição; os pretensos direitos subjetivos são direitos-funções, os quais devem permanecer no plano da função que devem desempenhar, senão seu titular comete um desvio, um abuso de direito; o ato abusivo é o ato contrário ao fim da instituição, ao seu espírito, à sua finalidade.

Como se observa desta síntese do pensamento de Josserand, apresentado por Alvino Lima, que foi analisada e discutida vastamente pela doutrina francesa, é possível se concluir que há basicamente dois pontos de vista opostos a serem analisados: a responsabilidade com base na culpa (devendo ficar caracterizada a imprudência, a imperícia ou a negligência econômica do titular do direito na aplicação do seu exercício abusivo) e outra, de caráter finalista, ou objetivo (seja com base na idéia de funcionalização dos direitos subjetivos¹³³, seja com base na ausência de interesses legítimos ou a ruptura do equilíbrio dos interesses em jogo).

Da análise do art. 187¹³⁴ do Código Civil de 2002, é possível se concluir claramente que o legislador brasileiro adotou, para a responsabilidade decorrente do abuso de direito, o critério objetivo-finalístico, baseado na corrente de funcionalização dos direitos subjetivos, vez que o dispositivo faz

¹³³ Como é notório, houve um momento histórico em que se discutiu a prevalência dos direitos subjetivos, que estariam sendo “funcionalizados”, principalmente em razão do desenvolvimento da idéia de função social da propriedade, e com isso sua aplicação e sua própria doutrina estariam sendo desprezadas, como defendiam alguns. Como é notório, hoje tal discussão já não é mais latente. Prevaleceu o entendimento de que os direitos subjetivos devem sim ser exercidos de acordo com a sua função. De forma breve, por todos, pode-se mencionar os ensinamentos de Stefano Rodotà (*in* *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1972, pp. 372-374) citados por Guido Alpa e Mario Bessone na sua obra *La Responsabilità Civile* (3 ed., Milão: Giuffrè, 2001, pp. 11-13).

¹³⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

expressa menção ao “fim econômico e social” do direito que está sendo exercido.

Foi essa a conclusão a que chegaram os juristas que participaram da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e organizada pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. O Enunciado 37, elaborado pelo grupo que ficou encarregado de analisar os itens da responsabilidade civil do Código Civil, na iminência de entrar em vigor, ressalta que o art. 187 prevê um critério onde a culpa não possui qualquer relevância, ao analisá-lo da seguinte forma: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”¹³⁵

A doutrina majoritária¹³⁶, que analisa o abuso de direito, partilha do mesmo entendimento, consagrando a aplicação da teoria objetiva para a interpretação do dispositivo legal. Daniel Boulos¹³⁷ explica:

Trata-se de consagração legislativa da *teoria objetiva da ilicitude* que, como visto, defende que o juiz que dê valor que redunde na antijuridicidade do ato não leve em conta o espírito e sequer a consciência do sujeito que o praticou. Para caracterizar o abuso do direito, ou mais amplamente, o exercício abusivo de posições jurídicas subjetivas, não é necessária a comprovação da intenção e sequer da consciência do agente de que está ultrapassando os limites

¹³⁵ AGUIAR JR., Ruy Rosado (Org.). I Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2003, p. 276-277.

¹³⁶ Daniel Boulos (*Abuso de direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 135) demonstra que, apesar de majoritário, este entendimento não é unânime na doutrina nacional atual. O referido doutrinador observa que Humberto Theodoro Júnior (*in* Comentários ao novo Código Civil, § 291, p. 119) e Rui Stoco (no texto “Responsabilidade Civil, *in*: O novo Código Civil — estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, p. 780 e ss” e na sua obra “Tratado de responsabilidade civil, p. 126-127”) estão entre os autores que comungam da visão subjetiva da aplicação do art. 187 do Código Civil. Como fica claro do texto e da intenção deste trabalho, este também não é o posicionamento ora defendido.

¹³⁷ BOULOS, Daniel Martins. *Abuso de direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 137-138.

impostos pela lei. Não há que se falar, nesta sede, quer em dolo, quer em culpa *stricto sensu* em qualquer das suas modalidades.

Para ratificar este entendimento, é necessário se ter em mente que o abuso de direito decorre diretamente do art. 334 do Código Civil português, de 1966, que possui a seguinte redação¹³⁸: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.” Como se observa, a semelhança de redação entre os dois dispositivos impossibilita que se negue a inspiração da redação do art. 187 do Código Civil da ex-colônia portuguesa no referido dispositivo da antiga metrópole.¹³⁹

¹³⁸ Esta relação entre as duas normas é reconhecida pela maioria da doutrina nacional que analisa o art. 187. Por todos, pode-se fazer referência a NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 282 e MAZZEI, Rodrigo. *Abuso de direito: contradição entre o § 2º do art. 1.228 e o art. 187 do Código Civil*. In: *Introdução crítica ao Código Civil*. BARROSO, Lucas Abreu (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 348.

¹³⁹ Esta relação entre os dois dispositivos legais, além do que se passará a tratar no texto, tem ainda maior relevância quando se faz uma análise histórica até mesmo do art. 334 do Código Civil português, cuja origem é o art. 281 do Código Civil grego. Judith Martins Costa (op. cit., pp. 23-24) faz essa referência histórica muito apropriadamente, nos seguintes termos: “No Código Português o art. 334 CCP resultou do art. 281 do Código Civil grego, assim concebido: ‘O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites postos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito’. O codificador grego, no entanto, nada inventara, antes sabendo aproveitar e combinar manifestações legislativas e doutrinárias de outros sistemas: da codificação suíça e, sobretudo, da doutrina alemã, retira a referência aos bons costumes e à boa-fé, enquanto o artigo 71 do projeto franco-italiano das obrigações lhe cedeu a referência ao fim social e econômico do direito. O artigo 2/2 do Código Suíço também foi modelo, exigindo que a ultrapassagem dos limites postos ao exercício dos direitos se dê ‘manifestamente’ de modo que — assegura ainda Menezes Cordeiro — o Código grego acolhera uma fórmula respeitante ao abuso do direito que ultrapassara todos os códigos que o antecederam, colocando em enunciado legal a súpula da doutrina alemã posterior ao BGB.” Continuando sua explicação, a autora complementa ainda, no parágrafo seguinte: “Foi essa fórmula que acabou transplantada para o Código Civil Brasileiro que, na opinião de Menezes Cordeiro, intentou resolver, no tocante à sistematização do exercício jurídico, ‘algumas das incongruências sistemáticas apontadas’ ao Código Civil Português. Porém, avisa o autor, o sucesso da fórmula grega não se deve exclusivamente ao seu texto. Esse sucesso se deve em grande parte à circunstância de os juristas gregos, juízes e legisladores, terem efetivamente recebido e compreendido a doutrina germânica que lograra superar as deficiências do BGB na matéria num movimento de circularidade transcultural absolutamente não estranho ao Direito Comparado e que bem evidencia o até certo ponto limitado papel da lei quando não acompanhada por numa doutrina culta e responsável.”

Sabendo-se desse histórico, é interessante analisar o posicionamento da doutrina portuguesa na análise do art. 334, para que inspire também a interpretação a ser dada pela doutrina brasileira, uma vez que, se o dispositivo legal brasileiro é inspirado no dispositivo legal português, presume-se que a interpretação daquele deve ser muito parecida com a deste, respeitadas, obviamente, as peculiaridades culturais, sociais e jurídicas de cada um dos países em tela.

Apenas a título de ilustração do posicionamento doutrinário majoritário vigente entre os portugueses atualmente, é relevante ressaltar as lições de Antunes Varela¹⁴⁰, no sentido de que “não é necessário a consciência, por parte do agente, de se excederem com o exercício do direito, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito: basta que, objectivamente, se excedam tais limites”.

Igualmente posicionando-se a favor da análise objetiva do dispositivo em análise do Código Civil luso, Fernando Pessoa Jorge¹⁴¹ afirma:

A consagração legal, na epígrafe do artigo 334, da expressão doutrinária, sugestiva mas pouco clara, de *abuso de direito* não deve criar a idéia (que a palavra favorece por envolver certo tom de reprovação moral) de o referido excesso implicar necessariamente um *ânimo fraudulento*: pode falar-se de abuso de direito quando o comportamento do titular, objectivamente considerado e abstraído de qualquer indagação psicológica, excedeu manifestamente os referidos limites [boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito].

¹⁴⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed., Coimbra : Almedina, 2005, p. 545.

¹⁴¹ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 200.

No mesmo sentido são as decisões que formam a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Português¹⁴², que têm dado interpretação objetiva ao art. 334, afirmando se caracterizar o abuso de direito independentemente de *animus nocendi* ou sequer da consciência do seu titular quanto ao excesso por ele cometido, que caracteriza a abusividade do exercício do seu direito.

Como se pode observar, até mesmo por meio de uma análise de fonte normativa, alcançando-se o dispositivo legal que inspirou a redação do art. 187 do Código Civil, é possível concluir que a interpretação do instituto do abuso de direito, da forma como foi colocado no Diploma Civil vigente, não pode ser outra senão a aplicação da teoria objetiva, onde se despreza a análise da consciência do agente, atendo-se apenas ao fato de ter havido ou não excesso aos limites trazidos pelo dispositivo legal sob comento.

¹⁴² 1) Tratando-se de questão processual que poderia ser objecto de agravo autónomo, valem quanto a ela os requisitos de cognição do artigo 754º do Código de Processo Civil, ainda que constitua um segmento do recurso de revista. 2) É ilegítimo o exercício do direito de arguição de nulidade atípica do nº 3 do artigo 410º do Código Civil, quando o promitente comprador criou no promitente vendedor, ao longo de três anos, a convicção de que o contrato definitivo seria outorgado, designadamente reforçando, por três vezes, o sinal passado, e só veio invocar a nulidade quando interpelado admonitoriamente para cumprir. 3) *No abuso de direito, vale um conceito ético e objectivo de boa fé, não sendo necessária uma actuação com "animus nocendi"* (Supremo Tribunal de Justiça, 1ª seção, Rel. Sebastião Póvoas, processo: 07A1180, Data do acórdão: 15/05/2007). 1. *Para haver abuso de direito não é necessária a consciência de que se excedem os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito porque a concepção adoptada de abuso de direito é a objectiva e não a subjectiva.* 2. *No abuso de direito protege-se a tutela da confiança, base de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens.* 3. O abuso de direito pode operar excepcionalmente no caso de negócios formais, impedindo a procedência da arguição de falta de forma do negócio. 4. É o caso do arrendamento comercial de um prédio urbano, firmado por escrito particular, que perdurou onze anos, tendo até a arrendatária chegado a oferecer a preferência à arrendatária em caso de projectada venda do prédio arrendado. (Supremo Tribunal de Justiça, 7ª Seção, Rel. Custório Montes, processo: 05B796, Data do acórdão: 07/04/2005). I - *É abusivo todo o comportamento que, embora tenha a aparência de licitude, viola o sentido e a intenção normativos do direito.* II - *É necessária a existência de uma contradição entre o modo e o fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito.* III - *Não é necessária a consciência de se excederem, com o exercício do direito os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico ou social do direito, bastando que se excedam os limites.* IV - Num contrato de locação só releva a efectiva possibilidade de gozo e não o efectivo gozo da coisa. (Supremo Tribunal de Justiça, 6ª Seção, Rel. Silva Graça, processo 2476/00, Data do acórdão: 17/10/2000).

Vale ressaltar que não apenas em Portugal e no Brasil a doutrina tende a fazer uma interpretação objetiva do instituto do abuso de direito. A tendência em geral é analisar este instituto de forma objetiva, pautando-se no comportamento de quem exerce abusivamente seu direito, sem análise mais profunda sobre suas intenções ou mesmo sobre sua consciência. Jorge Mosset Iturraspe comunga deste mesmo posicionamento ao afirmar>

A natureza jurídica do ato abusivo é, sem sombra de dúvidas, a de um ato ilícito, ainda que de características especiais ou *sui generis*; não aparece mencionada a imputação subjetiva, nem a culpa nem o dolo, sendo sancionado o mero “exercício irregular”, com base, pensamos, em uma atribuição objetiva de responsabilidade.¹⁴³

Como se pode observar, apesar da mencionada divergência doutrinária existente, é fácil constatar que a melhor interpretação a ser dada ao art. 187 não é aquela baseada na responsabilidade subjetiva, com raízes históricas na *aemulatio* medieval, mas sim uma interpretação objetiva, com base no comportamento do titular do direito no momento do seu exercício.

Em brevíssima análise histórica de aplicação do instituto no Brasil, deve ser ressaltado que, alguns doutrinadores sustentavam¹⁴⁴, desde a vigência do

¹⁴³ Tradução livre do original: la naturaleza jurídica del acto abusivo es, sin lugar a dudas, la de un acto ilícito, aunque de características especiales o *sui generis*; no aparece mencionada la imputación subjetiva, ni la culpa ni el dolo, siendo lo sancionado el mero ‘ejercicio irregular’, con base, pensamos, en una atribución objetiva de responsabilidad (ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, Aída Kemelmajer; GHERSI, Carlos A.; STIGLITZ, Gabriel A.; PARELLADA, Carlos; ECHEVESTI, Carlos A. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 73)

¹⁴⁴ Para elucidar o posicionamento doutrinário, serão citados exemplos de alguns doutrinadores que ratificam tal posicionamento, ressaltando-se que o entendimento mencionado não se restringe aos cientistas ora referenciados. Caio Mário (*in*: Instituições de Direito Privado. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 431) afirma que “no Código brasileiro não existe, e nem nas leis posteriores, enunciada uma regra consagradora da teoria do abuso de direito, tal como vem consignado no art. 226 do B.G.B. ou no art. 2ª do suíço, nem mesmo uma fórmula controvertida, como a do discutido dispositivo do Código da N.E.P. Não faltou, entretanto, quem a visse no art. 160 do Código Civil, por uma interpretação a *contrario sensu*, sob o argumento de

Código Civil de 1916, que haveria a previsão expressa do abuso de direito, vez que o art. 160 daquele diploma legal afirmava: “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou *no exercício regular de um direito reconhecido*” [original sem grifos ou destaques]. Basicamente, a afirmação baseava-se numa interpretação *a contrario sensu*, pois, se o exercício *regular* de um direito reconhecido não se caracterizava ato ilícito, o exercício de um direito de forma *irregular* seria considerado um ato ilícito. Como o abuso de direito seria o exercício irregular de um direito reconhecido, era sustentável a aplicação da teoria do abuso de direito com base na lei 3.071/1916.

Apesar desta interpretação, perfeitamente plausível e cientificamente sustentável, havia uma grande insegurança quanto ao que seria considerado um exercício irregular de um direito reconhecido¹⁴⁵. Tal critério era de fácil aferição quando a própria norma previa uma limitação ao exercício de

que, se não é ato ilícito o dano causado no exercício regular de um direito, é abusivo o exercício irregular.” No mesmo sentido, Silvio Rodrigues (*in*: Direito Civil: Parte Geral. 28 ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 313) ensina que “no dispositivo do art. 160, I, 2ª parte, acolhe o Código Civil a teoria do abuso de direito, segundo a qual, mesmo atuando dentro do âmbito de sua prerrogativa, pode a pessoa ser obrigada a indenizar dano causado, se daquela fez um uso abusivo”. Serpa Lopes (*in*: Curso de Direito Civil: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. 8 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p.536) vai ainda mais além, posto que afirma que “todos os nossos juristas são acordes em considerar a figura do abuso de direito como ato ilícito, em face dos citados dispositivos [art. 100 e art. 160, I do Código Civil de 1916]. Mesmo, porém, que tais dispositivos não existissem, forçosamente se reproduziria o mesmo movimento ocorrido na França: o abuso de direito tornar-se-ia um consectário lógico da obra jurisprudencial e doutrinária”

¹⁴⁵ Neste sentido, Serpa Lopes (op. cit., p. 531) demonstra a dificuldade de tratamento do tema pela doutrina quando afirma que “o dissídio paira, porém, em torno da interpretação de que se deva entender por uso irregular. Uns pretendem interpretá-lo como indicando uma intenção de lesar e sem interesse ou utilidade para o agente (J.M. Carvalho Santo, Pedro Batista Martins, Plínio Barreto e Edmundo Lins Neto). Clóvis entendeu o abuso do direito como sendo um ato ilícito. Alvinho Lima, apreciando o ponto de vista de Plínio Barreto fundado na idéia de culpa, diverge dessa limitação do problema ao dolo e à culpa, pois daí resultaria sua filiação à doutrina de Mazeaud & Mazeaud, caso em que, se tal tivesse acontecido, o legislador não precisaria recorrer à forma oblíqua do art. 160, pois suficiente era o preceito geral contido no art. 159”.

determinado direito, como era o caso do art. 554 do Código Civil de 1916¹⁴⁶. Neste caso, havendo excesso ao limite legalmente imposto (utilização da propriedade vizinha de forma a prejudicar a *segurança*, o *sossego* e a *saúde* dos que habitam os demais imóveis confinantes), não haveria maiores problemas em se afirmar que aquele direito havia sido exercido de forma irregular. Ocorre que, na maioria dos casos, a lei não impunha expressamente uma limitação ao exercício de um determinado direito, não obstante alguém que o exercesse de determinada forma incorresse em dano a outrem.

Alvino Lima faz menção a esse tipo de problema ao afirmar, citando Josserand:

Sendo o direito imperfeitamente definido na lei, o seu exercício dentro destes limites imperfeitos não poderia satisfazer às necessidades sociais; daí se falar da necessidade de limites sociais extralegais, que nos cumpre obedecer, sob pena de sermos responsáveis pelo dano causado a outrem.¹⁴⁷

Como vimos acima, a grande dificuldade era exatamente definir esses limites “sociais extralegais” aos direitos reconhecidos e quais seriam os critérios para a sua apuração e para a sua fixação. O art. 187 do Código Civil em vigor teve por objetivo tentar minimizar estes efeitos, ao fazer menção aos “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Sendo esta norma uma cláusula geral, sua redação é intencionalmente aberta, ampla, de forma a dar liberdade ao juiz de aplicá-la às mais diversas situações

146 Art. 554. O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.

147 LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 220.

que se encontrem sob sua análise. Entretanto, é dado ao intérprete último da norma um instrumento, um norte, pelo qual se possa guiar para aplicá-la. Como bem ressaltou Josserand, citado por Alvino Lima, tais instrumentos não decorrem necessariamente do Direito, mas sim de limites sociais extralegais, como finalidade econômica e social, boa-fé e bons costumes.

Como já foi ressaltado, o Código Civil português lança mão do mesmo artifício, no art. 334, pois não dispõe categórica e exhaustivamente sobre as hipóteses de abuso de direito, deixando por conta do intérprete a complementação da norma, a aplicação, no caso concreto, dos limites sociais extralegais por ela determinados. Até mesmo pelo fato do referido dispositivo legal estar contido na Parte Geral do Código, assim como no caso do Código Civil brasileiro.

Tendo, o Brasil, feito a escolha por este tipo de codificação, inspirada na versão germânica de conjunto de normas civis, contendo uma parte geral dedicada a ser aplicável a toda a parte especial do Código e demais leis civis especiais, e estando a definição de abuso de direito nela contida, não poderia ser específica a redação da norma, uma vez que pode ser aplicada a qualquer situação, seja na esfera do direito de família, das sucessões, dos direitos reais ou das obrigações (aí incluindo-se tanto a teoria geral quanto os contratos, os atos unilaterais e a responsabilidade civil).

Esta escolha pela adoção de cláusula geral para tratar do abuso de direito também aparece no Código Civil Argentino. Jorge Mosset Iturraspe, ao analisar os requisitos constantes da última parte do art. 1.071 do Código Civil

Argentino¹⁴⁸, cuja redação não é muito diferente do já transcrito art. 187 do Código Civil Brasileiro vigente, compartilha o mesmo entendimento acima mencionado, fazendo uma análise não apenas da função (finalidades, “fines”) social e econômica do direito exercido, mas também da boa-fé e dos bons costumes. O mencionado autor afirma:

E se o tema dos fins é transcendente — um dos grandes temas de direito atual — não é menosprezá-lo incluir, como faz o art. 1071 do Código Civil, na redação vigente — oposta à estampada pelo codificador — ao lado dos “fins”, como limite ao exercício, os “bons costumes”, a “moral social” e a “boa-fé”. Não se trata de retroceder aos tempos em que o Direito se mesclava com a religião e a moral transcendente. Trata-se sim de observar o limite entre o lícito e o ilícito desde vários ângulos ou pontos de vista: o normativo, que na hipótese aparece possibilitado pelo exercício, o valorista, que se refere aos valores em jogo e o sociológico o que traduz a realidade da vida, num país e num tempo concreto.¹⁴⁹

Com a escolha feita pelo legislador, de adotar critérios extralegais para fixar o conteúdo semântico do abuso de direito, conforme vimos, se faz necessário ao jurista definir como interpretar e manipular estes critérios, para não se afastar da intenção legislativa. Em razão desta necessidade, parece ser imprescindível que ora se faça a análise dos critérios contidos naquela norma legal.

¹⁴⁸ Art.1071.- El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

¹⁴⁹ Tradução livre do seguinte trecho: “Y si el tema de los fines es transcendente – uno de los grandes temas del derecho actual – no lo es menos incluir, como lo hace el art. 1071 del Código Civil, en la redacción vigente – opuesta a la estampada por el codificador – al lado de ‘los fines’, como limite al ejercicio, las ‘buenas costumbres’, la ‘moral social’ y la ‘buena fe’. No se trata de retroceder a los tiempos em que el Derecho se mezclaba con la religión o con la moral trascendente. Sí se trata de observar el limite entre lo lícito y lo ilícito desde varios ángulos e puntos de mira: el normativo, que en lãs hipótesis aparece posibilitando el ejercicio, el valorista o de los valores en juego, y el sociológico o que traduce la realidad de la vida, en um país y en un tiempo concreto” (ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, Aída Kemelmajer; GHERSI, Carlos A.; STIGLITZ, Gabriel A.; PARELLADA, Carlos; ECHEVESTI, Carlos A. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 73).

Como já foi demonstrado, o legislador fixou, como traço distintivo entre o exercício lícito do exercício ilícito de um determinado direito, o excesso manifesto dos limites impostos pelo “fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Tais conceitos têm sentido intencionalmente vago, exatamente o que caracteriza a cláusula geral. Entretanto, é necessário que se analise o posicionamento doutrinário para se definir, com um pouco mais de precisão, o conteúdo destes termos.¹⁵⁰

A boa-fé indicada no dispositivo legal é vista sob o seu aspecto objetivo. Ou seja: não se analisa a consciência, a idéia do agente de estar agindo de acordo com o direito, mas meramente as suas atitudes, o seu comportamento, se o mesmo está de acordo com o comportamento ético que se espera de uma pessoa ordinária naquelas mesmas circunstâncias. A análise da boa-fé traz no seu âmago um valor de eticidade, uma preocupação com a outra pessoa, que, no caso em tela, poderá ser prejudicada pelo exercício (abusivo) do direito.¹⁵¹

¹⁵⁰ Como se sabe, o objetivo das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados é dar mais fluidez, mais capacidade de adaptação social às normas, com o objetivo, dentre outros, de lhes conferir mais longevidade. Desta forma, deve ser ressaltado que a interpretação que se faz destes conceitos é baseada neste determinado momento histórico, qual seja, o início do século XXI. Existem grandes chances de tais interpretações variarem de acordo com a evolução da sociedade e com a necessidade de eventual adequação a uma nova realidade, dando novo sentido a tais conceitos em outro contexto histórico-social.

¹⁵¹ Obviamente, o prejuízo de que se trata neste contexto é um prejuízo desproporcional, mesmo que eventualmente ele seja coerente com um direito reconhecido, por exemplo, em um contrato. Uma boa forma de se observar se o prejuízo desproporcional é a análise do caso de extinção do contrato por resolução, mesmo diante do adimplemento substancial do mesmo. O judiciário tem reiteradamente se manifestado contrário à extinção de um contrato nesta hipótese, exatamente por ser afrontoso à boa-fé em razão da desproporcionalidade da “pena” em relação ao inadimplemento, mesmo que não faça menção expressa à figura do abuso de direito. Por exemplo: “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas

No tocante aos bons costumes, que talvez seja o mais vago de todos os critérios ora analisados, eles dizem respeito a um aspecto voltado para a moral social de um grupo em um determinado momento histórico. São os hábitos normais de uma pessoa típica de uma determinada sociedade em um momento específico, de forma a viabilizar um harmonioso convívio dentro daquele grupo social.

Apenas a título de ilustração, vale ressaltar breve lição de Clóvis do Couto e Silva¹⁵², ao afirmar, sobre o conceito de bons costumes, que neste existe “o elemento sociológico, sendo decisivo para sua caracterização a convicção popular, na qual compreende-se os valores morais tidos como necessários à convivência.” Sem dúvida, de todos os conceitos ora analisados, este é o que possui maior influência de valores extralegais.

Por fim, por finalidade social e econômica do direito, tem-se a idéia de direito-função, ou seja, aqueles direitos que, ao serem exercidos devem possuir uma determinada utilidade social (para a sociedade, ou seja, externamente à relação jurídica) e/ou econômica (para as partes da relação jurídica, ou seja, internamente).

da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. *O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.* (STJ, REsp 272739/MG, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 02/04/2001); “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. *Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido.* (STJ, REsp. 469577/SC, 4ª T. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 05/05/2003).

¹⁵² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1976, p. 31.

Tomemos como exemplo as finalidades econômica e social do contrato. A finalidade social do contrato (chamada de função social do contrato pelo art. 421 do Código) diz respeito ao fato de que um contrato deve ser útil à sociedade, mesmo que de forma quase imperceptível no caso concreto (normalmente, em razão do baixo valor do contrato) e por via reflexa, com a geração de empregos, geração de tributos, circulação de riquezas, dentre outros efeitos sociais. Já a finalidade econômica do contrato é a troca de riquezas de forma útil e justa, garantindo aos contratantes a vantagem pretendida no contrato, sem que isso prejudique o outro contratante.¹⁵³

Ressalta-se ainda que o instituto do abuso de direito, por ser norma cogente, pode ser conhecida de ofício pelo judiciário em qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição. Esse é o posicionamento pacífico da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.¹⁵⁴ No mesmo sentido é o entendimento da doutrina nacional, como se pode observar do ensinamento de Rosa e Nelson Nery.¹⁵⁵

Como é causa de nulidade, o ato abusivo pode ser apontado como matéria de defesa (prescinde de ação para ser reconhecido), pela parte, interessado ou MP, e deve ser declarado *ex officio* pelo juiz, porque matéria de ordem pública

¹⁵³ Vale mencionar que vasto, mas não unânime, é o entendimento doutrinário no sentido de que essas duas finalidades estariam contidas no art. 421 do Código Civil. Por todos, ressalta-se o entendimento firmado no Enunciado 22 da I Jornada de Direito Civil, cujo teor é o seguinte: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

¹⁵⁴ Apenas a título de ilustração, transcreve-se um, recente, dos vários julgados obtidos no endereço eletrônico do Tribunal (www.stj.pt): I - O abuso do direito é de conhecimento oficioso, podendo dele conhecer-se, não obstante não haver sido invocado pela parte que dele se pode prevalecer. II - Nessa medida, pode o STJ conhecer da questão relativa ao abuso de direito que apenas foi suscitada na revista. (Supremo Tribunal de Justiça, 7ª Seção, Rel. Armindo Luis, Revista n. 1996/06, Data do acórdão: 12/10/2006).

¹⁵⁵ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 283.

(nulidade em fraude à lei imperativa (CC 166 VI)). Não preclui, sendo admissível sua alegação a qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição.

Enfim, quando se fala em abuso de direito, bem sintetizou o pensamento geral Campion quando afirmou que “devem ser postos na balança, renovando-se assim o símbolo da justiça, o prejuízo social decorrente do desrespeito a um direito reconhecido e aquele decorrente do dano causado pelo exercício deste direito. Se o prato pender pelo último, há exercício antisocial de um direito.”¹⁵⁶

Realmente, parece acertado este entendimento: para se caracterizar o abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil, deve ser o ato analisado à luz dos critérios adotados (finalidade econômica e social, boa-fé e bons costumes). Se a conclusão for de que o ato é mais prejudicial do que benéfico, ele será abusivo. Caso contrário, será reputado lícito. Isso sem se analisar, necessariamente, a consciência do titular do direito que o exerce abusivamente.

1.2. Cláusula geral de responsabilidade pelo risco (art. 927, § único)

O Código Civil de 2002 inovou em relação ao seu antecessor por tratar da obrigação de indenizar decorrente de ato ilícito em local diverso do conceito deste, como fazia o art. 159 do Código Civil de 1916. Como já vimos, o art. 186 traz o conceito de ato ilícito, definindo-o, em poucas palavras, como ato

¹⁵⁶ Tradução livre do original: Ils doivent mettre en balance, rénovant ainsi le symbole de la justice, le préjudice social résultant de l'atteinte à un droit reconnu e celui résultant du dommage causé par l'exercice de ce droit. Se le fléau penche vers ce dernier il y a exercice antisocial d'un droit ((L. Campion. *Theorie de l'abus des droits*. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1925, p. 98)

culposo que cause dano a outrem¹⁵⁷, discussão esta já abordada. O art. 927 traz a obrigação de indenizar em razão deste ato ilícito, nos seguintes termos: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Como já foi mencionado, em regra, o Código Civil adotou a teoria da culpa para a responsabilização civil, já que adotou, de forma expressa, a culpa como elemento essencial do ato ilícito e na obrigação de indenizar, como consta do *caput* do art. 927, menção expressa àquela redação do art. 186, inserindo-o de forma indireta na própria redação daquele dispositivo legal.

Nos interessa a redação do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, em que se inseriu uma cláusula geral contemplando a teoria do risco nos seguintes termos: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

A primeira parte do parágrafo único não traz grandes dificuldades, pois afirma que a teoria do risco será adotada “nos casos especificados em lei”. Até aí não há grandes novidades, pois leis especiais já possuíam previsão de hipóteses de aplicação da teoria do risco nos seus âmbitos de regulamentação, mesmo antes da vigência do Código Civil atual, sem que tal fato tivesse acarretado discussão relevante quanto à eventual irregularidade deste procedimento. Até

¹⁵⁷ Ressalta-se que, neste momento, faz-se uma análise da redação (interpretação gramatical) do art. 186, sem prejuízo das críticas e do pensamento desenvolvido anteriormente quanto ao conceito de ato ilícito formulado e mais aceito pela doutrina neste início de século XXI.

já mencionamos isso antes, quando nos referimos à escolha de adotar o critério de especialidade e não de cronologia para a abordagem das hipóteses mais comuns de aplicação da responsabilidade objetiva na legislação brasileira.

A Constituição Federal de 1988 faz menção à responsabilidade objetiva do Estado no seu art. 37, § 6º. O Código de Defesa do Consumidor também adota o mesmo tipo de responsabilidade nos seus artigos 12 e seguintes, que regulam o fato do produto ou serviço. No tocante aos danos causados em razão da exploração de energia nuclear, a Lei 6.453/77 prevê a adoção da teoria do risco quanto à responsabilização do operador da instalação nuclear, assim como o Decreto 911/93.

Por fim, quanto ao direito ambiental, além da norma já mencionada no que se refere ao dano decorrente da exploração de instalação nuclear, normalmente dano ao meio ambiente, deve ser mencionada a Lei 6.938 que, desde 1981, adota a teoria do risco para fundamentar a responsabilidade objetiva do poluidor em seu art. 14, § 1º. Estas são apenas algumas normas que tratam da imputação civil dos danos sem a análise da culpa do causador do dano.

O que gera maior problema, a ser solucionado pela doutrina e pela jurisprudência, objetivo para o qual o presente trabalho pretende dar alguma contribuição, é a segunda parte do dispositivo legal, que trata da chamada cláusula geral de responsabilidade objetiva — também denominada, por

alguns¹⁵⁸, de responsabilidade objetiva genérica. Tal denominação é utilizada porque o legislador optou por descrever a *fattispecie* da aplicação da teoria do risco como sendo aquela “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Como já demonstrado, por cláusula geral entende-se aquela norma que contém uma vagueza no seu conteúdo, obrigando o intérprete a complementar o sentido de acordo com o caso concreto que está diante de si para julgamento. Este tipo aumenta a atividade integrativa do juiz, que, devidamente autorizado pelo legislador, quando deixou o conteúdo aberto, se arvora, mesmo que parcialmente, na posição de criador, devendo completá-la. Em razão de todos esses argumentos, a doutrina¹⁵⁹ que trata do assunto reconhece no art. 927, § único, ora sob análise, uma hipótese de cláusula geral onde se prevê a responsabilidade objetiva no Código Civil atualmente vigente no Brasil.

Nos Códigos Civis ocidentais, não é muito comum a utilização de cláusulas gerais de responsabilidade objetiva, como é o caso do dispositivo legal brasileiro ora analisado. É possível se afirmar que a maioria dos países europeus (de origem jurídica romanista) trata a responsabilidade objetiva de maneira casuística, como ocorria no Brasil até o advento do Código Civil em vigor.

¹⁵⁸ Por exemplo, José Acir Lessa Giordani, na sua obra *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁵⁹ Por todos, Cláudio Luiz Bueno de Godoy (*A responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. Tese de livre docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.) e Roger Silva Aguiar (*Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Altas, 2007.)

Cláudio Luiz Bueno de Godoy¹⁶⁰ informa alguns países que também vêm sendo exceções à regra, e adotando uma norma de redação intencionalmente vaga de imputação civil dos danos sob o aspecto objetivos, como, por exemplo, a Bolívia (art. 998, do Código de 1975), o Paraguai (art. 1.846 da Lei 1.183/85) e o Peru (art. 1.970 do Código de 1984).

Em outras legislações de origem romanística, é possível encontrar algo próximo à cláusula geral de responsabilidade, mas com conteúdo dúbio. É comum a redação como a do art. 2.050 do Código Civil italiano, cujo teor é o seguinte:

Art. 2050 Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose

Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

Como se observa, ao fazer referência à responsabilidade pelo exercício de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza do meio utilizado, o Codice Civile impõe a responsabilidade ao exercente da atividade “se o mesmo não provar haver adotado todos os meios idôneos a evitar o dano”.

Esta ressalva ao final do dispositivo legal analisado, que é repetido por outras legislações estrangeiras, como o art. 493 do Código Civil Português, adiante analisado, não deixa claro o posicionamento do legislador italiano, se a opção

¹⁶⁰ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002.* Tese de livre docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, pp. 70-72.

teria sido feita em favor da responsabilidade objetiva ou se da responsabilidade por culpa.

Neste sentido, o doutrinador Massimo Franzoni¹⁶¹, ao fazer a análise do referido art. 2.050, afirma:

A maioria dos intérpretes está de acordo em atribuir à norma a consagração de uma responsabilidade objetiva. Com efeito, o que exerce (a atividade perigosa) é exonerado da responsabilidade apenas se se demonstra a interrupção da relação causal entre o exercício de atividade e o evento danoso por caso fortuito, ato de terceiro ou por ato da vítima.

Com redação obviamente inspirada no referido art. 2.050 do Codice Civile, o art. 493/2 do Código Civil Português também prevê a imputação de responsabilidade em razão do exercício de atividade perigosa, com a seguinte redação:

ARTIGO 493

(Danos causados por coisas, animais ou actividades)

1. Quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua.

2. Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.

¹⁶¹ FRANZONI, Massimo. *La actividad peligrosa*. In: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al professor doctor Atilio Aníbal Alterini*. BUERES, Alberto José e CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Directores). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 124. Tradução livre do original: “la mayoría de los intérpretes, llegado a este punto, está de acuerdo en atribuir a la norma la consagración de una responsabilidad objetiva. En efecto, el que ejerce (la actividad peligrosa) es exonerado de la responsabilidad solo si se demuestra la interrupción de la relación causal entre el ejercicio de la actividad y el evento danoso por caso fortuito, comprensivo del hecho del tercero o del hecho de la víctima.”

Não obstante a mesma origem, a interpretação que se dá ao dispositivo legal português é diferente daquela que se mencionou acima, em relação ao dispositivo do Código Italiano. Enquanto o dispositivo legal do estatuto romano é interpretado objetivamente, como se depreendeu da lição de Massimo Franzoni, tanto a doutrina quanto a jurisprudência portuguesa fazem uma interpretação do art. 493 luso no sentido subjetivo.

Para demonstrar o ponto de vista da doutrina portuguesa, vale a menção aos ensinamentos de Pires de Lima e Antunes Varela¹⁶², ao afirmarem:

Estabelece-se neste artigo, como nos dois anteriores, a inversão do ónus da prova, ou seja, uma presunção de culpa por parte de quem tem a seu cargo a vigilância de coisas ou de animais ou exerce uma atividade perigosa. Abre-se mais uma exceção à regra do nº 1 do artigo 487º, mas não se altera o princípio do artigo 483º de que a responsabilidade depende da culpa. Trata-se, portanto, de responsabilidade delitual e não de responsabilidade por risco ou objectiva.

Como se observa, a interpretação dada o art. 493/2 é no sentido de mantê-lo atrelado à idéia de culpa, com algumas alterações em relação à teoria clássica. A primeira é a inversão do ónus da prova, mencionada acima pelos doutrinadores citados. Além dela, também é possível se observar a interpretação no sentido de se aplicar uma idéia de culpa menos relevante possível, ou seja, a culpa levíssima.

Neste sentido, é possível citar um julgado¹⁶³ do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que possui a seguinte ementa:

¹⁶² LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil anotado*. 4 ed., Coimbra: Coimbra, 1987, p. 495.

1 – Enquadra-se na previsão do art.º 493º, nº 2, do Código Civil – exercício de actividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios empregados – a sujeição do lesado a transfusão de sangue que se tornou necessária para debelar anemia subsequente a intervenção cirúrgica de correcção a uma fractura da tíbia.

2 – Provado que a transfusão deu causa à contaminação do lesado pelo vírus da hepatite C (VHC), o estabelecimento hospitalar não responde civilmente caso se demonstre que à data este vírus ainda não estava isolado e que todas as análises laboratoriais ao sangue transfusionado para despistagem ao vírus da hepatite A e B, da sífilis e da sida produziram resultado negativo.

3 – A transfusão não é um acto ilícito se tiver sido efectuada nas condições descritas em 1) e 2), mediante a prestação de consentimento do lesado depois de informado dos riscos a ela inerentes, e após submissão do dador, devidamente identificado, a um exame preliminar.
[Original sem grifos ou destaques]

Como se pode observar, o caso analisado trata de uma transfusão de sangue feita em janeiro de 1989, em razão da qual o receptor contraiu o vírus da hepatite C. Apesar de classificar a actividade de transfusão de sangue como perigosa, o Supremo Tribunal da Justiça entendeu por bem não condenar o estabelecimento hospitalar a indenizar o dano observado pelo paciente, por entender que foram tomadas todas as precauções necessárias à prevenção do dano, de acordo com o estágio do desenvolvimento científico da época.

Mais interessante, entretanto, do que a ementa do julgado é o trecho da íntegra do acórdão que se transcreve abaixo, para demonstrar os fundamentos da decisão da referida Corte de Justiça.

Quanto à segunda questão, o acórdão recorrido considerou que a situação ajuizada cabe na previsão do art.º 493º, nº 2, do Código Civil, em razão da especial periculosidade da actividade relacionada com a transfusão de sangue proveniente de dador. Não temos qualquer dúvida em aceitar este entendimento, pois uma transfusão de sangue é uma actividade perigosa por sua própria natureza e pela natureza dos meios utilizados. Como observa o Prof. Luís Meneses Leitão (Direito das Obrigações, I, 308) a responsabilização

¹⁶³ STJ, Recurso de Revista, Processo n. 07A96, Número do documento SJ2007031300966, Rel. Min. Nuno Cameira, Data do acórdão: 13/03/2007.

prevista neste artigo “parece ser estabelecida a um nível mais objectivo do que o que resulta das disposições anteriores, uma vez que, além de não se prever a ilisão da responsabilidade com a demonstração da relevância negativa da causa virtual¹⁶⁴, parece exigir-se ainda a demonstração de um grau de diligência superior à das disposições anteriores, uma vez que, em lugar da simples prova da ausência de culpa (apreciada nos termos do art.º 487º, nº 2), o legislador exige a demonstração de que o agente “empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir” os danos, o que parece apontar para um critério mais rigoroso de apreciação da culpa, ou seja, para um critério da culpa levíssima”. Quer dizer: nas situações enquadráveis nesta norma a presunção de culpa do agente é ilidida pela demonstração de que actuou, não apenas como teria actuado o bom pai de família pressuposto no art.º 487º, nº 1 – uma pessoa medianamente cautelosa, atenta, informada e sagaz – mas, mais do que isso, empregando todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar os danos. Por isso se diz que o caso previsto neste art.º 493º, nº 2, representa uma responsabilidade subjectiva agravada ou objectiva atenuada – uma solução intermédia entre uma e outra – de modo tal que o lesante, insiste-se, só fica exonerado quando tenha adoptado todos os procedimentos idóneos, segundo o estado da ciência e da técnica ao tempo em que actua, para evitar a eclosão dos danos. No caso sub judice a inversão do ónus da prova determinada pela lei tem ainda como consequência, bem vistas as coisas, que tanto se presume a culpa como a ilicitude. Na verdade, a imputação à 1ª ré da inobservância de deveres específicos de conduta – as *leges artis* a que a transfusão de sangue efectuada devia obediência – converte essa falta em elemento da ilicitude; e assim, ao presumir-se a culpa está a presumir-se de igual modo a ilicitude, isto é, o incumprimento dos referidos deveres. A matéria de facto apurada, contudo, mostra com a necessária clareza que esta dupla presunção foi ilidida. Com efeito, não havendo qualquer dúvida acerca da verificação do nexo causal entre o facto lesivo e o dano (cfr. facto 17), certo é que foram tomadas todas as providências exigidas – e exigíveis à luz dos conhecimentos médico-científicos então existentes – para evitar a sua ocorrência: tal o que decorre da conjugação dos factos 18) a 20), por um lado, com os factos 32) a 37), por outro lado. Retira-se com segurança destes factos, como observa o acórdão recorrido, que não dispondo a ciência médica, em Janeiro de 1989, de meios de detecção do vírus da hepatite C, não só a sua despistagem não era exigida, no sentido visado pelo art.º 493º, nº 2, como era impossível realizá-la, em sangue de qualquer dador e por qualquer entidade. (original sem grifos)

Como se observa do trecho acima mencionado, o STJ português, neste julgamento, deu ao art. 493 uma interpretação sob o critério da culpa, tentando amenizar sua relevância para a solução do problema que lhe foi apresentado. Não é passível de imputar ao causador do dano a obrigação de indenizar, apenas o ato culposo pautado pelo critério de “diligência de um bom pai de

¹⁶⁴ Francisco Manuel Pereira Coelho (*O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Almedina: Coimbra, 1998, p. 19.) explica o conceito de causa virtual afirmando que “acontece muitas vezes que um facto provocou um dano, mas este dano seria causado por outro facto se aquele não tivesse tido lugar. Pode aqui dizer-se que em relação a esse dano o 1º facto foi a causa operante ou real e o 2º uma causa puramente virtual ou hipotética.”

família”, como determina o art. 487/2¹⁶⁵ do Código luso, mas sim um critério quase objetivo, de culpa levíssima¹⁶⁶. Este ponto de vista adotado pelo julgado analisado tem como finalidade, como afirma o próprio relator, “adotar uma solução intermédia” entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva.

Voltando à situação brasileira, para se analisar a cláusula geral de responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, é essencial que se faça uma interpretação da redação do referido dispositivo legal, de forma a tentar buscar a melhor forma de se aplicá-lo a casos concretos. Para facilitar o alcance deste intento, passamos, novamente, à transcrição apenas do trecho do dispositivo legal que se caracteriza como cláusula geral, qual seja: “(...) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

¹⁶⁵ ARTIGO 487º (Culpa) 1. É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa. 2. A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.

¹⁶⁶ Em sentido aparentemente diferente, adotando a diligência do bom pai de família como critério de imputação de responsabilidade mesmo nos casos de atividade perigosa, é possível citar decisão do processo 06A3419, da relatoria do Min. Paulo Sá (documento SJ200611210034191), julgado em 21/11/2006, cuja ementa prescreve o seguinte: “I - A atividade da ré (controlo de qualidade de estruturas e fundações) deve qualificar-se como perigosa, atentos os meios empregues - máquinas perfuradoras - e em subsolo de cidade, como o de Lisboa, atravessado por cablagem e canalizações várias. II - As providências idóneas a adoptar pelo sujeito para evitar os danos resultantes do exercício de uma actividade perigosa são ditadas pelas normas técnicas ou pelas regras da experiência comum, as quais se aferem pela diligência de um bom pai de família. III - Provado que a ré fez tudo o que, de acordo com a experiência comum, seria adequado a evitar o dano - solicitou as plantas que indicassem a passagem de cabos telefónicos, condutas de água e de gás e cabos eléctricos - e que o dano veio a ocorrer numa conduta com cabos telefónicos que se encontrava para além do ponto em que a conduta identificada nas cartas já havia sido encontrada, nada mais parece razoável exigir da ré, não podendo sustentar-se que devesse prever a possibilidade da existência de condutas não assinaladas. IV - Por isso não se vê que outros cuidados seriam possíveis de tomar e não o foram em concreto, por forma a concluir pela não ilisão da presunção de culpa.” Entretanto, mesmo na ementa acima mencionada, parece que o critério principal para o afastamento da responsabilidade não foi exatamente o critério da diligência do bom pai de família, mas sim as “normas técnicas” observadas. O fundamento também é a imprevisibilidade do dano, assim como ocorreu na decisão anterior. Em razão destes fatos, apesar da decisão fazer menção à “diligência do bom pai de família”, parece que o critério adotado para a imputação de responsabilidade foi além deste conceito.

1.2.1. Atividade normalmente desenvolvida

A doutrina parece ser unânime¹⁶⁷ no sentido de afirmar que, por “atividade”, não se pode entender uma ação isolada, mas sim um conjunto de atos com a finalidade de atingir um determinado objetivo. Não há dúvidas de que a expressão contida no art. 927, parágrafo único, designa uma complexidade, um conjunto de atos praticados no sentido de se alcançar uma determinada finalidade. De acordo com Giselda Hironaka¹⁶⁸, citando Geneviève Schamps, apenas a Corte de Cassação italiana se preocupou em buscar formular um sentido ao conceito jurídico de atividade, descrevendo-a como “um conjunto de atos, coordenados ou não, implicando um mínimo de continuidade e de organização.”

Neste contexto, é possível concluir que o legislador, ao fazer uso da expressão “atividade”, teve a intenção de condicionar a aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva às hipóteses em que o dano é praticado no contexto de um conjunto de atos organizados. Fernando Noronha¹⁶⁹ faz referência a uma característica especial da atividade, ao afirmar que “o todo é qualitativamente diverso dos atos que a integram e, devido a isso, estes podem

¹⁶⁷ A título meramente exemplificativo, é possível se fazer referência a GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. Tese de livre docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007; AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007; GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 e CAVALIERI FILHO, Sérgio e DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentário ao novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁶⁸ *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 339.

¹⁶⁹ *Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 399.

produzir conseqüências jurídicas que não aconteceriam se não fosse estarem integrados no conjunto.”

Um determinado ato que exponha alguém a perigo, sendo praticado de forma isolada, pode não estar sujeito ao dispositivo legal ora em análise, caso não esteja inserido em um conjunto de outros atos coordenados, formando uma atividade. Aparentemente não era o objetivo do legislador adotar a cláusula geral de responsabilidade civil para qualquer ação ou omissão praticada com risco, mas apenas às atividades que possuem tal característica.

Uma segunda questão relevante para a análise do dispositivo legal em tela é saber se a referida atividade deve visar, necessariamente, o lucro. No fundo, esta investigação visa concluir qual espécie de risco está sendo imputado pelo art. 927, parágrafo único: se risco-proveito ou risco-criado. Caso se afirme ser hipótese de aplicação do risco-proveito, somente as atividades com finalidade lucrativa (mesmo que indiretamente) poderiam estar submetidas à cláusula geral analisada. Caso contrário, de se entender ser hipótese de risco-criado, é ampliada profundamente a aplicabilidade do instituto, que poderia ser dirigido a qualquer atividade humana criadora de risco, independentemente da finalidade almejada pelo causador do dano.

Parece mais adequado o entendimento de que deve se atribuir ao dispositivo sob análise, dentro do possível, uma interpretação extensiva.¹⁷⁰ Como se

¹⁷⁰ Em sentido contrário, por todos, CAVALIERI FILHO, Sérgio e DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentário ao novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004 e GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3.

assinalou durante todo o desenvolvimento do presente trabalho, o direito vem dando cada vez mais espaço à responsabilidade objetiva, até mesmo em razão dos valores sociais da atualidade, como solidariedade e equidade.

Sob este aspecto evolutivo da responsabilidade civil, concluir pela adoção, neste dispositivo legal, pela teoria do risco-proveito, limitando sua aplicação apenas às hipóteses onde o risco é criado em razão de uma vantagem lucrativa, seria um verdadeiro retrocesso.

Ademais, deve ser mencionado que o art. 931¹⁷¹ do Código já prevê a responsabilidade dos fornecedores de produtos ou serviços por meio da responsabilidade objetiva. Sem dúvida, este dispositivo, sim, é aplicado de acordo com a teoria do risco-proveito. Afinal, não há como se negar que, quando se trata de empresário, a finalidade é inegavelmente lucrativa.

No mesmo sentido entende Roger Silva Aguiar¹⁷², que inclusive faz uma interessante análise do uso da expressão “atividade” pelo Código Civil como um todo, chegando à seguinte conclusão:

A palavra *atividade*, utilizada em um único artigo do Código Civil de 1916, hoje aparece 26 vezes no novo Codex, a maior parte delas no Livro II — Do Direito de Empresa. Nessas oportunidades, o termo em geral vem adjetivado (atividade negocial; atividade profissional; atividade econômica; atividade rural), o que determina uma conclusão: para o legislador, a palavra *atividade* em si, não aponta para uma área específica da vivência humana, sendo necessário, para que isso ocorra, sua complementação por algum termo. Portanto, não há porque se inferir que a palavra *atividade* indique, necessariamente, um afã empresarial, como ocorre, por exemplo, nos artigos 966 e 972.

¹⁷¹ Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

¹⁷² *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Altas, 2007, p. 56.

No mesmo sentido é o entendimento de Giselda Hironaka.¹⁷³ Ao fazer uma análise do posicionamento de alguns países sobre a adoção da teoria objetiva em razão do risco, afirma:

O direito positivo dos Países Baixos circunscreveu o campo de abrangência das atividades perigosas àquele relativo à exploração industrial ou profissional, caminho que seguramente não deve ser o preferido pelo legislador do futuro otimizado, tendo em vista que esta relativização é prejudicial e cerceadora do direito das vítimas de *mise en danger*. Mesmo na Itália, falhou a tentativa de circunscrever a responsabilização pelo desempenho de atividade perigosa apenas àquelas empresarialmente exploradas.

A expressão “normalmente desenvolvida” pode ser entendida por dois aspectos: como habitualidade (“atividade habitualmente desenvolvida”) ou como regularidade procedimental, de acordo com a técnica e como a sociedade espera que se dê o desenvolvimento daquela determinada atividade. Este último aspecto diz respeito à idéia de exercício normal ou anormal de um direito, defendida por Ripert¹⁷⁴ ao analisar a questão do abuso de direito.

Roger Silva Aguiar¹⁷⁵ entende que a lei faz menção à primeira situação, em que a expressão “normalmente desenvolvida” diz respeito à atividade habitualmente, cotidianamente, reiteradamente, desenvolvida. De acordo com o referido autor, seguindo a observação feita pelos irmãos Mazeaud à teoria de Ripert, o ato praticado de forma anormal pressupõe a culpa na sua anormalidade, razão pela qual seria inútil utilizar a expressão, com este sentido, em um dispositivo legal que dispensa a análise da culpa.

¹⁷³ *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 339.

¹⁷⁴ *A regra moral nas obrigações civis*. 2 ed., Traduzido por Osório de Oliveira, Campinas: Bo-okseller, 2002, pp. 171 e seguintes.

¹⁷⁵ *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Altas, 2007, pp. 57-58.

Em sentido contrário, Carlos Roberto Gonçalves entende que o legislador adotou, sim, a teoria dos atos anormais, indicando que a responsabilidade objetiva é imputada ao causador do dano, mesmo que não haja anormalidade na conduta do agente. Neste sentido, o autor assinala o seguinte:

Ao utilizá-la [a expressão “normalmente”], pretendeu o novel legislador apenas deixar claro que a responsabilidade do agente será objetiva quando a atividade por ele exercida contiver uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério da normalidade média. É a aplicação da teoria dos atos normais e anormais, medidos pelo padrão médio da sociedade. Basta que, mesmo desenvolvida “normalmente” pelo autor do dano, a atividade seja, “por sua natureza”, por implicar “riscos para os direitos de outrem”, potencialmente perigosa, não havendo necessidade de um exercício anormal, extraordinário, para que assim seja considerada.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy¹⁷⁶ entende serem compatíveis as duas interpretações apontadas como possíveis à expressão “normalmente”. Realmente, parece que os sentidos não são excludentes e poderiam conviver harmoniosamente no mesmo dispositivo legal.

Entretanto, não nos parece que o legislador teve a intenção de tratar de habitualidade. Afinal de contas, a própria expressão “atividade” já contém, no seu bojo, a idéia de habitualidade — apesar de concordarmos que esse não seria um requisito essencial do conceito, sendo possível a existência de atividade não habitual.

Parece ser mais relevante, como destaca Carlos Roberto Gonçalves, a questão da teoria dos atos normais e anormais, vez que o legislador teve a intenção de deixar claro que a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo

¹⁷⁶ *responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. Tese de livre docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, pp. 94-96.

único, não decorre de um defeito no exercício da atividade, mas no risco que decorre da sua própria natureza.

1.2.2. Atividade que, por sua natureza, implica riscos aos direitos de outrem

Feita a análise da questão da atividade, passamos a analisar a questão da sua qualificação, ou seja, a necessidade de que esta atividade implique riscos aos direitos de outrem.

De início, é possível se fazer referência a Carlos Alberto Bittar¹⁷⁷, definindo que “a atividade será perigosa ou não, consoante ofereça, em seu desenvolvimento, por força de sua natureza ou dos meios ou materiais utilizados, riscos acentuados ao homem, à sua integridade ou à sua própria vida”.

Este conceito é muito próximo daquele mencionado na primeira parte deste trabalho, quando se analisou o risco como fundamento da responsabilidade objetiva. Naquela ocasião, foi dito que toda atividade humana implica algum tipo de perigo de dano. Isso é inerente à vida, em sociedade ou fora dela, inevitável pela própria condição de ser humano.

O risco, como fundamento da responsabilidade objetiva, tem outra conotação, devendo ser a exposição a uma probabilidade de dano maior do que seria

¹⁷⁷ *Responsabilidade Civil nas atividades nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 38.

esperado em condições ordinárias de convivência social. Inclusive, foi feita a crítica a alguns doutrinadores que utilizam a expressão responsabilidade e teoria do risco como sinônimas, procedimento do qual discordamos, apesar de não haver dúvida quanto à relevância desta teoria para estado de desenvolvimento em que hoje se encontra a responsabilidade sem culpa.

Giselda Hironaka, ao tratar da aplicação da responsabilidade objetiva pelo risco, determina que um dos seus requisitos de aplicação é o que a autora denomina de “risco caracterizado”. Procedendo a uma análise deste conceito, a autora¹⁷⁸ afirma: “O risco caracterizado consiste na potencialidade, contida na atividade, de se realizar um dano de grave intensidade, potencialidade essa que é impossível de ser eliminada, não obstante toda diligência que tenha sido razoavelmente levada a cabo.”

A conclusão parecida chegaram os juristas reunidos na I Jornada de Direito Civil, onde foi aprovado o enunciado 38. Analisando o parágrafo único do art. 927, ele dispôs o seguinte:

38 – Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Apesar de, nos anais da I Jornada de Direito Civil, não haver a justificativa do referido enunciado, proposto pela Juíza Federal Maria Lúcia Lencastre Ursuia

¹⁷⁸ *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 338.

com uma redação sutilmente diversa da que foi aprovada¹⁷⁹, é possível se concluir que o seu objetivo é afirmar o mesmo que vem sendo dito: a teoria do risco se aplica quando é criada uma probabilidade de dano maior do que aquele ordinariamente inerente à vida em sociedade.

A expressão “pessoa determinada”, a quem a atividade causa um ônus maior do que aos demais membros da coletividade, deve ser analisada no contexto posterior à ocorrência do dano, pois se refere à vítima. É claro que não há problema — inclusive é a regra — se o risco for criado de forma a submeter toda a coletividade.

Tratando também da questão da periculosidade ou do risco decorrente de atividade geradora da responsabilidade objetiva por meio do dispositivo legal ora analisado, Cláudio Luiz Bueno de Godoy¹⁸⁰ traz importante citação de lição de Marco Comporti, em que o autor italiano afirma:

Todas as atividades humanas podem ser perigosas para aqueles que as exercitam e para os terceiros: mas, para que o adjetivo “perigoso”, referido a uma atividade, possa assumir seu significado pleno, com que é usado no artigo 2.050 CC, deve a atividade ser suscetível de produzir freqüentes e notáveis danos a terceiros; isto é, a atividade deve conter em si não uma mera possibilidade de dano, mas uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, considerada em relação ao critério de normalidade média, e revelada através de dados estatísticos e elementos técnicos e de comum experiência.

¹⁷⁹ A redação proposta à comissão era a seguinte: “Art. 927: No Direito Privado, evoluiu-se da responsabilidade civil subjetiva, vinculada à culpa (art. 159 do CC), à responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, visto que haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar um ônus maior a pessoa determinada que aos demais membros da coletividade (art. 927, parágrafo único.” (AGUIAR JR., Ruy Rosado (Org.). *I Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJP, 2003, p. 262).

¹⁸⁰ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. Tese de livre docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 160.

Antes de concluir este item, é interessante a análise do entendimento de Fábio Ulhoa Coelho¹⁸¹ sobre o referido parágrafo único do art. 927. O referido autor, analisando mais a atividade em si do que o seu caráter perigoso ou arriscado, ensina:

A atividade a que se refere a lei, na parte final do parágrafo único do art. 927 do CC, é a que viabiliza a socialização dos custos. Não havendo específica previsão legal atribuindo responsabilidade objetiva, ninguém deve ser responsabilizado por ato ilícito se não tiver meios de socializar os custos de sua atividade.

Este posicionamento, entretanto, parece ser contrário ao desenvolvimento que vem se observando em termos de responsabilidade civil. Apesar de não se fundar na reprovabilidade da conduta do agente, o referido autor leva a obrigação de indenizar para o ponto de vista do causador do dano, e não da vítima. Como já restou demonstrado, Boris Starck já demonstrava, na primeira metade do século passado, que a responsabilidade civil tendia a analisar a obrigação de indenizar não sob o ponto de vista do causador do dano, mas sim da vítima. Dizer que a aquele que cria o risco, apesar de fazê-lo, terá responsabilidade com base na culpa, caso não possa socializar o prejuízo, é agravar a situação da vítima, que é exatamente o que o sistema de responsabilidade objetiva vem tentando evitar desde o final do século XIX.

Diante de todos estes entendimentos demonstrados, é possível concluir, apesar das diversas divergências doutrinárias demonstradas, que ao tratar a cláusula geral de responsabilidade objetiva em razão do exercício de atividade geradora de riscos, o art. 927, parágrafo único, trata da criação de uma

¹⁸¹ *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 349.

probabilidade de dano maior do que a ordinária, o que define a própria teoria do risco. Para a caracterização do fato descrito no referido dispositivo legal, não há a necessidade de que o autor do dano tenha auferido um benefício em razão do exercício desta atividade, tendo o legislador adotado a teoria do risco-criado.

1.3. Responsabilidade por fato de terceiro (art. 932 e art. 933)

Especial atenção merece a chamada responsabilidade por fato de terceiro. A regra geral é que a imputação civil dos danos se dirija à própria pessoa cujo ato acarretou o dano a ser indenizado.¹⁸² Essa regra decorre, além da própria lógica de que cada pessoa deve ser responsável pelos próprios atos, da idéia de relatividade das obrigações, no sentido de que apenas o patrimônio do devedor (causador do dano) pode estar submetido ao adimplemento de uma dívida (no caso, a obrigação de indenizar o dano causado).

Entretanto, em alguns casos definidos em lei, há a obrigação de indenizar imputada a pessoa diversa daquela que efetivamente cometeu o dano. São hipóteses especiais, previstas na maioria das legislações do mundo com

¹⁸² José de Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. II, pp. 145-146) menciona interessante debate doutrinário em relação a esta regra, cuja citação parece adequada: “No sistema de responsabilidade civil fundado na culpa, o dano só pode acarretar obrigação de reparos para aquele que o pratica. Cada um responde pessoalmente pelos seus atos. Para os partidários da doutrina objetiva, pois, o fato de reconhecerem aos seus adversários que existe, ao lado da responsabilidade por fato próprio, uma responsabilidade por fato de outrem, significa a aceitação de casos de responsabilidade sem culpa. Postos em frente desse argumento, os subjetivistas alegam que se trata de um domínio de exceção, o que, do seu ponto de vista, não deixa de ter justificativa. Aliás, adiantam, na realidade a responsabilidade por fato de outrem é responsabilidade por fato próprio, porque as pessoas que respondem a esse título terão sempre contribuído para o fato danoso. Assim se chega a considerar um tanto abusivo falar de fato de outrem em relação aos pais, por exemplo, porque tem acentuada influência na produção do dano. Sem dúvida, este não tem como causa derradeira o fato do pai (vigilância insuficiente, defeito de educação etc.), porque a causa imediata é o ato do filho, mas aquele não deixa por isso de ser causa eficiente do prejuízo.”

alguma semelhança entre si, como observam Geneviève Viney e Patrice Jourdain¹⁸³ ao afirmarem:

Em todo sistema jurídico um pouco evoluído, mesmo os mais marcados pelo individualismo, existem casos em que uma pessoa física ou moral é levada a responder civilmente pelos danos provocados diretamente pelo fato de outrem. Este pode ser um auxiliar, um substituto ou um representante que ela deixou agir em seu lugar ou por sua conta, pode ser um indivíduo sobre o qual ela assumiu uma guarda ou uma supervisão em virtude de uma obrigação legal ou da execução de um ato jurídico.

Como bem mencionam os referidos autores, esta excepcionalidade, que, como tal, deve ser tratada, decorre de alguma relação preexistente entre tais pessoas, que, normalmente, possuem o dever de guarda ou determinação hierárquica sobre outras, decorrente de um contrato ou determinação legal.

Para melhor se analisar as hipóteses de responsabilidade pelo fato de terceiro, é conveniente a transcrição do art. 932 do Código Civil vigente, onde a obrigação está prescrita nos seguintes termos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

¹⁸³ *Traité de Droit Civil: les conditions de la responsabilité*. 2 ed., Paris: LGDJ, 1998, p. 807. Tradução livre do original: “Dans tout système juridique tant soit peu évolué, même le plus marqué par l’individualisme, il existe des cas dans lesquels une personne physique ou morale est amenée à répondre civilement des dommages provoqués directement par le fait d’un tiers. Celui-ci peut être soit un auxiliaire, un substitut ou un représentant qu’elle a laissé agir à sa place ou pour son compte, soit un individu dont elle assume la garde ou la surveillance en vertu d’une habilitation légale ou en exécution d’un acte juridique. “

Como é possível observar, o Código atual traz as mesmas cinco hipóteses do art. 1.521¹⁸⁴ do Código Civil de 1916, apenas com algumas alterações de redação, a fim de atualizar as expressões utilizadas no inciso III. Entretanto, antes de se proceder a análise de cada uma delas, com suas conseqüências e características, parece mais didaticamente interessante analisar a natureza desta responsabilidade imposta ao terceiro.

Esta análise prévia ao estudo de cada uma das hipóteses mencionadas pelos incisos do art. 932 se mostra interessante, pois a espécie de responsabilidade é a mesma para todos os incisos. Como será demonstrado à frente, o que varia é o fundamento valorativo referente a cada uma delas.

Diante desta premissa, não se pode deixar de analisar o art. 933, que é exatamente a norma que define a natureza da responsabilidade civil a ser atribuída aos terceiros mencionados no art. 932. Aquele dispositivo dispõe: “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

¹⁸⁴ Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522); IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia.

Desde já se conclui que, indubitavelmente, o legislador de 2002 imputou a obrigação de reparar o prejuízo a terceiro diferente do causador do dano, independentemente de culpa daquele, ou seja, sob o aspecto objetivo. Com isso, é possível se concluir, sem deixar dúvidas, que não cabe à vítima comprovar eventual culpa dos terceiros mencionados no art. 932 a fim de lhes imputar responsabilidade. Nem mesmo eles podem alegar falta de culpa da sua parte, para evitar a obrigação de indenizar.

Aliás, ressalta-se que houve alteração da forma de imputação de responsabilidade com a referida norma introduzida pelo Código Civil de 2002, vez que o dispositivo do Código anterior, que tratava do assunto, o art. 1.523, adotava a teoria da culpa clássica, nos seguintes termos: “Art. 1.523. Excetadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.”

Como se pode observar da redação do dispositivo legal anteriormente vigente, o legislador de 1916 adotara claramente o critério da culpa provada para dar ensejo à obrigação de indenizar por fato danoso praticado por terceiros.

À culpa nestas hipóteses de imputação civil dos prejuízos, onde o causador do dano é pessoa diversa daquela obrigada a indenizar, principalmente no que se refere à conduta do patrão ou comitente em relação ao empregado ou preposto, davam-se nomes especiais como culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

A primeira se refere à escolha da pessoa a praticar o ato (empregado ou preposto). A segunda se refere à supervisão que o responsável deveria exercer em relação ao causador do dano (neste caso, mesmo em outras situações, como o filho menor ou o incapaz submetido a tutela ou curatela). Fica caracterizada que a culpa, em qualquer um dos dois momentos mencionados, ou mesmo em ambos, era imputada ao terceiro responsável pela obrigação de indenizar os prejuízos causados.

É bem verdade que, não se pode esquecer, assim como ocorreu em relação a algumas atividades arriscadas, nos termos em que foi demonstrado na primeira parte deste trabalho, também em relação à responsabilidade por fato de terceiro houve uma construção da jurisprudência, ao longo da segunda metade do século passado, a fim de dar um caráter objetivo à responsabilidade definida pela legislação como sendo subjetiva. Esse posicionamento dos tribunais certamente foi decisivo para se alterar o tratamento dado pelo legislador à responsabilidade por fato de terceiro.

O caminho traçado não foi diferente daquele anteriormente visto, passando pela presunção de culpa, especialmente no tocante à responsabilidade do patrão e do comitente em relação aos atos praticados pelos empregados e prepostos. Neste sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal editou, em 13/12/1963, a súmula 341, cujo teor é o seguinte: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

Desta presunção decorreria a conclusão comum a todas as presunções de fato (*juris tantum*) no Direito: a inversão do ônus da prova. Bastaria ao causador do

dano apenas demonstrar a inocorrência de culpa de sua parte para que pudesse ser exonerado da obrigação de indenizar. Este posicionamento é mencionado por Visintini¹⁸⁵, que afirma com muita clareza:

Se se tratasse de presunção de culpa, se deveria poder dizer que, enquanto o patrão demonstrar ter agido com diligência e ter supervisionado o preposto, ele deveria ser exonerado da responsabilidade pelo fato ilícito que se fosse igualmente verificado.

Este foi o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça até a entrada em vigor do Código Civil atual. É possível analisar diversos julgamentos próximos à virada do século em que se reconhece a presunção relativa (*juris tantum*) de culpa na súmula 341 do STF. Apenas a título de exemplo, menciona-se um julgado daquela corte, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, cuja ementa é a seguinte:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dono da coisa. Proprietário do veículo. Preponente. Revelia. O proprietário do veículo se exonera da responsabilidade pelo dano se provar que tudo fez para impedir a ocorrência do fato. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto (Súmula 341 /STF). O efeito da revelia não dispensa a presença, nos autos, de elementos suficientes para o convencimento do juiz. Cassação da sentença e reabertura da instrução. Recurso conhecido e parcialmente provido. (STJ, REsp 261310, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., DJ 27/11/2000)¹⁸⁶

¹⁸⁵ *Apud* ALPA, Guido e BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. 3 ed., Milão: Giuffrè, 2001, p. 337. Tradução livre do original: “Del resto, se si trattasse di presunzione de colpa si dovrebbe poter dire che, laddove il padrone dimostri di aver scelto con diligenza e di aver sorvegliato il preposto, egli dovrebbe essere esonerato dalla responsabilità per il fatto illecito che si fosse ugualmente verificato.”

¹⁸⁶ No mesmo sentido, a título exemplificativo, REsp 13403 (DJ 20/02/1995), REsp 145358/MG (DJ 01/03/1999) e REsp 116828/RJ (DJ 24/11/1997), todos julgados pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Curioso é observar que, ao tempo da elaboração da referida súmula, o entendimento firmado majoritariamente, que se pode depreender dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, era no sentido de se adotar não uma presunção relativa (*juris tantum*), mas uma presunção absoluta (*juris et de jure*) de culpa do patrão ou comitente.¹⁸⁷

Nos julgados analisados¹⁸⁸, em nenhum momento se cogita, ou mesmo se menciona, a possibilidade dos padrões ou comitentes excluïrem sua responsabilidade provando que não agiram com culpa.¹⁸⁹ Como se afirmou anteriormente, a presunção absoluta de culpabilidade não passa, em termos práticos, de adoção da responsabilidade objetiva, já que o réu não pode

¹⁸⁷ No mesmo sentido, o posicionamento de Cláudio Luiz Bueno de Godoy (*A responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. Tese de livre docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 103) ao afirmar que “até que se chegasse ao risco, algumas presunções antes reputadas relativas passaram a ser consideradas agora absolutas, ou seja, sem possibilidade de prova do contrário. Lembre-se, por exemplo, da Súmula n. 341 do STF que, no Brasil, estabeleceu uma responsabilidade então objetiva do patrão, por ato do empregado”.

¹⁸⁸ RESPONSABILIDADE CIVIL ATO ILICITO - CULPA IN ELIGENDO OU IN VIGILANDO. REPARAÇÃO CIVIL INDIRETA POR CULPA IN ELIGENDO OU IN VIGILANDO - RESPONSABILIDADE DO PROPONENTE POR ATO DO PREPOSTO - EMBARGOS - SUA REJEIÇÃO. (STF, RE 26866/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Henrique D'Ávila, DJ 21/09/60); CULPA CIVIL IN VIGILANDO OU IN ELIGENDO. RESPONSABILIDADE. INDENIZAÇÃO. A DENOMINADA "CULPA INDIRETA". A QUESTÃO DOS JUROS COMPOSTOS, QUE SE DEVEM AINDA NA HIPÓTESE DOS DELITOS CHAMADOS CIVIS E NÃO, APENAS, NO CASO DE CRIME. HIPÓTESE DE CULPA DO PREPONENTE, QUE NÃO COMETEU O CRIME, NEM O PODERIA FAZER, PORQUE É PESSOA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO MAIS BENIGNA EM FAVOR DO PREPONENTE, PORQUE SUA CULPA SERÁ IN ELIGENDO OU IN VIGILANDO, MAS ESTRITAMENTE CIVIL. INDENIZAÇÃO. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 1.544 E 1.548. REJEIÇÃO DE EMBARGOS. (STF, RE 15447, 2ª T., Rel. Min. Orosimbo Nonato, DJ 07/08/52); além dos precedentes que fundamentaram a súmula 341 RE 32043, DJ de 11/7/1957; RE 32043 DJ de 31/7/1958; RE 41661, DJ de 26/4/1962; RE 46716, DJ de 24/7/1961; RE 25111, DJ de 25/5/1961; RE 46921, DJ de 2/6/1961; RE 38488, DJ de 2/4/1959; RE 48421, DJ de 9/11/1961; RE 48458, DJ de 9/11/1961; RE 51875, DJ de 17/12/1962; RE 5427, ADJ de 25/2/1947.

¹⁸⁹ Vale mencionar referência feita pelo Ministro Orosimbo Nonato, no julgamento do RE 21610/ES (DJ de 05/10/53), datado de 06 de janeiro de 1953 (portanto, uma década antes da elaboração da súmula 341), em que menciona, a respeito da presunção de culpa do patrão e comitente, que “a jurisprudência, é certo, tende a se congelar no sentido acima enunciado, mas neste próprio Tribunal há respeitáveis votos dissidentes, como o dos eminentes Srs. Ministros Nelson Hungria e Barros Barreto.” A título de curiosidade, o Ministro Nelson Hungria se aposentou em 11/04/1961 e o Ministro Barros Barreto se aposentou em 20/05/1963.

demonstrar a correção do seu comportamento para elidir a obrigação de indenizar.

No mesmo sentido em relação à presunção absoluta de culpa, entende Alvino Lima¹⁹⁰, afirmando de forma categórica:

O fundamento da responsabilidade na presunção *juris et de jure* da culpa, conforme procuramos demonstrar, não passa, na realidade, de um artifício para sustentar ou não fugir do princípio da responsabilidade baseado na culpa. Na realidade, porém, desde que a responsabilidade do comitente decorra, de pleno direito, do fato ilícito do seu preposto, no exercício de suas funções, qualquer que seja o fundamento que se pretenda dar àquela responsabilidade, segundo as doutrinas, não há o exame da conduta do comitente, tal como decorre do conceito clássico da culpa.

Definida atualmente a responsabilidade do terceiro como sendo objetiva, nos termos do já analisado art. 933 do Código Civil, e aproveitando a citação supra, deve ser analisado agora o papel da culpa (ou sua ausência) no que concerne a responsabilidade por fato de terceiro. Como se pode observar da redação do já transcrito dispositivo legal, é dispensada a culpa do terceiro para que lhe seja imputada a obrigação de indenizar “(...) ainda que não haja culpa de sua parte (...)”.

Mas ela pode ser relevante para definir se esta obrigação existe mesmo ou não. Alvino Lima deixa nas entrelinhas esta relevância ao afirmar, no trecho supracitado, que “não há o exame da conduta do comitente”, sem fazer menção a eventual necessidade de se analisar a conduta do preposto, causador imediato do dano.

¹⁹⁰ *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 153.

Isso porque, como foi dito nos capítulos anteriores, a culpa não foi abolida do sistema de imputação civil dos danos definido pelo Código Civil em vigor. Esta é a regra geral, apesar de não ser a única, havendo também cláusula geral de obrigação de indenizar com base no risco. Entretanto, é perfeitamente possível que o causador do dano (filho menor, tutelado ou curatelado, empregado ou comitente...) pratique o dano em circunstância em que a atribuição de responsabilidade observa o sistema subjetivo, devendo ser demonstrada sua culpa.

Nestes casos, para que haja obrigação de indenizar, seja por parte do causador do dano, seja por parte do terceiro responsável, deverá ser demonstrada pela vítima a culpa do agente que deu causa direta ao prejuízo. Desincumbindo-se deste ônus de prova, é possível se atacar o patrimônio do terceiro para efetivar a indenização mesmo que da parte dele não se possa identificar ato culposos.

No tocante ao assunto mencionado, vale referência ao art. 500¹⁹¹ do Código Civil Português, cuja redação favorece o entendimento neste sentido, pois dispõe da seguinte maneira: “ARTIGO 500 (Responsabilidade do comitente) 1. Aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, *desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar.*” [original sem destaques]

¹⁹¹ Ressalta-se que, diferentemente do art. 932 do Código Civil pátrio, o art. 500 do Código Civil português somente trata da responsabilidade (objetiva) do comitente. A responsabilidade de terceiros em outras modalidades são tratadas em outros dispositivos legais (como o art. 491 que trata “Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem”, como é o caso dos pais em relação aos filhos menores e dos tutores e curadores em relação aos tutelados e curatelados) e mesmo de forma diferentes (a responsabilidade dos pais, tutores e curadores é determinada com base na teoria da culpa provada).

Feitas estas considerações prévias e gerais, que se referem ao instituto da responsabilidade por fato de terceiro como um todo, é chegado o momento de se analisar cada uma destas hipóteses, mencionadas no art. 932 do Código Civil vigente.

1.3.1. Responsabilidade dos pais pelos filhos menores

O inciso I trata da responsabilidade dos pais “pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.”

Primeiramente, vale analisar a o fundamento valorativo deste tipo de responsabilidade por fato alheio. Já foi demonstrado acima que, por força do art. 933 do Código Civil, todas as hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro são de natureza objetiva. O legislador brasileiro optou que, em nenhuma hipótese, nem mesmo no caso da responsabilidade dos pais pelos filhos menores, a culpa dos terceiros seja um critério relevante para a imputação da obrigação de indenizar.

Nem todas as legislações analisadas fizeram a mesma escolha. Apenas para citar um exemplo claro, o Código Civil de Quebec prevê, no seu artigo 1459, que o pai pode afastar sua responsabilidade, provando “não ter ele cometido nenhuma culpa em relação à custódia, supervisão ou educação do menor.”¹⁹²

¹⁹² Tradução livre e literal do original “1459. A person having parental authority is liable to reparation for injury caused to another by the act or fault of the minor under his authority, unless he proves that he himself did not commit any fault with regard to the custody, supervision or education of the minor.”

Voltando ao caso brasileiro, não há dúvida sobre a objetividade da responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos seus filhos menores. Entretanto, o risco não parece o melhor fundamento para essa hipótese de responsabilidade, independentemente de culpa. Afinal de contas, não há que se falar em criação ou agravamento de um risco, nos termos já vistos acima, em decorrência de uma relação de paternidade.

A convivência com as crianças, e suas naturais inseqüências e ingenuidades que podem vir a ser danosas, é uma situação inerente à vida humana desde os tempos mais antigos que se possa imaginar. Isso é um estágio natural e inevitável da vida de absolutamente todo e qualquer ser humano.

A idéia de risco (seja sob a figura de risco-criado, risco-proveito ou qualquer outra modalidade possível) designa outro ponto de vista, diferente da mera procriação da espécie humana, pois traz no seu âmago o aumento dos perigos, além daqueles que já são inerentes à vida do ser humano.

Obviamente, não é esse o caso dos pais em relação aos filhos menores. A vida em sociedade, por mais arcaica que seja, ou mesmo fora dela, traz no seu bojo alguns riscos que lhe são inerentes. A teoria do risco trata da criação, com ou sem motivos, de riscos além destes ordinários ou da repotencialização daqueles já existentes, como dito anteriormente. Não há que se comparar esta situação (ser pai ou mãe) com a exploração econômica do manuseio ou transporte de combustíveis ou inflamáveis, por exemplo, típico exemplo de atividade de risco.

Esta divergência já restou demonstrada na primeira parte deste trabalho, quando foram analisados os fundamentos valorativos da responsabilidade objetiva. Ainda naquela ocasião, foi feita a citação de um trecho do pensamento de Sérgio Cavalieri Filho e Carlos Alberto Menezes Direito¹⁹³, que se pede *venia* para repetir, agora em outro contexto e acrescida da sua continuidade:

Há quem sustente que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores, e a dos tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados, estaria fundada na teoria do risco. Os que assim entendem afirmam que, se o pai põe filhos no mundo, corre o risco de que, da atividade deles, surja dano para terceiro. A levar a teoria do risco a tal extremo, tudo passará a tê-la por fundamento, até o próprio nascimento. Parece-nos exagero falar em risco de ter um filho, risco de ser pai e assim por diante. Na tutela e na curatela, a impropriedade é ainda maior ao se falar em risco, porque representam um ônus para quem as exerce, verdadeiro *munus publicum*. O fundamento dessa responsabilidade é realmente outro. É o dever objetivo de guarda e vigilância legalmente imposto aos pais, tutores e curadores. Depreende-se isso do próprio texto legal, da expressão 'estiverem sob sua autoridade e em sua companhia'. Esse dever de guarda e vigilância é exigível daquele que tem autoridade sobre outrem e enquanto o tiver em sua companhia.

Dentre os fundamentos valorativos da responsabilidade objetiva mencionados na primeira parte deste trabalho, parece que a mais adequada à hipótese de responsabilidade ora analisada é a solidariedade. Afinal de contas, não se pode olvidar que as relações de direito de família, entre elas as relações de parentesco, estão sujeitas ao princípio da solidariedade familiar.

Aos pais é imputada a obrigação de indenizar os danos cometidos pelos filhos menores. É possível que isso seja uma expressão de solidariedade, não apenas com a vítima, que será indenizada, mas também com o filho.

¹⁹³ *Comentário ao novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 200.

Analisando o fato, este é um custo decorrente da criação do filho, uma obrigação que este deixa de ter. Isso sem contar com a solidariedade com a vítima, que sofreu um dano causado pelo menor que deveria estar na esfera de controle do seu pai.

Como requisitos para a responsabilização dos pais pelos atos dos filhos menores, o inciso ora analisado do art. 932 determina que os incapazes estejam “sob sua autoridade e em sua companhia”. Este critério é essencial para que a vítima possa exigir do terceiro o pagamento da indenização pelo dano sofrido.

Por “sob sua autoridade e em sua companhia” entende-se que os pais apenas estão obrigados dentro dos limites do controle que exercem sobre os filhos, em razão do poder familiar.¹⁹⁴ O pai (ou a mãe) que não exerça este poder, seja por ter sido dele destituído, nos termos do art. 1.638¹⁹⁵ do Código Civil, seja por não exercê-lo em razão de circunstância de fato (como o caso do pai que não reconhece seu filho, nos termos do art. 1.633,¹⁹⁶ o pai ou a mãe que moram longe do filho há vários anos...).

¹⁹⁴ A idéia da responsabilidade dos pais está fundada, basicamente, em dois aspectos do exercício do poder familiar, previstos no art. 1.634 do Código Civil que prevê que “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: II - tê-los em sua companhia e guarda e VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.” Parece que a idéia de “companhia”, prevista no art. 932, I se coaduna com a “companhia” prevista no inciso I do dispositivo legal ora analisado. Já a “autoridade”, que prevê o dispositivo legal referente à responsabilidade civil, tem ligação com a “obediência” e o “respeito”, mencionados pelo art. 1.634, VII.

¹⁹⁵ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹⁹⁶ Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou neste sentido, afastando a responsabilidade do pai que “não detinha a guarda nem estava o filho em sua companhia”, como se observa da ementa de julgamento abaixo transcrita:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO E DOS PAIS DO MOTORISTA. PRECEDENTES DA CORTE. 1. Prevalece a responsabilidade do motorista, na linha da jurisprudência da Corte, quando de acordo com a prova dos autos não foi afastada a presunção de culpa do proprietário que empresta o seu veículo ao terceiro causador do acidente. 2. A responsabilidade do pai foi afastada porque não detinha a guarda nem estava o filho em sua companhia, mas não a da mãe, porque não enfrentado o argumento da falta de condições econômicas apresentado no especial para afastar seu dever de indenizar, prevalecendo, portanto, precedentes da Corte amparados no art. 1.521, I, do Código Civil de 1916. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 540459/RS, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 22/03/2004)

Quanto ao assunto, especialmente quanto ao requisito de coabitação para a caracterização da “autoridade” e da “companhia”, Alvino Lima¹⁹⁷ afirma:

É preciso observar, contudo, que a não coabitação só isentará o genitor de responsabilidade, se ele estiver impedido de fiscalizar e dirigir a conduta de seu filho menor; se a ausência de coabitação não impedir aquela fiscalização, o genitor, que se achar no exercício do pátrio poder, continuará no dever da vigilância de seu filho menor, permanecendo a sua responsabilidade.

Parece que o dispositivo legal em análise imputa aos pais um nexo de causalidade pelo dano observado pela vítima. Obviamente, esse nexo causal não é direto, pois, como menciona o próprio Aguiar Dias¹⁹⁸, em trecho citado no início deste item, o dano “não tem como causa derradeira o fato do pai (vigilância insuficiente, defeito de educação etc.), porque a causa imediata é o ato do filho, mas aquele não deixa por isso de ser causa eficiente do prejuízo.”

¹⁹⁷ *Responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 36.

¹⁹⁸ *Da Responsabilidade Civil*. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. II, p. 146.

Mas não há como se negar certa participação, obviamente indireta, do pai na ocorrência do dano.

No mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho e Carlos Alberto Menezes Direito¹⁹⁹ afirmam: “Um filho criado por quem observe à risca esses deveres [decorrentes do poder familiar] não será, ordinariamente, autor de fato danoso a outrem.”

É possível concluir que a responsabilidade do pai pelos danos causados por seus filhos menores não depende de culpa, mas o pai pode afastar sua responsabilidade demonstrando que o menor não estava “sob sua autoridade ou em sua companhia”. Em uma análise análoga, é possível afirmar que tal situação rompe o nexo de causalidade entre ato ou omissão do pai em relação ao dano observado. Esta afirmação, por mais surpreendente que possa parecer, tem raízes no fato de que o Direito entende que, se o pai tivesse tomado conta do seu filho conforme a expectativa social, o dano não teria ocorrido.

1.3.2. Responsabilidade dos tutores e curadores pelos tutelados e curatelados

O segundo inciso do art. 932 trata da responsabilidade do “tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições”. Obviamente, as “mesmas condições” a que faz referência o dispositivo legal

¹⁹⁹ *Comentário ao novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 204.

são aquelas previstas no inciso anterior, quanto à responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores, no tocante a “autoridade” e “companhia”.

Se lá o fundamento era o poder familiar, no tocante ao tutor e ao curador os efeitos não são diferentes, pois o art. 1.740, III²⁰⁰ do Código Civil impõe aos tutores (e curadores, por força do art. 1.781) “os deveres que normalmente cabem aos pais”.

Apenas a título ilustrativo, e para fundamentar futura argumentação quanto ao próximo assunto, vale analisar a disposição do Código Civil de Quebec quanto ao tema, para fins de comparação. O art. 1.461 do referido Codex, afirma o seguinte:

1.461. Any person who, as tutor or curator or in any other quality, has custody of a person of full age who is not endowed with reason, is not liable to reparation for injury caused by any act of the person of full age, except where he is himself guilty of a deliberate or gross fault in exercising custody.

Como se pode depreender do dispositivo legal, o curador só responde pelo prejuízo causado pelo curatelado em caso de dolo ou culpa grave da sua parte no exercício da custódia. Tal determinação é diametralmente oposta àquela prevista pelo Código Civil brasileiro que, como foi demonstrado acima, imputa ao curador — e demais pessoas previstas no art. 932 — responsabilidade, independentemente de ter havido culpa da sua parte.

²⁰⁰ Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor: I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição; II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção; III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.

Deve ser lembrado que, assim como o risco não justifica a responsabilidade objetiva dos pais pelos filhos menores, também não poderia ser esse o fundamento da responsabilidade dos tutores e curadores pelos seus tutelados e curatelados. Sobre o assunto, Anderson Schreiber²⁰¹ sustenta posicionamento no mesmo sentido, como se observa do trecho abaixo transcrito:

Exemplo ainda mais eloqüente se vislumbra na responsabilidade objetiva do tutor pelos atos do tutelado, do curador pelo curatelado e assim por diante. Não se pode, por certo, nestes casos, falar em criação de um risco pelo tutor ou pelo curador, que desempenham, muito ao contrário, uma função socialmente útil. Atribui-lhes a lei, entretanto, responsabilidade objetiva como consectário do encargo social que desempenham, não com a finalidade de sancionar a criação ou majoração de um risco, mas com o fim exclusivo de assegurar indenização a quem se vê lesado pelo ato de uma pessoa que recebe do direito especial proteção.

No que se referem aos demais aspectos, o que se falou em relação à responsabilidade dos pais pelos filhos menores se aplica também, *mutatis mutandi*, ao caso da responsabilidade dos tutores e curadores sobre os tutelados e curatelados.

1.3.3. Responsabilidade dos empregadores e comitentes pelos atos dos empregados e prepostos

O terceiro inciso do art. 932 trata talvez da mais relevante das hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro, que é a responsabilidade do “empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.” Este dispositivo legal tem

²⁰¹ *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.* São Paulo: Atlas, 2007, p. 28.

especial relevância por tratar de uma situação muito corriqueira, pois a pessoa jurídica sempre praticará atos por meio de pessoas naturais. Estas sim, representando aquelas, podem causar danos ao patrimônio ou direitos que outrem, sendo que ambas serão responsabilizadas.

Primeiramente, é de se ressaltar que a responsabilidade ora analisada difere daquelas outras hipóteses estudadas até o presente momento, pois filhos, tutelados e curatelados não são escolhidos pelos seus pais, tutores e curadores, respectivamente. Estas pessoas não têm como escolher estas suas posições jurídicas, levando em consideração a personalidade e o modo de agir daquelas que com elas se relacionam e pelos atos das quais poderão ser obrigados a indenizar. Já o empregador e o comitente podem, sem dúvida, escolher, eleger as pessoas que lhes prestam serviço de acordo com critérios que acharem mais interessantes, como a diligência, destreza e personalidade, dentre outras.

Diante desta característica de voluntariedade, se a obrigações das pessoas anteriormente analisadas é objetiva, por força do art. 933 do Código Civil, com mais razão ainda o é a responsabilidade do empregador e do comitente.

Foi analisado que o Código Civil de Quebec, utilizado como mero paradigma, é bem mais restrito que o brasileiro quanto à imputação da obrigação de indenizar aos pais, aos tutores e curadores. Entretanto, no tocante aos prepostos e empregados, aquela norma canadense é tão severa quanto a norma brasileira, como se pode observar da redação do art. 1.463.

1463. The principal is liable to reparation for injury caused by the fault of his agents and servants in the performance of their duties; nevertheless, he retains his recourses against them.

Como é possível notar, em nenhum momento o legislador quebequense faz referência, no supracitado dispositivo legal, a culpa, dolo ou mesmo culpa grave, como se observou dos demais dispositivos legais analisados acima. Isso demonstra a diferença de tratamento entre pais, tutores e curadores em relação ao comitente ou empregador. No mesmo sentido, imputando objetivamente a responsabilidade a estas figuras, é possível fazer menção ao já mencionado e transcrito art. 500 do Código Civil Português, assim como o art. 2.049 do Codice Civile, que se pede *venia* para transcrever:

Art. 2049 Responsabilità dei padroni e dei committenti
I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.

No tocante à interpretação a ser dada a este dispositivo legal do Código Civil Italiano, é válida citação dos ensinamentos de Guido Alpa e Mario Bessone²⁰², explicando:

Já foi dito que, às vezes, se afirma que a responsabilidade prevista no art. 2.049 é fundada na culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, mas se trata, em verdade, de uma reverência puramente formal à teoria da culpa porque nesta mesma sentença se encontra novamente mencionado o princípio do risco em franca contradição com a menção à culpa presumida.

²⁰² *La responsabilità civile*. 3 ed., Milão: Giuffrè, 2001, p. 337. Tradução livre do original: “Va detto che, talvolta, si afferma che la responsabilità ex art. 2.049 è fondata sulla colpa in eligendo o in vigilando, ma si tratta, in realtà, di un ossequio puramente formale alla teoria della colpa perché nelle stesse sentenze si trova a volte richiamato il principio del rischio in aperta contraddizione con il richiamo alla colpa presunta.”

Quanto à caracterização da responsabilidade por fato de terceiro, na hipótese de empregado ou preposto, é necessário se analisar o vínculo existente entre o causador do dano e o terceiro que será obrigado a indenizá-lo. Alvino Lima²⁰³ afirma que “as condições ou requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil pelo fato de outrem são: a) a existência de uma relação entre o civilmente responsável e o autor material do ato danoso; b) o caráter culposos do fato danoso; e, c) uma relação entre a função e o fato danoso.”²⁰⁴

O primeiro requisito apontado pelo doutrinador analisado é “a existência de uma relação entre o civilmente responsável e o autor material do ato danoso”. Deve haver entre o terceiro (empregador ou comitente) e o causador do dano (empregado ou preposto) uma relação jurídica caracterizada pela dependência. Quando se fala em preposto ou empregado, as duas expressões designam a idéia de que estas pessoas estão exercendo uma atividade direcionada, governada pela pessoa que toma tais decisões, ou seja, o empregador e/ou o comitente. Para que fique caracterizada a responsabilidade por fato de terceiro, é necessário que haja essa relação, que o comitente ou empregador possa determinar os rumos daquela atividade ou ação, até mesmo, em alguns casos, fiscalizando o exercício da atividade de forma mais detalhada e precisa.

Essa relação não terá, necessariamente, natureza empregatícia. Tal conclusão é de fácil alcance, pois a própria norma diferencia a responsabilidade dos

²⁰³ *Responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 56.

²⁰⁴ Representando a doutrina argentina, Arturo Acuña Anzorena (*Fundamento de la responsabilidad del comitente por el hecho del subordinado y condiciones de ejercicio de la misma*, na obra *Estudios sobre la responsabilidad civil*. La Plata: editora platense, 1963, pp. 286-292) enumera os mesmos requisitos (que o autor denomina “condições), tomando a relação entre empregador ou comitente e empregado ou preposto como pressuposto para a análise do item “ilicitud del acto dañoso del subordinado.”

empregadores e dos comitentes. Portanto, o mesmo dispositivo legal regula as duas situações, tanto aquela decorrente de uma relação de emprego, quanto uma mera relação de preposição, sem aquele requisito.

Guido Alpa e Mario Bessone²⁰⁵, ao tratarem deste tipo de responsabilidade têm o mesmo posicionamento, ao afirmarem que um dos requisitos para a imputação da obrigação de indenizar “é a existência de uma relação de preposição”. No parágrafo seguinte, analisando de forma mais detalhada a situação ensinam os doutrinadores italianos que:

Caso paradigmático é obviamente aquele do trabalho subordinado, onde o dependente é inserido estavelmente na empresa e submetido ao poder de direção e supervisão do empregador, mas o legislador previu uma ampla utilização da norma em exame: fazendo uso dos termos de “comitente” e “preposto” ele deu a entender a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade analisada mesmo em caso de uma relação de trabalho autônomo.

Quanto à finalidade econômica, a jurisprudência também afirma não ser este um fim essencial para a responsabilização do preposto. É possível encontrar vários acórdãos do Superior Tribunal de Justiça²⁰⁶ condenando donos de veículos automotores a indenizar os danos causados por terceiros que os conduziam, com base no referido dispositivo legal (e o seu antecessor, art. 1.521, III do CC/1916).

²⁰⁵ *La responsabilità civile*. 3 ed., Milão: Giuffrè, 2001, pp. 336-337. Tradução livre do original: “Caso paradigmatico è ovviamente quello del lavoro subordinato, dove il dipendente è inserito stabilmente nell’impresa ed è sottoposto al potere di direzione e sorveglianza del datore di lavoro, ma il legislatore ha previsto una più ampia utilizzazione della norma in esame: facendo ricorso ai termini di <<committente>> e <<commesso>> egli ha lasciato intendere la possibilità di ravvisare la responsabilità vicaria anche in presenza di un rapporto di lavoro autonomo.”

²⁰⁶ É possível se mencionar, dentre outros, os seguintes precedentes: REsp 343649/MG, DJ 05/02/2004; REsp 243878/ES, DJ 17/02/2003; REsp 537347/MA, DJ 10/10/2005; AgRg no Ag 574415/RS, DJ 04/10/2004; REsp 577902/DF, DJ 13/06/2006.

Este posicionamento fica claro no fundamento do acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial 116828/RJ, da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em que o referido julgador expõe o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, afirmando:²⁰⁷

Neste Tribunal, admitiu-se a ampliação do conceito de preposição para impor a responsabilidade do proprietário ainda que fosse por simples agrado: “Assim, a interpretação que o acórdão deu ao art. 1.521, III, restringindo o conceito de preposição, se choca com o do acórdão paradigma, de conteúdo mais amplo, para abarcar outras situações como a dos autos, em que o veículo teria sido cedido para serviço de terceiro, em cuja cessão não se pode esconder interesse do próprio cedente, ao menos em agradar a quem emprestara o veículo’ (REsp 29.280/RJ, 4ª Turma, Rel. o Em. Min. Dias Trindade, com a seguinte ementa: “A pessoa a quem o proprietário de veículo autoriza a dirigir, ainda que para prestar serviço a terceiro, se acha em situação de preposição, a acarretar a responsabilidade do proponente pelos danos que vier a causar”).

Nesta esteira, de ampliação do conceito de preposição, foi elaborado o enunciado 191 da III Jornada de Direito Civil, com a seguinte redação: “191 – Art. 932: A instituição hospitalar privada responde, na forma do art. 932 III do CC, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico. III Jornada de Direito Civil.”

Interessante notar que o referido enunciado foi proposto com uma redação um pouco diversa, qual seja: “*Sendo o empregador instituição hospitalar, pública ou privada, incide a responsabilidade objetiva pelos atos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico, sejam eles contratados, residentes, credenciados ou plantonistas.*” (original sem destaques). Com a retirada da ressalva que qualificava a instituição hospitalar como empregadora, a comissão

²⁰⁷ Deve-se ressaltar, entretanto, que vários julgados não mencionados, inclusive o REsp 116828/RJ, trazem como seu fundamento também a responsabilidade pelo fato da coisa, teoria já mencionada quando fizemos a evolução da culpa, com base no art. 1.384 do Código Civil francês.

elaboradora dos enunciados de Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil parece ter entendido ser o mesmo desnecessário, optando pela aprovação do enunciado de forma mais ampla, sem abordar qual seria a relação entre a instituição hospitalar e a equipe médica. Tal conclusão se justifica porque tais profissionais podem, sem sombra de dúvida, serem classificados como prepostos do hospital ou clínica.²⁰⁸

O segundo requisito acima mencionado trata do caráter culposo do fato danoso. Tal requisito se justifica pelo fato de que o art. 933 imputa a responsabilidade objetiva ao empregador ou comitente, “ainda que não haja culpa da sua parte”. Entretanto, como ficou demonstrado no final da primeira parte deste trabalho, atualmente, o Código Civil adota um sistema dual de responsabilidade: em regra subjetiva (art. 927, com remissão expressa ao art. 186) e objetiva, nas hipóteses em que a lei prever (inclusive na cláusula geral prevista no parágrafo único do art. 927, anteriormente analisado).

²⁰⁸ O próprio Superior Tribunal de Justiça já decidira essa questão, como se pode depreender, por exemplo, do acórdão da 4ª turma, da lavra do Ministro Fernando Gonçalves, publicado no DJ do dia 16/06/2005, que julgou o Recurso Especial 258389/SP no seguintes termos: CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.). 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arriado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.

Se o ato do empregado ou preposto não estiver inserido em algum dos microsistemas de imputação objetiva de responsabilidade, a culpa será relevante para que haja a obrigação de indenizar. Afinal de contas, o empregador ou comitente será obrigado a indenizar de forma objetiva, mas apenas quando tal obrigação também puder ser imposta ao efetivo causador do dano.

No mesmo sentido também é o posicionamento da doutrina mesmo mais moderna. Felipe Peixoto Braga Neto²⁰⁹ afirma que “a culpa do empregado ou preposto deve ser provada. A responsabilidade do empregador é objetiva, condicionada, porém, à culpa do empregado. Tal culpa deve ser provada pela vítima (além, naturalmente, do dano e do nexo causal).”

Alvino Lima²¹⁰, como de costume, traz seus ensinamentos com uma clareza solar, razão pela qual é relevante a transcrição do trecho em que o autor afirma:

A culpa do preposto é que caracteriza a existência do ato ilícito causador do dano, conferindo à vítima o direito de agir contra o mesmo; se a culpa do preposto não existe, não haverá ato ilícito, e, conseqüentemente, não existirá um dano sob a responsabilidade do comitente.

Após as citações doutrinárias, parece conveniente repetir que, na verdade, com o atual sistema duplo de imputação de responsabilidade adotado pelo Código Civil, o relevante será não necessariamente a *culpa* do preposto ou

²⁰⁹ *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167.

²¹⁰ *Responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 62.

empregado, mas sim a sua *responsabilidade* (obrigação de indenizar). Neste contexto, parece mais apropriada a expressão utilizada pelo já analisado art. 500 do Código Civil português, determinar a responsabilidade do comitente pelo ato do comissário, “desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar.”

Comentando o referido dispositivo legal, especialmente em relação à diferença entre a culpa e a responsabilidade do empregado ou preposto para a imputação da obrigação de indenizar ao empregador ou comitente, Pires de Lima e Antunes Varela²¹¹ afirmam que:

Dizendo o nº 1 que o comitente responde pelos danos causados pelo comissário, “desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar” o preceito deve considerar-se aplicável não apenas aos casos de responsabilidade fundada na culpa, mas ainda aos casos de responsabilidade pelo risco ou pela prática de actos lícitos.

Por fim, o último requisito para a imputação de responsabilidade do preposto é a relação entre o exercício da função e o dano praticado.

Neste ponto, mais uma diferença ressalta entre a responsabilidade do empregador ou do comitente e aquelas anteriormente vistas, do pai, do tutor e do curador. Enquanto estes têm o dever de guarda e vigilância sobre o incapaz em tempo integral, o mesmo não se pode falar do empregador ou comitente, em relação ao empregado ou preposto.

²¹¹ *Código Civil anotado*. 4 ed., Coimbra: Coimbra, 1987, p. 507.

O poder destes sobre aqueles somente pode ser exercido enquanto estiverem no exercício da função delegada. Após este momento, como pessoas capazes, não há que se falar em dever de vigilância ou direção. Por isso, nem todo ato danoso praticado pelo empregado ou preposto gerará a obrigação ao empregador ou comitente de indenizar a vítima.

Definir o que são os danos causados “no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”, como define o art. 932, III ora analisado, não é tarefa fácil. Essa dificuldade não parece ser uma exclusividade da legislação brasileira, mas sim um ponto de preocupação para uma considerável parcela da comunidade jurídica internacional, vez que a maioria dos dispositivos (das legislações ocidentais) que tratam da responsabilidade por dano causado pelo empregado ou preposto prevêem esta ressalva. Geneviève Viney²¹² e Patrice Jourdain demonstram esta preocupação, nos seguintes termos:

Ora, na França como em outros países, e quaisquer que sejam as fórmulas empregadas pelos legisladores ou jurisprudências nacionais, os tribunais estão experimentando muito sérias dificuldades para determinar concretamente quais são, dentre as atividades do preposto, as que são suficientemente ligadas às funções que lhes confiou o comitente para acarretar, em caso de dano, a responsabilidade deste. Sem dúvida, uma tendência extensiva se manifestou praticamente em todos os países, mas ela teve diferentes graus de intensidade dependendo do país, o que deixa subsistir hoje diferenças significativas entre os direitos nacionais. Mais exatamente, ao mesmo tempo em que os tribunais demonstraram, regra geral, pouca pressa em admitir que algumas características do ato imputado ao preposto possam excluir, a princípio, a sua

²¹² *Traité de Droit Civil: les conditions de la responsabilité*. 2 ed., Paris: LGDJ, 1998, pp. 876-877. Tradução livre do original: “Or, en France comme ailleurs, et quelles que soient les formules employées par les législateurs ou les jurisprudences nationales, les tribunaux ont éprouvé de très sérieuses difficultés pour déterminer concrètement quelles sont, parmi les activités du préposé, celles que sont suffisamment liées aux fonctions que lui a confiées le commettant pour engager, en cas de dommage, la responsabilité de celui-ci. Sans doute une tendance extensive s’est-elle manifestée à peu près partout, mais elle est restée inégalement accentuée selon les pays, ce qui laisse subsister aujourd’hui des différences sensibles entre les droits nationaux. Plus précisément alors que les tribunaux ont très généralement montré peu d’empressement à admettre que certains caractères de l’acte imputé au préposé puissent exclure a priori son rattachement aux fonctions (I), ils ont fait preuve d’exigences variables quant aux conditions positives de ce rattachement (II).”

ligação com as suas funções, eles apresentaram diferentes exigências quanto às condições positivas dessa ligação.

Para demonstrar a dificuldade do tema, cabe a menção a um julgado do Superior Tribunal de Justiça em que, analisando um pedido de indenização de uma vítima em face de um empregador, proferiu a seguinte decisão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO PRATICADO EM DECORRÊNCIA DE INFORMAÇÕES OBTIDAS PELO PREPOSTO POR OCASIÃO DO SEU TRABALHO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO EMPREGADOR.

- O empregador responde civilmente pelos atos ilícitos praticados por seus prepostos (Art. 1.521 do CCB/1916 e Súmula 341/STF).

- Responde o preponente, se o preposto, ao executar serviços de dedetização, penetra residência aproveitando-se para conhecer os locais de acesso e fuga, para - no dia seguinte - furtar vários bens.

- A expressão "por ocasião dele" (Art. 1.521, III, do Código Beviláqua) pode alcançar situações em que a prática do ilícito pelo empregado ocorre fora do local de serviço ou da jornada de trabalho.

- Se o ilícito foi facilitado pelo acesso do preposto à residência, em função de serviços executados, há relação causal entre a função exercida e os danos. Deve o empregador, portanto, responder pelos atos do empregado.

(STJ, REsp 623040, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 04/12/2006, sem destaques no original)

Como se observa do julgado acima transcrito, o dano observado pela vítima (furto) não ocorreu enquanto o causador do dano estava no exercício da sua função, nem em horário em que deveria estar. Entretanto, apesar desta circunstância, o exercício da função foi essencial para que pudesse levar a efeito o ato danoso. Se não fosse o exercício do trabalho, não teria tido acesso à casa e podido planejar o acesso e fuga que foram essenciais para viabilizar o furto.

Neste mesmo sentido, é extremamente válido fazer menção à lição proferida por Pires de Lima e Antunes Varela, onde muito claramente definem alguns

critérios seguros para a determinação desta ligação entre dano e exercício do trabalho, afirmando que:

Deverá entender-se que um facto ilícito foi praticado no exercício da função confiada ao comissário quando, quer pela natureza dos actos de que foi incumbido, que pela dos instrumentos ou objectos que lhe foram confiados, ele se encontre numa posição especialmente adequada à prática de tal facto.

A falta de qualquer um dos três requisitos ora analisados – a) a existência de uma relação entre o civilmente responsável e o autor material do ato danoso; b) a obrigação de indenizar poder ser atribuída ao causador direto do dano; c) uma relação entre a função e o fato danoso – importa na exoneração do empregador ou do comitente da obrigação de indenizar.

Por fim, como tem sido praxe neste trabalho, se faz necessário analisar o fundamento valorativo da responsabilidade objetiva atribuída ao empregador e ao comitente. Apesar de termos defendido acima a posição de que não há necessidade de que a atividade seja lucrativa, o que ora se ratifica, parece que a melhor figura a se encaixar a esta hipótese é a do risco-proveito. Tal escolha se justifica pelo fato de que, mesmo nos casos em que não há lucro para o comitente (para o empregador em regra haverá), normalmente há que se falar em algum tipo de proveito, nem que seja um mero agrado, como mencionado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. por ocasião do julgamento do Recurso Especial 116828/RJ, acima mencionado.

1.3.4. Responsabilidade dos donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos.

A hipótese prevista no inciso IV do art. 932 traz certa curiosidade. A princípio, quando se pensa em responsabilidade dos hotéis ou estabelecimentos onde se hospede por dinheiro, é normal se pensar na obrigação de indenizar, por força da relação contratual, os danos sofridos pelos hóspedes, inclusive em relação às suas bagagens²¹³. Entretanto, como se pode observar de uma leitura um pouco mais atenta do dispositivo legal em análise, não é essa a hipótese nele retratada. O art. 932, IV prevê a responsabilidade – extracontratual – dos danos causados pelos seus hóspedes, seja a terceiros, seja a seus empregados²¹⁴, seja a outros hóspedes.

Inclusive, como se pode observar do julgado abaixo transcrito, o Superior Tribunal de Justiça assentou este entendimento em recente julgamento, nos seguintes termos:

²¹³ Quanto a esta obrigação, o parágrafo único do art. 649 prevê que “Os hospedeiros responderão como depositários, assim como pelos furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admitidas nos seus estabelecimentos.”

²¹⁴ Especialmente em relação aos danos causados pelo hóspede ao empregado do hotel, interessante transcrever o acórdão do STJ, que, apreciando o Recurso Especial 69437, entendeu da seguinte forma: RESPONSABILIDADE CIVIL. HÓSPEDE DE HOTEL QUE LESIONA O GERENTE. CULPA PRESUMIDA DO DONO DO ESTABELECIMENTO. ART. 1.521, IV, DO CC. INEXISTÊNCIA DE DISSÍDIO COM A SÚMULA 229/STF. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte, a partir da edição da Lei 6.367/76, não mais prevalece o enunciado da Súmula 229/STF, bastando a culpa leve do empregador para embasar a sua responsabilidade. 2. A lei presume a culpabilidade do hoteleiro por ato do seu hóspede. Cabe ao estabelecimento tomar todas as medidas de segurança e precaução, por cuja falta ou falha é responsável. 3. Em sede de recurso especial não se reexamina matéria probatória. (Súmula 07/STJ). 4. “Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime” (Súmula 186/STJ). Recurso especial conhecido, em parte, e provido. (4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14/12/1998)

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FATO DE OUTREM. Se o dano é sofrido pelo próprio aluno nas dependências da instituição de ensino a apuração da responsabilidade civil do educando será feita com base no artigo 159 do Código Civil de 1916, pois a hipótese não é de responsabilidade por fato de outrem (art. 1.521, inciso VI). Recurso especial conhecido e provido em parte. (STJ, REsp 331809/SP, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 02/05/2006)²¹⁵

Os donos desses estabelecimentos devem ter um controle sobre seus hóspedes, de forma a evitar que os mesmos causem danos a quem quer que seja. Pela natureza da responsabilidade por terceiro, somente será possível se imputar ao dono do hotel a obrigação de indenizar quando o hóspede estiver dentro do seu limite de direção. Eventual dano cometido pelo cliente em local diverso do estabelecimento não poderá ser exigido do dono do hotel.

Este dispositivo legal tinha grande relevância até meados do século passado em razão da prática comum dos pais de enviarem seus filhos em colégios internos de cidades mais desenvolvidas. Com a urbanização e melhoria dos meios de comunicação, que marcaram a segunda metade do século XX, essa realidade se tornou distante da sociedade brasileira, e o dispositivo legal passou a ter pouca aplicabilidade prática.

Em relação ao fundamento valorativo da responsabilidade objetiva para esta hipótese do art. 932, parece mais apropriado fazer menção à teoria do risco-proveito. Afinal de contas, a obrigação do dono do hotel e estabelecimentos análogos decorre diretamente da atividade empresarial por ele exercida.

²¹⁵ Obviamente, se o dano tivesse sido causado por outro aluno, seria a hipótese de aplicação do referido dispositivo legal. Caso o dano tivesse sido causado por um professor ou funcionário, seria hipótese de aplicação do art. 932, III, acima mencionado. Entretanto, pelo que se pôde depreender da análise da íntegra do acórdão, a vítima se machucou sozinha, praticando ginástica olímpica, nas dependências de um ginásio da instituição de ensino, ré.

1.3.5 Responsabilidade dos que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime.

Também este inciso não traz maiores dificuldades ou mesmo relevância doutrinária e prática. A hipótese diz respeito, nada mais, à obrigação de devolver restituir o que foi gratuitamente recebido e que tenha sido objeto de um crime. Na pouca aplicação prática do referido dispositivo legal, deve-se analisar essencialmente a hipótese em que a pessoa obrigada a indenizar não é partícipe de fato delituoso, sequer na figura de receptadora. Neste caso, parece que o Código faz menção à pessoa que recebe o produto de crime sem saber desta procedência, ou seja, com base no critério de boa-fé subjetiva.

É possível se imaginar a obrigação de uma moça que tenha recebido uma jóia do seu namorado e que desconheça ter sido a mesma objeto de crime – por exemplo, furto ou roubo. É inegável que aquela pessoa que gratuitamente recebeu a jóia não poderá mantê-la, sob o argumento que desconhecia a origem ilícita do objeto. Caso a coisa fosse consumida e já a tenha sido, será a pessoa obrigada a indenizar o equivalente em dinheiro.

Sobre a natureza desta obrigação de indenizar, parece que se trata de solidariedade pura e simples. Este dispositivo visa, em última instância, restabelecer o equilíbrio patrimonial perdido com o crime e posterior cessão gratuita do seu fruto a terceiro. A vítima perdeu seu patrimônio e o terceiro o recebeu gratuitamente, locupletando-se em razão do prejuízo alheio, mesmo que desconhecesse tal fato. É expressão da justiça que se restabeleça a situação anterior, tanto que este é o único caso onde não haverá efetiva

diminuição patrimonial daquele que tiver obrigação de indenizar o dano – pois aquele bem fora adquirido gratuitamente.

1.4. Responsabilidade por fato de animais (art. 936)

A responsabilidade pelo fato de animal é uma preocupação que se observa mesmo em remotos textos legais, afinal de contas o ser humano faz uso dos animais para diversos fins desde a antiguidade. Inclusive Carlos Ghersi²¹⁶ afirma que:

A responsabilidade derivada de danos causados por animais registra uma larga trajetória dentro do direito civil. No direito romano recebeu o tratamento dos quase-delitos e representa o antecedente mais remoto da responsabilidade objetiva, ao prever o dano que um animal causava sem culpa do seu dono, nem de terceiros, e sem embargo se concedia a ação à vítima contra o proprietário.

Como se observa, mesmo no direito romano, já era considerada objetiva a responsabilidade do dono do animal em caso de dano causado por este, assim como ocorreu em outras legislações ocidentais mais modernas, do século XIX em diante. Entretanto, não foi esta a realidade adotada pelo Código Civil brasileiro de 1916. O art. 1.527 daquela norma parece ter adotado sim o critério da presunção de culpa, como se observa da redação abaixo transcrita:

Art. 1.527. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar:
I - que o guardava e vigiava com cuidado preciso;

²¹⁶ GHERSI, Carlos A. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 163. Tradução livre do original: “La responsabilidad derivada de daños causados por animales registra una larga trayectoria dentro del derecho civil. En el derecho romano recibió el tratamiento de los cuasidelitos, y representa el antecedente más remoto de la responsabilidad objetiva, al prever el dano que un animal causaba sin culpa de su dueño, ni de terceros y sin embargo se concedía acción al damnificado contra el propietario.”

- II - que o animal foi provocado por outro;
- III - que houve imprudência do ofendido;
- IV - que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior.

Se o dono poderia afastar sua responsabilidade comprovando que guardava e vigiava o animal com o cuidado preciso, nos termos do art. 1527, I, não há como se negar que tal circunstância diz respeito à presunção de culpa. É bem verdade que a prova da culpa não era imputada à vítima, mas é fácil concluir que bastaria ao dono do animal demonstrar sua diligência, a ausência de imperícia, imprudência ou negligência, para se ver livre da obrigação de indenizar.

Neste sentido, também é o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho²¹⁷, que, analisando o referido dispositivo legal, ensina que:

À luz do art. 1.527 do Código de 1916 parece-nos que não havia como fugir da presunção de culpa *in vigilando* ou *in custodiando*. E assim era porque aquele dispositivo permitia ao dono ou detentor do animal elidir sua responsabilidade provando que o guardava com cuidado preciso. Havia, portanto, a inversão do ônus da prova quanto à culpa, que deixava de incumbir à vítima e passava ao guarda.

Neste sentido, o Código Civil português de 1966, adotou também a teoria da culpa presumida no art. 493²¹⁸, como é possível se observar da seguinte redação:

ARTIGO 493º

²¹⁷ *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 208.

²¹⁸ Ressalta-se desde já que o Código Civil português possui regime dualista no tocante à responsabilidade civil por fato de animal, tendo adotado a teoria da culpa presumida neste art. 493º e imputação objetiva de obrigação de indenizar no art. 502º, conforme será analisado à frente.

(Danos causados por coisas, animais ou actividades)

1. Quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua.

Neste sentido, não há dúvida sobre a relevância da culpa para se imputar obrigação de indenizar à pessoa que tem o animal sob sua guarda, mesmo que a ela seja presumida pela norma. Este é o posicionamento defendido por Antunes Varela e Pires de Lima²¹⁹, como se observa do trecho abaixo transcrito, em comentários ao art. 493º do Código Civil luso.

Estabelece-se neste artigo, como nos dois anteriores, a inversão do ónus da prova, ou seja, uma presunção de culpa por parte de quem tem a seu cargo a vigilância de coisas ou de animais que exerce uma actividade perigosa. Abre-se mais uma excepção à regra do nº 1 do art. 487º, mas não se altera o princípio do art. 483º de que a responsabilidade depende da culpa. Trata-se, portanto, de responsabilidade delitual e não de responsabilidade pelo risco ou objectiva.

O Código Civil brasileiro de 2002 claramente alterou o entendimento ora analisado, inspirado em outras legislações modernas, fazendo referência expressa à adoção da responsabilidade objetiva, apesar de não usar a fórmula muito comum “independentemente de culpa”, onde fica claro que o comportamento do proprietário e/ou do detentor do animal é irrelevante para fins de imputação da obrigação de indenizar. Esta é a redação do art. 936 do Código vigente, que regulamenta a hipótese:

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

²¹⁹ *Código Civil anotado*. 4 ed., Coimbra: Coimbra, 1987, p. 495.

Quando o dispositivo legal coloca como únicas causas de exclusão da responsabilidade a culpa da vítima e a força maior, como também é outra redação muito utilizada pelo legislador ao imputar responsabilidade objetiva, claramente adota hipóteses de exclusão de nexo causal. Como vimos anteriormente, quando o Código admite apenas a exclusão do nexo causal, a análise da culpa passa a ser irrelevante para o deslinde da controvérsia sobre a obrigação de indenizar.

No mesmo sentido, de adotar a responsabilidade objetiva, foi a opção de grande parte das legislações ocidentais modernas, como é possível observar de alguns exemplos abaixo citados.

Inicialmente, não é possível deixar de mencionar o art. 1.385 do Código Civil francês, que, sendo primeiro a surgir no mundo jurídico contemporâneo com esta configuração, inspirou a redação de vários dos dispositivos a serem analisados. É essa a redação do Código Civil napoleônico:

Article 1385

Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.

Como se observa da redação do referido dispositivo, mesmo que o animal tenha se extraviado ou fugido, isso não é causa de exclusão da responsabilidade do seu proprietário ou daquele que dele se serve.

Entretanto, nem sempre foi essa a interpretação dada ao referido dispositivo legal. Geneviève Viney e Patrice Jourdain²²⁰ ensinam que até 1885 a Corte de Cassação entendia ser o art. 1.385 uma hipótese de culpa presumida. Apenas a partir de um julgamento de 27 de outubro do referido ano foi dada a interpretação ao dispositivo legal, no sentido de dispensar a culpa para a imputação de responsabilidade ao dono do animal ou aquele que dele se serve. Neste sentido, ensinam os doutrinadores franceses que:

Assim, desde 1885, no que concerne a responsabilidade pelo fato dos animais, a jurisprudência ultrapassou o estado de presunção de culpa para o que se denominou depois de “presunção de responsabilidade” e que é na verdade uma “responsabilidade de pleno direito” não podendo ser refutada a não ser pela prova da “causa estranha”.²²¹

Como não poderia deixar de ser, o Código Civil francês inspirou várias legislações, mesmo algumas recentes, como é o caso do Código Civil de Quebec que data de 1991, tendo entrado em vigor apenas em 1994. A redação do art. 1.466 da referida codificação canadense tem uma redação bem parecida com a do Código do seu país colonizador, como se observa da versão em língua francesa do mencionado dispositivo legal:

1466. Le propriétaire d'un animal est tenu de réparer le préjudice que l'animal a causé, soit qu'il fût sous sa garde ou sous celle d'un tiers, soit qu'il fût égaré ou échappé.
La personne qui se sert de l'animal en est aussi, pendant ce temps, responsable avec le propriétaire.

²²⁰ *Traité de Droit Civil: les conditions de la responsabilité*. 2 ed., Paris: LGDJ, 1998, pp. 604-605.

²²¹ Tradução livre do original: “Ainsi, dès 1885, en ce que concerne la responsabilité du fait des animaux, la jurisprudence avait dépassé le stade de la présomption de faute en créant ce qu'on a appelé ensuite une « présomption de responsabilité » et que est en réalité une « responsabilité de plein droit » ne pouvant être écartée que par la preuve de la « cause étrangère ».

Em sentido parecido, é a redação do art. 1.905 do Código Civil espanhol de 1.889, que também trata do animal extraviado ou fugido, com a seguinte redação:

1.905. El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido.

É interessante observar que, das legislações mais clássicas (o Código Civil espanhol data do final de século XIX), esta é a primeira a fazer menção expressa à força maior e à culpa da vítima como únicas hipóteses de exclusão da obrigação de indenizar. Neste sentido não há o que se cogitar quanto ao caráter objetivo da responsabilidade imputada ao possuidor ou àquele que se serve do animal. Neste sentido, Ignacio Gallego Domínguez²²² afirma categoricamente que:

O art. 1905 do Código faz derivar a responsabilidade da própria ocorrência do dano, à margem de toda idéia de culpa ou negligência do possuidor do animal. Apenas contempla como causas excludentes da responsabilidade pressupostos de ruptura do nexo de causalidade, concretizados nas hipóteses em que “o dano provenha de força maior ou de culpa de quem a tinha sofrido”. É portanto claro que consagra um pressuposto de responsabilidade objetiva. É um dos poucos casos em que o Código Civil acolhe a responsabilidade objetiva.

²²² *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*. Barcelona: Jose Maria Bosch editor, 1997, p. 33. Tradução livre do original: “El art. 1904 del Código hace derivar la responsabilidad del solo hecho del daño producido, al margen de toda idea de culpa o negligencia en el poseedor del animal. Tan sólo contempla como casos de cese de la responsabilidad supuestos de ruptura del nexo de causalidad, concretados en las hipótesis de que “el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”. Es por tanto claro que consagra un supuesto de responsabilidad objetiva. Es uno de los pocos casos en los que el Código Civil acoge la responsabilidad objetiva.”

Para complementar este breve estudo comparado de legislações, é interessante mencionar a redação do art. 2.052 do Código Civil italiano que trata deste mesmo assunto, porém com a seguinte redação:

Art. 2052 Danno cagionato da animali
 Il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è responsabile dei danni cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito.

Como se observa, a legislação italiana, além de fazer menção ao extravio ou à fuga do animal, com clara inspiração no Código Civil francês, faz também expressa menção ao caso fortuito como causa excludente de responsabilidade. Como já foi demonstrado logo acima, a mesma opção havida sido feita pela legislação espanhola aproximadamente 50 anos antes.

No mesmo sentido que tem sido demonstrado com as análises até agora traçadas, também a legislação italiana adotou, claramente, a teoria objetiva como critério de imputação da obrigação de indenizar. Neste sentido, é possível citar entendimento de Guido Alpa e Mario Bessone²²³, que ensinam que:

O dano causado pelo animal se considera uma hipótese de responsabilidade objetiva: a jurisprudência na matéria superou a literalidade do art. 2.052 e, sem mais fazer alguma referência à culpa, reconheceu que em propósito se trata de “responsabilidade prevalente, se não integral caráter objetivo, e justificada (...) mais que da culpa ou negligência *in vigilando*, da exigência social de fazer

²²³ *La responsabilità civile*. 3 ed., Milão: Giuffrè, 2001, p. 430. Tradução livre do original: “Il caso di danni arrecati da animali si considera un’ipotesi di responsabilità oggettiva: la giurisprudenza in materia ha superato la lettera dell’art. 2052, e, senza più fare alcun riferimento alla colpa, ha riconosciuto che in proposito si tratta di «responsabilità a prevalente, se non integrale carattere obiettivo, e giustificata (...) più che da colpa o negligenza *in vigilando*, dalla esigenza sociale di far sopportare i danni procurati dagli animali a chi da questi trae vantaggio: *id est commoda eius et incommoda*».

suportar os danos provocados pelos animais e dos quais se tira vantagem: *id est cuius commoda eius et incommoda.*"

Por fim, deve ser ressaltado que o Código Civil português adotou um sistema dualista de imputação de obrigação de indenizar em razão de fato de animal. Enquanto o art. 493º, anteriormente mencionado, adota a teoria da culpa presumida, o art. 502º faz opção diversa, como é possível se observar da redação abaixo transcrita:

ARTIGO 502º

(Danos causados por animais)

Quem no seu próprio interesse utilizar quaisquer animais responde pelos danos que eles causarem, desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização.

Como resta claro, o referido dispositivo legal não faz qualquer menção à culpa como causa excludente da obrigação de indenizar, inclusive fazendo especial menção ao perigo decorrente da utilização do animal, que será objeto de análise logo abaixo. De todo este contexto, é possível se afirmar que, neste dispositivo legal, o legislador português adota a responsabilidade, mais precisamente com base na teoria do risco. No mesmo sentido, é o entendimento de Antunes Varela²²⁴, como se depreende do seguinte trecho:

O artigo 502º refere-se também aos danos causados por animais, mas estabelecendo para eles um princípio de responsabilidade objectiva, a cargo do respectivo utente. É o regime que se depreende do texto do preceito (que não ressalva a falta de culpa, como se faz no art. 493º) e ainda da sua inserção na subsecção que trata da responsabilidade pelo risco.

²²⁴ *Das obrigações em geral*. 10 ed., Coimbra : Almedina, 2005, p. 651.

E logo em seguida continua o celebrado doutrinador português, justificando a escolha pelo sistema dualista:

A diferença de regime explica-se pela diversidade de situações a que as duas disposições se aplicam: o artigo 493^o refere-se às pessoas que assumiram o encargo da *vigilância* dos animais (o depositário, o mandatário, o guardador, o tratador, o interessado na compra que experimento o animal, etc.), enquanto o disposto no artigo 502^o é aplicável *aos que utilizam os animais no seu próprio interesse* (o proprietário, o usufrutuário, o possuidor, o locatário, o comodatário, etc.).

(destaques no original)

É inevitável concluir que a legislação lusitana se preocupou em diferenciar as hipóteses em que a pessoa se beneficia (em regra, economicamente) do animal – objetivamente responsável –, daquela pessoa que apenas tem a incumbência de guardá-lo, de vigiá-lo – responsável com base na teoria da culpa presumida. Coincidência ou não, é interessante ressaltar que a escolha desta última alternativa foi feita em coincidência com os requisitos para a imputação da responsabilidade contratual: descumprimento presumido de dever (de guarda, de vigilância) que se esperava da pessoa incumbida daquela obrigação.

Neste ponto, a legislação portuguesa se destaca das demais, por ser a única que faz tal diferenciação. Como se constatou da análise das normas mencionadas, todos os demais códigos tratam o proprietário e o detentor – ou aquele que se serve do animal – da mesma forma, impondo-lhes o mesmo tipo de responsabilidade. Entretanto, não fica claro em que casos cada uma dessas pessoas – proprietário ou detentor do animal – será obrigado a indenizar o dano observado pela vítima.

Para estudar o problema ora apresentado, primeiramente vale a menção a uma posição defendida pela doutrina francesa e que parece ser admitida também pela doutrina brasileira, de que o proprietário é o guardião presumido da coisa. Neste sentido, Geneviève Viney e Patrice Jourdain²²⁵ afirmam que esta presunção decorre direta e unicamente da propriedade sobre o animal e tem como consequência o poder do proprietário de dirigir e controlar a coisa.

Entretanto, este poder de dirigir e controlar a coisa pode ser exercido por terceiro, que o art. 936 denominou de detentor. A imputação de responsabilidade irá variar de acordo com a forma como foi efetivamente transferido este poder de guarda sobre o animal ao terceiro.

O primeiro aspecto a considerar é aquele em que o proprietário transfere a um terceiro a guarda sobre o animal, que será exercida sob o seu comando. Neste caso, há responsabilidade tanto do preposto quanto do proprietário, não exatamente por conta do art. 936, mas, prioritariamente em razão da conjugação deste com o art. 932, III, anteriormente analisado. Como foi dito anteriormente, o proprietário é, presumidamente, o guardião do animal. Neste contexto, seria ele o responsável em razão de ação ou omissão direta na guarda do semovente. Entretanto, quando o mesmo delega essa função a um preposto, tendo poderes para dirigir-lhe os atos – mesmo que este se afaste das determinações passadas pelo patrão ou comitente – configura-se a

²²⁵ *Traité de Droit Civil: les conditions de la responsabilité*. 2 ed., Paris: LGDJ, 1998, pp. 650-663.

hipótese de responsabilidade por fato de terceiro, nos termos acima estudados²²⁶.

Uma segunda hipótese é aquela em que o dono transfere o animal para a titularidade de alguém que irá exercer a guarda sobre o mesmo, sem estar sob as suas ordens. Neste caso trata-se efetivamente de detentor, no sentido mencionado no art. 936. É a hipótese de alguém que deveria guardar o animal, como o caso do treinador, ou do veterinário ou mesmo alguém que irá usufruir da sua força ou suas habilidades, como no caso do locatário, do arrendatário ou do comodatário. A maioria da doutrina²²⁷ entende que o dono deixa de ser responsabilizado nestas hipóteses, ficando apenas o detentor obrigado a indenizar eventuais danos causados a terceiros²²⁸.

Obviamente, caso o animal tenha saído da esfera de guarda do seu dono – que presumidamente possui esta atribuição – contra a sua vontade, não se admite sua responsabilidade. É a hipótese, muito mencionada pela doutrina, de furto ou roubo do animal. Neste caso, a responsabilidade passa a ser integralmente de quem (ilegalmente) o detém.

²²⁶ Neste sentido, além dos doutrinadores franceses mencionados: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139; DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. II, p. 99.

²²⁷ Antunes Varela (*Das obrigações em geral*. 10 ed., Coimbra : Almedina, 2005, p. 653.), tratando especificamente da questão do aluguel do animal, se posiciona no sentido de atribuir responsabilidade tanto ao dono quanto ao locatário, sob o argumento de que “se o animal é alugado, a sua utilização passa a fazer-se tanto no interesse do locador (que percebe a respectiva retribuição), como no do locatário que directamente se serve dele no seu interesse, devendo ambos considerar-se responsáveis perante o terceiro lesado.”

²²⁸ Defendem o mesmo posicionamento dos doutrinadores franceses ora citados: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3, p. 174; DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. II, p. 99; DOMÍNGUEZ, Ignacio Gallego. *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*. Barcelona: Jose Maria Bosch editor, 1997, pp. 48-60.

Geneviève Viney e Patrice Jourdain²²⁹ lembram que tal conclusão só é aplicável às hipóteses em que a perda da guarda decorreu de fato imputável a terceiro – hipótese que rompe o nexo causal entre o dano e ato ou omissão imputável ao proprietário. Do contrário, o Código Civil francês imputa a responsabilidade ao dono do animal, pois determina sua obrigação de indenizar mesmo que o animal tenha se extraviado ou fugido.

Ressalta-se que o dano ora mencionado é aquele praticado pelo animal em ato involuntário, decorrente do seu próprio instinto, da sua própria condição irracional. Quando o animal é utilizado como instrumento, por alguém, para causar dano a outrem esta hipótese se refere a um ato humano²³⁰. Tal questão é especialmente relevante nos casos em que a pessoa que usou o animal como instrumento para causar o dano é diferente do seu dono.

Como já foi visto, o art. 936 impõe a obrigação de indenizar “ao dono ou detentor do animal”, de acordo com aquele que tinha a guarda do mesmo. Entretanto, nos casos em que o animal tenha sido utilizado meramente como um instrumento para se causar o dano, a interpretação não pode ser a mesma. Afinal, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, como é o caso do instituto ora analisado, é essencial que haja nexo de causalidade entre o dano observado pela vítima e uma ação ou omissão do dono ou detentor do animal, para que o mesmo possa ser obrigado a indenizar. Havendo culpa da vítima ou força maior, com prevê o próprio art. 936 haverá a exoneração da obrigação de

²²⁹ *Traité de Droit Civil: les conditions de la responsabilité*. 2 ed., Paris: LGDJ, 1998, p. 657.

²³⁰ ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, Aída Kemelmajer; GHERSI, Carlos A.; STIGLITZ, Gabriel A.; PARELLADA, Carlos; ECHEVESTI, Carlos A. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 416.

indenizar em razão do rompimento do nexa causal. Entretanto, também não haverá nexa causal entre o dano e ação ou omissão do dono ou detentor do animal quando houver hipótese de fato exclusivo de terceiro. Nestas hipóteses será este o obrigado a indenizar.

Inclusive o art. 1125²³¹ do Código Civil Argentino prevê esta situação, impondo não ao dono, mas sim à pessoa que excitou o animal a obrigação de indenizar os danos observados. Tal dispositivo legal nada mais faz do que deixar claro a necessidade de relação de causa e efeito para a imputação civil dos danos.

Por fim, é relevante fazer uma breve análise do fundamento para a adoção da responsabilidade objetiva para o caso de danos causados pelos animais. A grande maioria dos animais, principalmente aqueles normalmente adotados tanto como animais domésticos ou como animais de utilidade para o homem (como força motriz, por exemplo), em razão da sua irracionalidade e do seu porte, implicam em algum tipo de risco para os demais membros da sociedade, quando não para os próprios donos. Em razão desta circunstância específica, não há dúvida quanto ao risco como fundamento para a adoção da responsabilidade objetiva.

Quanto à modalidade do risco, o mais adequado seria tratar do risco proveito. Afinal de contas o dono ou possuidor do animal sempre retira dele algum proveito, nem que seja um mero agrado, como afirmou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., no julgamento do Recurso Especial 116828/RJ, transcrito no

²³¹ Art. 1125.- Si el animal que hubiere causado el daño, fue excitado por un tercero, la responsabilidad es de éste, y no del dueño del animal.

capítulo anterior deste trabalho. Neste sentido conclui também Ignacio Gallego Domínguez²³², ao afirmar que “a posse de um animal atribui uma série de vantagens ou benefícios, sejam econômicos ou de outra índole, que devem levar, aparelhada por razões de justiça à assunção das conseqüências que o risco da natureza irracional do animal comporta.”

Diante dos argumentos acima expostos, o fundamento que melhor justifica a responsabilidade objetiva, atribuída ao dono ou possuidor do animal por força do art. 936 do Código Civil, é o do risco proveito que não terá, necessariamente, caráter econômico.

2. Responsabilidade Civil do Estado

O tema da responsabilidade civil do Estado é uma área que gera apaixonados debates, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, até mesmo pelo fato de ser uma das raras oportunidades de se analisar áreas típicas do Direito Público (Direito Administrativo) e do Direito Privado (recomposição patrimonial, normalmente de um particular, que tenha sofrido dano)²³³ em confrontação. De

²³² *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*. Barcelona: Jose Maria Bosch editor, 1997, p. 33. Tradução livre do original: “La posesión de un animal atribuye una serie de ventajas o beneficios, sean económicos o de otra índole, que deben llevar aparejada por razones de justicia la assunción de las consecuencias que el riesgo que la naturaleza irracional del animal comporta.”

²³³ Deve ser ressaltado que atualmente não se mostra mais eficaz a distinção feita, entre Direito Público e Direito Privado. É unânime o posicionamento no sentido afirmar extinta tal dicotomia pelo fato de que, cada vez mais, estas duas esferas se interpenetram. O Direito Privado está cada vez mais publicizado (assunto já tratado, mesmo que marginalmente, na primeira parte deste trabalho) e o Direito Público cada vez mais privatizado. A observação acima feita foi no sentido de estarem claramente presentes os requisitos definidores das duas esferas de divisão tradicional, quais sejam o interesse puramente particular, de recomposição patrimonial, e a obrigação de indenizar, que neste contexto se expressa como obrigação estatal.

acordo com Gustavo Tepedino²³⁴, alguns autores chegam até mesmo ao ponto de afirmar que teria havido uma migração deste instituto para a esfera do direito administrativo. Mais à frente o mesmo autor afirma que tal raciocínio já seria levar longe demais o tema pois:

A matéria é tipicamente do direito civil e não do direito administrativo, como sustentam alguns. Não é porque se substitui a culpa aquiliana pela teoria do risco que o civilista deverá lavar as mãos, considerando-se estranho à temática. Cuida-se, na verdade, de uma dualidade de fontes – ato ilícito e leis específicas –, introduzida no estudo da responsabilidade civil, que nem por isso deixa de se integrar à dogmática do direito civil.

Este tema é tratado de forma direta pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), que regulamenta o tema da seguinte maneira: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Como se observa da redação acima transcrita, a norma constitucional não trouxe, de forma expressa, a famosa expressão “independentemente de culpa”, que normalmente caracteriza a adoção da responsabilidade objetiva em relação ao dano causado por uma determinada pessoa (natural ou jurídica). Nem por isso se afirma que a responsabilidade do Estado é pautada na culpa. Na verdade, a interpretação que se faz é a contrário *sensu*, pois se interpreta o silêncio da norma constitucional em relação ao uma menção expressa feita momento seguinte. Neste particular, é possível mencionar lição de Yussef Said

²³⁴ *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de Direito Civil. 3 ed.: Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 20.*

Cahali²³⁵, que inclusive faz referência à unanimidade doutrinária, afirmando que:

Os autores são unânimes em reconhecê-lo [o caráter objetivo da responsabilidade do Estado], havendo, mesmo, certa uniformidade na argumentação deduzida: se o elemento culpa é previsto (parágrafo único do art. 194 da CF de 1946, do art. 105 da CF de 1967 e do art. 107 da CF de 1969; segundo parte do art. 37, § 6º da CF de 1988) apenas para assegurar a ação regressiva das pessoas jurídicas contra os funcionários causadores do dano quando tiver havido dolo ou culpa dele, daí resulta, por exclusão, que, omitindo-se o corpo do artigo quanto a referir-se ao elemento subjetivo, terá estabelecido que essas entidades devem reparar o dano mesmo sem culpa, em qualquer caso.; assim, a interpretação que se extrai da ausência de referência ao elemento culpa do funcionario na disposição principal só pode ser a de que prescinde desse elemento subjetivo para a obrigação de indenizar nele estabelecida.

No mesmo sentido se observa a condução da responsabilidade civil do Estado em outros países. Miguel S. Marienhoff²³⁶ ensina, em relação à obrigação de indenizar atribuída ao Estado na Argentina que “a doutrina está de acordo na procedência da responsabilidade extracontratual do Estado, e na respectiva obrigação de indenizar a cargo deste, exista ou não culpa que lhe seja imputável.”

Fazendo uma rápida evolução histórica quanto à responsabilidade civil do Estado, Canotilho²³⁷ ensina que se passou da irresponsabilidade estatal para a atual responsabilidade objetiva. Neste momento parece relevante o final desta evolução histórica, em que o doutrinador português demonstra como, ao

²³⁵ *Responsabilidade civil do Estado*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 30.

²³⁶ *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, v. 4, p. 706. Tradução livre do original: “la doctrina está de acuerdo en la procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado, y en la respectiva obligación de indemnizar a cargo de este, existe o no culpa que le sea imputable.”

²³⁷ *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, pp. 27-61.

aproximar-se do final do século XIX, a responsabilidade subjetiva já não mais atendia satisfatoriamente os problemas decorrentes dos danos causados pelo Estado. Em razão destas circunstâncias foram sendo criadas algumas teorias²³⁸ que abordaram o tema da obrigação de indenizar imputada ao Estado sob fundamentos diversos da culpa.

A primeira delas é a de autoria de Otto Mayer, denominada “teoria do sacrifício”. Por ela “a justiça e a equidade exigem o ressarcimento dos sacrifícios desigualmente impostos a um ou vários cidadãos, não interessando o caráter ilícito ou lícito do ato soberano causador do prejuízo; decisivo, é, apenas, o nexó de causalidade entre a medida lesiva do ente público e o sacrifício especial”.

Em seguida é demonstrada a “idéia de segurança social”, de autoria de Leon Duguit. Este autor, em um primeiro momento, fundamenta a responsabilidade estatal na chamada *faute de service*, que seria uma “ilegalidade objetiva viciadora do ato causador do dano”. Esta teoria tem como característica interessante ocasionar “o abandono da culpa individual do direito civil, com o seu caráter de censurabilidade concreta, para nos oferecer uma culpa anônima e remota da organização, fundamentadora de uma responsabilidade prática objetiva.” De acordo com Canotilho, posteriormente Duguit, dando um passo à frente, rejeita a teoria da *faute de service*, “para defender um dever indenizatório total do Estado sempre que os serviços públicos tenham causado (mesmo funcionando bem) danos aos cidadãos”, pois a “obrigação de indenizar

²³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, pp. 56-61.

edificar-se-ia mais rigorosamente na idéia de *segurança social*, suportada pela caixa coletiva, em proveito daqueles que sofrem um prejuízo, proveniente do bom ou mau funcionamento dos serviços.”

Uma terceira tese, defendida por Orlando, é a idéia de lesão. Este autor “propõe uma reconstrução total da responsabilidade com o abandono da culpa ou ilicitude da conduta lesiva e concentração exclusiva na lesão dum direito. Qualquer dano originado pela atividade estadual deveria ser indenizado sem qualquer necessidade de indagação sobre o caráter culposo da conduta do agente lesante.” Deve ser ressaltado, entretanto, que Orlando defendia que esta teoria não se aplicaria apenas à administração pública, mas a todo tipo de responsabilidade civil.

Por fim, Cunha Gonçalves defende, entre os portugueses, a idéia de risco. De acordo com o doutrinador luso, “todo o dano deve ser reparado por quem se arriscar, com ou sem intenção de tirar proveito, a exercer por si, por via de outrem, uma atividade qualquer, positiva ou negativa, da qual podia resultar esse dano.”

A menção das referidas teorias será especialmente interessante para que, adiante, seja analisado o fundamento da responsabilidade objetiva atribuída ao Estado, em relação à obrigação de indenizar os danos causados por seus agentes.

Apesar de não depender da culpa, a imputação ao Estado da obrigação de indenizar eventuais danos depende de alguns outros pressupostos.

Primeiramente, há que se falar sobre o dano. É possível que o dano seja decorrente de ato lícito do Estado, mesmo assim acarretará ao ente público a obrigação de indenizar. Em relação a este posicionamento, não há divergência doutrinária relevante. A título de exemplo, Nelson Nery Junior²³⁹ afirma de forma direta e sintética que “a responsabilidade da administração existirá, ainda que sua conduta tenha sido lícita: se dela decorreu dano ao administrado, há o dever de indenizar.”

No mesmo sentido, se manifesta Miguel Marienhoff²⁴⁰, ao afirmar que:

Dita responsabilidade estatal tanto pode resultar de sua atividade legal como se sua atividade ilícita, vale dizer exista ou não culpa na espécie. Daí que ambos tipos de responsabilidade – a que seja proveniente de uma atividade ou comportamento lícito e a que provem de uma atividade ou comportamento ilícito – devem ser estudadas em comum, conjuntamente, ao tratar da responsabilidade do Estado, pois esta existirá ou não com total irrelevância da licitude ou ilicitude da respectiva atividade ou comportamento.

A título de exemplificação, existe o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência (procurar), a obrigação do Estado de indenizar os particulares que sejam afetados por uma obra pública que lhes cause prejuízo pela sua mera ocorrência. É o que a doutrina chama de danos “pelo só fato da obra”.

²³⁹ *Responsabilidade Civil da Administração Pública*. Revista de Direito Privado, v. 1, 2000, p. 37.

²⁴⁰ *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, v. 4, p. 706. Tradução livre do original: “Dicha responsabilidad estatal tanto puede resultar de su actividad legal como de su actividad ilícita, vale decir exista o no culpa en la especie. De ahí que ambos tipos de responsabilidad – o se ala que proviene de una actividad o comportamiento lícito y la que proviene de una actividad o comportamiento ilícito – deben ser estudiadas en común, conjuntamente, al tratar de la responsabilidad del Estado, pues ésta existirá o no con total prescindencia de la licitud o ilicitud de la respectiva actividad o comportamiento.”

Neste sentido, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo²⁴¹ afirmam que “na hipótese de ser o dano causado pelo só fato da obra, a responsabilidade da Administração Pública é do tipo objetiva, na modalidade de risco administrativo, independentemente de quem esteja executando a obra”.

A obrigação de indenizar os danos decorrentes de uma obra pública é imposta à administração não apenas durante a execução da obra, mas mesmo em razão de eventuais prejuízos posteriores que ela acarrete, por exemplo, aos proprietários de imóveis marginais. Yussef Said Cahali²⁴² elenca diversas jurisprudências do Tribunal de Justiça de São Paulo em razão da construção do elevado Costa e Silva e dos diversos prejuízos (como desvalorização imobiliária dos imóveis que o margeiam) daí decorrentes.

Entretanto, para que seja devida a indenização por parte do Estado, especialmente nestas hipóteses, em razão de uma melhoria feita em prol da coletividade, é indispensável que dano preencha alguns requisitos específicos, como a anormalidade e a especialidade. José Cretella Junior faz menção a estes requisitos²⁴³ nos seguintes termos:

O dano deve ser ainda especial, isto é, peculiar à vítima ou às vítimas e não comum ao conjunto de membros de uma coletividade. Neste último caso, com efeito, quando o dano atinge todos os membros de uma coletividade, não é atingida a igualdade de todos diante dos encargos públicos, o que fundamenta, como já vimos, o conjunto da teoria, porém não se deve confundir especialidade e frequência do dano: o prejuízo não cessa de ser especial porque ele se reproduz freqüentemente.

²⁴¹ *Direito Administrativo*. 11 ed., Niterói: Impetus, 2006, p. 487.

²⁴² *Responsabilidade civil do Estado*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 81-87.

²⁴³ *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. 4, p. 2337.

E no parágrafo seguinte continua o consagrado doutrinador, tratando do outro requisito acima mencionado. Para ficar caracterizado o caráter de anormalidade, Cretella Junior afirma que o dano "deve exceder os inconvenientes inerentes ao funcionamento do serviço, os encargos que toda vida coletiva impõe. Anormalidade é vocábulo que se explica por si mesmo: anormal é aquilo que sai da rotina, aquilo que aberrar aos padrões de continuidade."

O segundo pressuposto essencial à imputação da obrigação de indenizar ao Estado é que o dano tenha sido cometido pelo agente público "nessa qualidade". Ao explicar este requisito, Cretella Junior²⁴⁴ afirma que o conceito serve para designar:

O agente da pessoa jurídica pública ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos, *in officio*, isto é, quando se encontra "em serviço", ou *propter officium*, ou seja, quando não estando na sede ou qualquer local da entidade, praticar ato danoso, "em razão das funções que normalmente desempenhar".

Canotilho²⁴⁵, apesar de entender que tais critérios não são suficientes, pois não respondem algumas perguntas essenciais, como, por exemplo, o ato praticado dolosamente pelo funcionário, destaca alguns meios de aferição da responsabilidade estatal, quais sejam:

²⁴⁴ *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. 4, p. 2352.

²⁴⁵ *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, p. 65.

A imputação dos danos ao Estado é possível quando o agente público se prevalece, na execução do acto, de poderes ou faculdades próprias da administração; ou quando a actividade está ligada à função ou serviço em nome do qual age o funcionário; ou ainda, que o acto ou omissão deve estar intrinsecamente conexionado com o serviço e não apenas temporal ou espacialmente; ou, finalmente, que o órgão ou agente deve ter procedido como tal, isto é, no exercício das suas funções ou atribuições e por causa delas e não somente por ocasião das mesmas funções.

Analisando a mesma problemática sob o olhar civilista, Sérgio Cavalieri Filho²⁴⁶

é ainda mais específico, ao afirmar que:

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato.

Observa-se que, neste contexto, a condição de agente pública na prática do ato danoso será aferida em termos muito próximo da condição de preposto ou empregado, para a imputação da obrigação de indenizar ao comitente ou empregador. A idéia é mais ou menos a mesma, devendo ser relevante se esta condição – no caso, de agente público – propiciou ou facilitou de algum modo, a ocorrência do dano. Em caso afirmativo, a obrigação de indenizar poderá ser imputada ao Estado, por força do art. 37, § 6º da CF/88.

A fim de demonstrar a aplicação prática do posicionamento ora defendido, é relevante trazer à baila julgado do Supremo Tribunal Federal em que ficou imputada ao Estado a obrigação de indenizar dano causado por policial militar que, mesmo fora do serviço, corrigiu algumas pessoas na condição de policial militar e com a utilização de arma da corporação.

²⁴⁶ *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 227.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. II. - R.E. não conhecido. (STF, RE 160401/SP, 2º Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ /04/06/1999, original sem grifos)

O terceiro e último pressuposto é que haja um nexo causal entre o dano observado e a conduta do agente público que, “nessa qualidade”, tenha agido. Este pressuposto é inerente não apenas na responsabilidade do Estado, mas em todas as hipóteses de imputação da obrigação de indenizar, objetiva ou subjetivamente, já tendo sido amplamente tratado em diversos pontos deste trabalho, principalmente como forma de exclusão da responsabilidade objetiva.

Neste ponto é interessante apenas lembrar que ausência de nexo causal não se confunde com ausência de culpa. Não se analisa o comportamento negligente, imperito ou imprudente do agente estatal, mas apenas se a sua ação ou omissão foram a causa eficiente do dano sofrido pela vítima. Formas clássicas de excludente de nexo causal são: o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Como foi mencionado, o art. 37, § 6º da CF/88 impõe ao Estado a responsabilidade – que já vimos ser interpretada como objetiva – pelos atos danosos praticados pelos seus agentes. Entretanto, questão controvertida diz respeito aos danos que decorrem de uma omissão Estatal. Neste ponto não há um consenso absoluto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Na verdade,

talvez até fosse possível se afirmar que há um dissenso absoluto, vez que é possível se encontrar opiniões diversas, tanto num quanto noutro sentido.

Em um ponto a doutrina parece ser unânime: o Estado não será obrigado a indenizar quaisquer danos que possam vir a ocorrer com as pessoas, como aqueles decorrentes, por exemplo, de caso fortuito ou força maior. É essencial que haja um nexó causal entre a omissão estatal e o dano observado pela vítima. Este ponto de vista é relevante, pois a doutrina afasta a teoria do risco integral como fundamento para a responsabilidade civil do Estado.

Em relação à omissão do Estado, a doutrina criou uma diferenciação entre o que foi denominado de omissão genérica e omissão específica, até mesmo para refutar a idéia de adoção da teoria de risco integral, acima mencionada. Guilherme Couto de Castro²⁴⁷ afirma que a omissão específica está ligada a um dever específico de agir em determinado sentido que não foi observado pela Administração Pública. Já a omissão genérica seria a abstenção de um ato ao qual o Estado estaria obrigado em caráter amplo, abstrato (por exemplo, prover segurança), mas que não poderia ser impelido a cumprir em um determinado caso concreto, por desconhecer o fato ou mesmo a sua iminente ocorrência (por exemplo, um homicídio cometido em lugar ermo).

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, que parece ser o maior defensor da aplicação da teoria subjetiva como fundamento da obrigação de

²⁴⁷ *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 56-59.

indenizar em razão de omissão do Estado, defende seu ponto de vista, com os seguintes argumentos:

Se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos. Reversamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia.

Yussef Said Cahali²⁴⁸, analisando o assunto em tela, afirma o seguinte:

Desde que exigível da Administração a execução da obra ou a prestação do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular, identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação: no simples conceito de descumprimento de obrigação exigível já está embutida a idéia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente da inexigibilidade do ato omitido, posto como causa do dano, se demonstradas as exceções convencionais do caso fortuito, da força maior ou do ato próprio do ofendido.

Como se observa, esse dois doutrinadores acima mencionados, que adotam a teoria subjetiva no caso de omissão do agente estatal, o fazem com base na teoria da omissão genérica e omissão específica, acima mencionada. Ressalta-se que a culpa ora invocada pelos referidos doutrinadores não é aquela típica do Direito Civil, em que se faz necessário identificar o efetivo agente causador do dano e comprovar a imprudência, imperícia ou negligência do seu comportamento. Mesmo que para estes doutrinadores, que defendem a teoria subjetiva, aplicam a idéia de *faute du service*, abordada no início deste capítulo. Como foi demonstrada, a *faute du service* dos franceses é uma idéia

²⁴⁸ *Responsabilidade civil do Estado*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 286.

de culpa presumida, em razão da ineficiente prestação do serviço público. É chamada de “culpa anônima” porque não se faz necessário identificar sequer o agente que deu causa ao dano, bastando a deficiência do serviço para caracterizá-la. É uma idéia de culpa em caráter mais objetivo, sem que se analise, necessariamente, a conduta efetiva do agente público.

Neste sentido são os julgados que reconhecem o caráter subjetivo da responsabilidade civil do Estado por omissão, como se observa de algumas ementas abaixo colacionadas:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: *CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- faute du service dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexó de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido. (STF, RE 382054/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 01/10/2004, original sem destaques)²⁴⁹*

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1. *A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.*

2. *A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna.*

²⁴⁹ No mesmo sentido, a título de ilustração, RE 372472/RN, DJ 28/11/2003; RE 179147/SP, DJ 27/02/1998.

3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficia.

4. Havendo mais de um causador de um mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta de nexo causal entre o dano ocorrido em um determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local.

5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento "abuso de direito"; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da disregard doctrine não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação.

6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária.

7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível.

8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil - Ibracoque Mineração Ltda. não-conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte.

(STJ, REsp 647493/SC, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 22/05/2007, original sem destaques)

Como contraponto do posicionamento acima mencionado, Nelson Nery Junior²⁵⁰ se mostra um obstinado defensor da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo em caso de omissão da sua parte. O referido doutrinador afirma de forma conclusiva que “a CF 37, § 6º, consagra, sim, a *responsabilidade objetiva* da administração pública, pela *teoria do risco*, quer

²⁵⁰ *Responsabilidade Civil da Administração Pública*. Revista de Direito Privado, v. 1, 2000, p. 34.

se trate de conduta comissiva ou omissiva dos agentes ou servidores do poder público.”

Mais à frente, o mesmo doutrinador justifica seu posicionamento, argumentando o seguinte:

Na verdade, há situações que exigem do autor da pretensão indenizatória deduzida contra a administração pública demonstração de nexos de causalidade entre a omissão administrativa e o dano por ele sofrido. O problema, portanto, não se encontra no sistema de responsabilização da administração, nem no fundamento da responsabilidade, que é sempre o risco. A questão é relativa ao nexos de causalidade entre omissão e dano. Dos dois casos resolvidos pelo STF, citados acima, depreende-se que a Suprema Corte entendeu que, enquanto o preso estiver sob a guarda do Estado e os alunos sob a guarda da escola pública, há o dever de a administração preservar sua integridade física e psíquica. Qualquer dano daí decorrente caracteriza o desatendimento daquele dever de vigilância e guarda. Não há o que discutir. É irrelevante perquirir-se da conduta dolosa ou culposa do agente ou servidor, que não cuidou de preservar a integridade do preso ou do aluno. O dano ocorreu dentro do estabelecimento público, sendo absolutamente correta a solução e o fundamento dado pelo relator do acórdão do STF inserto na RT 733/130, Min. Celso de Mello, no sentido de que mesmo a falta do serviço é ensejadora da responsabilidade objetiva. O esforço de raciocínio existente naquele outro acórdão do STF, relatado pelo Min. Carlos Velloso, de que a administração deve responder porque foi negligente, não colocando o preso em cela segura, no intuito de demonstrar a incidência da teoria da culpa administrativa (*faute de service*), comprova a tese oposta e caracteriza, a nosso ver, a demonstração de que houve nexos de causalidade entre a omissão (não colocação do preso em cela segura) e o dano (morte do preso).

Como se observa, o referido doutrinador centra seu argumento não na culpa, mas sim no nexos causal. O fato de não tratar a culpa como um aspecto relevante não quer dizer que o prof. Nelson Nery Junior sustente a tese de risco integral por parte da administração. Ele mesmo afirmou, como se observa da transcrição supra, ser necessária a existência de um nexos de causalidade entre a omissão estatal e o dano observado. Mais à frente na sua argumentação, analisando especificamente a questão deste nexos causal na conduta omissiva, o eminente processualista afirma o seguinte:

Não há necessidade de provar-se a culpa do agente, porque o sistema prescinde da culpa, pois é fundado na responsabilidade objetiva pelo risco onde a investigação da conduta do agente é irrelevante. De conseqüência, quando ocorre um assalto em via pública, o administrado pode ter direito de indenização contra a administração, desde que reste evidenciado o nexos de causalidade entre a omissão do poder público e o dano. O nexos de causalidade existiria, por exemplo, se ficasse caracterizado que havia policial presenciando o assalto e nada fez para impedir o evento danoso.

Curiosa a opção do prof. Nelson Nery Junior pela opção do exemplo do assalto em via pública. Exatamente o mesmo exemplo é dado pelo prof. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵¹, apenas tratando da questão acima demonstrada de omissão específica e omissão genérica.

Diante destes fatos, é possível concluir que, em termos práticos, os dois posicionamentos defendem basicamente a mesma idéia: o Estado será obrigado a indenizar se houver omissão específica. A corrente objetivista defende que aí haverá nexos causal, sendo dispensada a análise da culpa. A corrente subjetivista afirma, como fez Yussef Said Cahali no trecho acima transcrito, que “no simples conceito de descumprimento de obrigação exigível já está embutida a idéia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente da inexigibilidade do ato omitido, posto como causa do dano, se demonstradas as exceções convencionais do caso fortuito, da força maior ou do ato próprio do ofendido²⁵².”

²⁵¹ “Razoável que [o Estado] responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares.” (*Curso de Direito Administrativo*. 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 939).

²⁵² Ressalta-se que as hipóteses traçadas pelo doutrinador mencionado dizem respeito, sob o aspecto civilista, ao rompimento do nexos causal.

Parece que mais uma vez encontra-se o embate entre sistema objetivo e sistema subjetivo de imputação civil dos danos. A discussão acima apresentada, em muito lembra aquela travada no âmbito civilista, no final do século XIX. Ora, é possível se afirmar que a teoria da *faute de service*, impõe ao Estado uma presunção de culpa. Diga-se de passagem, uma presunção *juris et de jure*, pois se a culpa é chamada de “anônima”, sequer será necessário apontar qual agente agiu de forma culposa e em que termos. Na verdade, diferentemente do que afirmou o prof. Nelson Nery Junior no trecho acima transcrito, na *faute de service* não ira “perquirir-se da conduta dolosa ou culposa do agente ou servidor”, pois a culpa anônima prescinde até mesmo da indicação de qual teria sido o agente a agir culposamente.

Ora, como restou sustentado ao longo deste trabalho, as hipóteses de presunção *juris et de jure* de culpa nada mais são do que a adoção da teoria objetiva para a imputação civil dos danos. Ao que parece, os administrativista deste início de século XXI estão agindo como os civilistas conservadores do final do século XIX, tentando fixar a responsabilidade do Estado a uma culpa inexistente. De acordo com Canotilho²⁵³, ainda no começo do século XX, “não é de admirar que Duguit dê um passo em frente e venha a proclamar a rejeição da *faute de service*, para defender um dever indemnizatório total do Estado sempre que os serviços públicos tenham causado (mesmo funcionando bem) danos aos cidadãos.”

²⁵³ O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 58.

Neste contexto, interessante fazer menção ao um trecho do voto de um recurso de apelação, da lavra do Des. Francisco Wlado, citado pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso Extraordinário 505393/PE. O Desembargador mencionado afirma que “tal indenização está voltada ao conceito de ‘prejuízo’ e não ao conceito de ‘punição’, ou seja, o dispositivo constitucional e o legal têm finalidade de reparar prejuízos, e não de punir o Estado.” Como já foi demonstrado anteriormente, Boris Starck já defendeu este posicionamento, em relação à responsabilidade na esfera de direito privado, em meados do século passado.

Para encerrar este tema, parece conveniente fazer mais uma citação do prof. Nelson Nery Junior²⁵⁴, onde o mesmo afirma que:

A teoria da culpa administrativa – falta do serviço, surgida no início do século, na França, não mais atende à realidade hodierna do direito administrativo, de modo que tem de ser abandonada. Mais coerente, portanto, é sustentar a incidência da teoria do risco, ensejando a responsabilidade objetiva da administração, com os temperamentos que a matéria merece, inclusive no que tange às denominadas causas excludentes dessa mesma responsabilidade.

Por fim, se faz necessária a análise do fundamento da responsabilidade objetiva atribuída ao Estado. É muito freqüente a utilização do termo “risco administrativo”²⁵⁵ como fundamento da obrigação de indenizar imposta ao Estado independentemente da análise da culpa ao agente na prática do ato

²⁵⁴ *Responsabilidade Civil da Administração Pública*. Revista de Direito Privado, v. 1, 2000, p. 35.

²⁵⁵ Apenas para citar alguns exemplos: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 228; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 930 ; NERY JUNIOR, Nelson. *Responsabilidade Civil da Administração Pública*. Revista de Direito Privado, v. 1, 2000, p. 34; CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. 4, p. 2329; ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 11 ed., Niterói: Impetus, 2006, p. 475.

que deu ensejo ao dano sofrido pela vítima. A utilização desta expressão nos remete à idéia de fundamento da teoria do risco.

Entretanto, é fácil se constatar que em alguns casos não há, efetivamente, um risco decorrente da atividade estatal. Para a idéia de criação de risco, é necessário fazer referência àquele mesmo conceito definido na primeira parte deste trabalho, que adota como risco – fundamento da responsabilidade objetiva – aquele ato ou atividade que aumenta consideravelmente a probabilidade de dano, vez que tal possibilidade – de ocorrência de dano –, por si só, é inerente à vida social. Tome-se, por exemplo, a emissão de uma determinada certidão. É possível se imaginar uma hipótese em que tal fato possa acarretar dano a alguém – certidão emitida fora do prazo ou com informações incorretas – entretanto se atribuir a esta atividade um caráter de atividade ou ato de risco.

Neste sentido, seria imprópria definir o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado como sendo o risco administrativo, vez que nem toda atividade estatal incorre em efetivo risco. É claro que algumas atividades estatais certamente criam este risco ao administrado. Entretanto, não é possível se afirmar um fundamento geral, com base em apenas uma parcela de possibilidades.

Descartado o risco como fundamento da responsabilidade objetiva imputada ao Estado, vejamos o que afirma a doutrina, quando analisa a justificativa para a adoção da imputação objetiva da obrigação de indenizar.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo²⁵⁶ afirmam que:

A fundamentação da responsabilidade estatal reside na busca de uma repartição isonômica, equânime, do ônus proveniente de atos ou dos efeitos oriundos das atividades da Administração. Evita-se, com a repartição, entre todos os cidadãos, do ônus financeiro da indenização, que somente alguns suportem os prejuízos ocorridos por causa de uma atividade desempenhada pelo Estado. É a idéia fundamental: se todos seriam beneficiados pelos fins visados pela Administração, todos devem igualmente suportar os riscos decorrentes dessa atividade, ainda que essa atividade tenha sido praticada de forma irregular, porém em nome da Administração. É, em última análise, mais uma face do princípio basilar da igualdade.

Como se observa, os referidos doutrinadores apontam a equidade como fundamento da obrigação de indenizar imputada ao Estado. No mesmo sentido se manifesta José Cretella Junior²⁵⁷, ao afirmar, citando Onofre Mendes Junior:

O problema da responsabilidade do Estado deve ser hoje considerado à luz dos princípios do direito social, das teorias solidaristas que pregam a defesa do direito do fraco contra o forte, inscrevendo-se entre aqueles que devem ser resolvidos às inspirações da justiça comutativa, já que, se tocam a todos os benefícios da coexistência social, todos devem suportar-lhes os ônus. Do ponto de vista prático, o problema, que é de justiça social, encontrará solução na socialização da responsabilidade do Estado, a fim de que todos respondam, proporcionalmente, pelos danos que a Administração acarretar ao direito individual

Neste aspecto, o referido doutrinador inclusive faz menção expressa às “teorias solidaristas”, deixando ainda mais claro o posicionamento da solidariedade como o fundamento primordial e geral da responsabilidade estatal independentemente de culpa. Por fim²⁵⁸, é importante mencionar o

²⁵⁶ *Direito Administrativo*. 11 ed., Niterói: Impetus, 2006, p. 476.

²⁵⁷ *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. 4, p. 2331.

²⁵⁸ Apesar de trazer outro fundamento, diferente da solidariedade, como é defendida neste trabalho, é interessante observar que Nelson Nery Junior também entende que o risco, por si só, não é suficiente como fundamento geral da obrigação de indenizar sem culpa, imputada ao Estado. O referido doutrinador, afirma: “da mesma forma, outro ângulo do mesmo fenômeno,

posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵⁹, que analisa de forma partilhada a fundamentação da responsabilidade estatal, nos seguintes termos:

A nosso ver o fundamento [da responsabilidade objetiva do Estado] se biparte. A) no caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade. B) no caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

Como se pode observar dos posicionamentos acima mencionados, mais conveniente do que o risco como justificativa para a adoção da teoria objetiva para a imputação de responsabilidade objetiva à Administração Pública, é a própria noção de solidariedade. A obrigação do Estado de indenizar os danos por ele causados, da forma mais fácil possível à vítima não é uma questão de assunção de riscos pelo fato de ser Administração, mas pelo mero fato de socialização dos riscos, de não se admitir que a vítima arque, sozinha, com essa diminuição patrimonial.

quer dizer, o dever de a administração indenizar é também fundado no princípio da boa fé objetiva, pois o administrado crê, com boa fé objetiva, que o Estado tem de exercer os seus misteres para o benefício da população, sendo certo que não foi idealizado para provocar e causar danos.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Responsabilidade Civil da Administração Pública*. Revista de Direito Privado, v. 1, 2000, p. 34.)

²⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 922.

3. Código de Defesa do Consumidor

Como ficou claro na primeira parte deste trabalho, a sociedade vem, desde a metade do século XIX, firmando forte tendência no sentido de demonstrar uma preocupação com as necessidades e desejos da coletividade. Até mesmo em razão desta irrefreável tendência, a Constituição Federal de 1988 teve o cuidado, em vários momentos, de dar sustentação a uma legislação que se ocupasse de defender o elo mais fraco da cadeia de consumo, que é o consumidor²⁶⁰. O art. 5º, XXXII²⁶¹ prevê ser direito individual de cada brasileiro a promoção estatal da defesa do consumidor. Também não se pode deixar de lado a menção expressa feita pelo art. 170, V²⁶² da Carta Republicana, trazendo a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica.

Em razão desta tendência, foi criado o Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei 8.078/90, que, como o próprio nome já permite concluir, traz as normas gerais para a proteção do consumidor em face do fornecedor de produtos ou serviços. Nesta função, sendo uma legislação que visa proteger uma das partes de uma relação jurídica, o Código de Defesa do Consumidor – CDC adota a teoria da responsabilidade objetiva, ao tratar da imputação da

²⁶⁰ Inclusive é famosa a frase, atribuída a Henry Ford, que diz que o "consumidor o elo mais fraco da economia e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco."

²⁶¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

²⁶² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor.

obrigação de indenizar, principalmente na Seção II, do Capítulo IV, do seu Livro I²⁶³.

O art. 12 do CDC adota claramente a responsabilidade objetiva, fazendo uso da consagrada fórmula, “independentemente da existência de culpa”, como se observa do seu teor abaixo transcrito.

Art. 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Também o art. 14, que trata da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, inegavelmente adota a responsabilidade objetiva, novamente com a opção pela consagrada fórmula de afastar a análise da culpa para fins de imputação da obrigação de indenizar, com a seguinte redação:

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

²⁶³ Ressalta-se que, na Seção III o Código trata da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço. Entretanto, esta seção diz respeito eminentemente à responsabilidade contratual, vez que dispõe sobre os defeitos dos produtos, sejam quanto à informação, quanto à adequação ou quantidade, danos que não ultrapassam a própria coisa, *in re ipsa*. Como o presente trabalho tem como seu principal enfoque a responsabilidade extracontratual, os danos efetivos sofridos pela vítima, a Responsabilidade por Fato do Produto e do Serviço (Seção II) se apresenta mais relevante, razão pela qual, em regra, será restrito a ela o presente estudo, sem prejuízo de eventual menção à responsabilidade por vícios. Para justificar a opção, é possível citar, *a contrario sensu*, Cláudia Lima Marques (*in: Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 982.) que afirma que “devido ao aspecto contratual que queremos imprimir a este trabalho, vamos nos concentrar no regime por vícios por inadequação ou por desconformidade”, que são exatamente aqueles previstos na Seção III, do Capítulo IV do Livro I.

Primeiramente importa ressaltar que, como se depreende da própria redação dos dispositivos legais supramencionados, para que se configure a obrigação de indenizar por parte do fornecedor, tanto de produtos quanto de serviços, é essencial que haja um defeito no objeto da relação jurídica. Como ressaltava Guilherme Couto de Castro²⁶⁴ “a noção de defeito – legal (art. 12, § 1º) – não é a de produto em si viciado, mas sim, de modo muito mais amplo, a do produto que não atenda às expectativas legítimas do consumidor ou às exigências de aperfeiçoamento buscadas por lei.”

É o defeito na chamada garantia de segurança, que dá ensejo à responsabilidade pelo fato do produto. Esta imputação de obrigação de indenizar pressupõe a idéia de que o produto ou serviço não funcionou com a segurança que dele o consumidor poderia legitimamente esperar, nos exatos termos impostos pelo art. 12, § 1º – em relação ao conceito de produto defeituoso – e pelo art. 14, § 1º – no tocante ao serviço defeituoso.

Um exemplo interessante é do cigarro, que é um produto apontado pela ciência como danoso, entretanto que não pode ser considerado defeituoso por si só, posto que ele exponha o consumidor apenas aos riscos que normalmente dele se espera²⁶⁵. Se o consumidor, tendo sido informado dos riscos que o consumo deste produto gera à sua saúde, mesmo assim escolhe por consumi-los, não

²⁶⁴ *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 78.

²⁶⁵ Obviamente, na hipótese de estar o produto íntegro, sem alterações de composição habitual, inerente ao seu padrão normal de toxicidade.

pode o fabricante ser responsabilizado pelo eventual implemento deste risco, redundando em efetiva ocorrência de dano²⁶⁶.

Apesar de extremamente válido, o exemplo do cigarro é uma exceção à regra. Ordinariamente, o produto sendo utilizado de acordo com a finalidade para a qual foi fabricado, com a adoção de eventuais medidas de segurança inerentes ao uso do mesmo, dificilmente irá acarretar danos ao consumidor. A mera ocorrência destes danos enseja, em um primeiro momento, a obrigação de o fornecedor indenizar os danos sofridos pelo consumidor. Esta conclusão decorre exatamente do caráter objetivo da responsabilidade do fornecedor, bastando ao consumidor demonstrar o dano e o nexo causal entre este o a utilização do produto ou serviço.

Ressalta-se que não cabe ao consumidor demonstrar o defeito no produto, mas sim que o dano dele decorreu. Como passaremos a demonstrar, cabe ao fornecedor a prova da inexistência de nexo causal, de forma a afastar sua obrigação de indenizar, sendo uma delas a inexistência de defeito no produto ou serviço²⁶⁷.

²⁶⁶ Neste sentido SUGARMAN, Stephen D.. *The smoking war and the role of tort. In: The law of obligations: essays in celebration of John Fleming.* CANE, Peter e STAPLETON, Jane (Coord.). Oxford: Clarendon press, 1998, pp. 344-346. Deve ser ressaltado, entretanto, que como o referido doutrinador se encontra em país de *Common Law*, o critério de aferição de defeito é baseado na relação de “risco/benefício” do produto, conforme precedentes firmados pelas Cortes americanas. No Brasil, país de tradição positivista, o critério, previsto tanto no art. 12, § 1º quanto no art. 14, § 1º do CDC, é outro, de “padrão de segurança esperado”.

²⁶⁷ Mesmo os doutrinadores que, contrariamente ao posicionamento adotado neste trabalho, entendem que cabe ao consumidor fazer a prova da existência do defeito, admitem que é possível a aplicação da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII do CDC, de forma a beneficiar o consumidor e impor ao fornecedor a prova da causa excludente de responsabilidade, desde que preenchidos os requisitos ali previstos. No sentido de que a prova cabe ao fornecedor, é possível citar o entendimento de Guido Alpa e Mario Bessone (*La responsabilità del*

Os referidos dispositivos legais apontam as hipóteses em que o fornecedor de produtos (art. 12, § 3º)²⁶⁸ ou de serviços (art. 14, § 3º)²⁶⁹ poderá afastar a obrigação de indenizar a ele imputada.

O fornecedor de produtos pode, primeiramente, afastar sua responsabilidade comprovando não ter sido ele quem colocou o produto no mercado²⁷⁰. Sobre este fato como causa excludente da obrigação de indenizar, João Calvão da Silva²⁷¹ afirma que:

Nada mais natural, pois um dos pressupostos ou elementos constitutivos da sua responsabilidade é a colocação em circulação do produto. O que há de novo e significativo nesta disposição é a presunção legal de que o produto causador do dano foi emitido voluntariamente no tráfico, cabendo ao produtor a demonstração do contrário, através de qualquer meio probatório. Essa prova do contrário significa, aqui, convencer o juiz de que não entregou voluntariamente o produto a terceiro, demonstrando que ele saiu da sua guarda e poder de disposição, *verbi gratia*, por furto, roubo ou desfalque.

Essa hipótese excludente de responsabilidade ganhou notoriedade por ter sido o argumento utilizado pelo laboratório Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. para evitar a imputação da obrigação de indenizar as consumidoras que engravidaram apesar de estarem tomando pílulas anticoncepcionais da marca Microvlar, que foram postas em circulação não

produttore. 4 ed., Milão: Giuffrè, 1999, p. 252), que ensinam que “gli eventi esonerativi della responsabilità del produttore, la cui prova incombe al produttore stesso...”

²⁶⁸ Art. 12, § 3º - O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

²⁶⁹ Art. 14, § 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

²⁷⁰ Ressalta-se que, diferentemente das demais causas excludentes a serem analisadas, esta hipótese só se refere ao fornecedor de produtos. Esta afirmação decorre unicamente da lógica, vez que o fornecedor de serviços, pela natureza da sua atividade, não coloca produtos em circulação.

²⁷¹ *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 717-718.

com o princípio ativo que lhe é inerente, mas com farinha de trigo. Em recente julgamento, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça apreciou a matéria, rejeitando os argumentos do laboratório exatamente porque este não obteve sucesso em provar quem teria colocado o produto em circulação.

Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos.

- Nos termos de precedentes, associações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos.

- Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão, não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese.

- A ação civil pública demanda atividade probatória congruente com a discussão que ela veicula; na presente hipótese, analisou-se a colocação ou não das consumidoras em risco e responsabilidade decorrente do desrespeito ao dever de informação.

- Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores.

- Em nada socorre a empresa, assim, a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras. O panorama fático adotado pelo acórdão recorrido mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo.

- A responsabilidade da fornecedora não está condicionada à introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor. Tal idéia fomentaria uma terrível discrepância entre o nível dos riscos assumidos pela empresa em sua atividade comercial e o padrão de cuidados que a fornecedora deve ser obrigada a manter. Na hipótese, o objeto da lide é delimitar a responsabilidade da empresa quanto à falta de cuidados eficazes para garantir que, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, tal produto fosse afastado das consumidoras.

- A alegada culpa exclusiva dos farmacêuticos na comercialização dos placebos parte de premissa fática que é inadmissível e que, de qualquer modo,

não teria o alcance desejado no sentido de excluir totalmente a responsabilidade do fornecedor.

- A empresa fornecedora descumpre o dever de informação quando deixa de divulgar, imediatamente, notícia sobre riscos envolvendo seu produto, em face de juízo de valor a respeito da conveniência, para sua própria imagem, da divulgação ou não do problema. Ocorreu, no caso, uma curiosa inversão da relação entre interesses das consumidoras e interesses da fornecedora: esta alega ser lícito causar danos por falta, ou seja, permitir que as consumidoras sejam lesionadas na hipótese de existir uma pretensa dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito agir por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco.

- O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior.

Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 866636/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 06/12/2007. Original sem grifos ou destaques)

Ultrapassada esta causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, é possível se alegue ainda a inexistência do defeito. Como restou demonstrado, o defeito é pressuposto essencial para a imputação de responsabilidade ao fornecedor, tanto de produtos quanto de serviços. Inexistindo defeito não há o que ser indenizado. É bem verdade, como ressalta João Calvão da Silva²⁷² que esta prova é de difícil realização. Até em razão deste fato, informa o doutrinador lusitano, a legislação portuguesa exige não a prova da inexistência de defeito, mas sim “ser plausível ou razoável a inexistência do defeito, aquando da sua colocação em circulação”.

Por fim, a última causa excludente de responsabilidade prevista no CDC é a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Zelmo Denari²⁷³ ressalta que “a

²⁷² *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 719.

²⁷³ GRINOVER, Ada Pelegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo de Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson;

doutrina, contudo, sem vozes discordantes, tem sustentado o entendimento de que a lei pode eleger a culpa exclusiva como única excludente de responsabilidade”. Neste contexto o autor quer dizer que, havendo culpa concorrente, não há que se isentar ou mesmo que se minimizar a responsabilidade do fornecedor. Também a culpa exclusiva de terceiro estaria apta a excluir a responsabilidade do fornecedor. Neste sentido, é interessante notar que esta é clara hipótese de rompimento de nexo causal entre ação ou omissão do fornecedor e o dano observado pelo consumidor.

Analisadas as hipóteses legalmente previstas como excludentes de responsabilidade por parte do fornecedor, é relevante analisar agora o papel de outras hipóteses reconhecidas como ensejadoras do rompimento do nexo causal, que, entretanto, não estão previstas nas normas analisadas. Inicialmente, é de se ressaltar a hipótese de caso fortuito e força maior.

Tradicionalmente, como já foi analisado em diversos momentos do presente trabalho, o caso fortuito e a força maior são invocados como causas excludentes do nexo causal entre uma ação ou omissão do responsável e o dano sofrido pela vítima. Entretanto, para a hipótese de responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços, parece que a regra não se aplica de forma unânime na doutrina.

É possível, inclusive, notar uma tendência majoritária, no sentido de não se aceitar a idéia de caso fortuito como excludente de obrigação de indenizar. A

excepcionalidade decorre exatamente da natureza da responsabilidade do fornecedor, que pressupõe a ocorrência de um defeito, de um vício de segurança no produto ou no serviço objeto do contrato de consumo.

Neste sentido, Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem²⁷⁴ afirmam que “esta imputabilidade objetiva, baseada no profissionalismo dos fornecedores e no defeito efetivamente existente, afastaria qualquer alegação de que o defeito seria, por exemplo, oriundo de caso fortuito ou força maior quando da atividade do fornecedor.”

Com fundamento diferente, mas também concluindo pela irrelevância do caso fortuito ou da força maior como causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery²⁷⁵ afirmam que “o caso fortuito e a força maior excluem a culpa do agente, que é irrelevante para a fixação do dever de indenizar no CDC”.

Por fim, comungando do mesmo entendimento, vale fazer menção aos ensinamentos de Rizzatto Nunes²⁷⁶, que sustenta também a irrelevância do caso fortuito, com base no argumento de que:

O que acontece é que o CDC, dando continuidade, de forma coerente, à normatização do princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, preferiu que toda a carga econômica advinda do defeito recaísse sob o agente produtor. Se a hipótese é de caso fortuito ou de força maior e em função disso o consumidor sofre acidente de consumo, o mal há de ser remediado pelo agente produtor.

²⁷⁴ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74, aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 227.

²⁷⁵ *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 962.

²⁷⁶ *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 271.

Sustentando um posicionamento intermediário, Zelmo Denari²⁷⁷ sustenta o entendimento de que se o caso fortuito acontece durante “o processo produtivo, o fornecedor não pode invocá-lo para se subtrair à responsabilidade pelos danos”. Entretanto, se o fortuito ocorreu em momento distinto, após a introdução do produto no mercado, não há que se falar em responsabilidade do fornecedor, ocorrendo “a ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso.”

Com o mesmo entendimento intermediário, Carlos Roberto Gonçalves²⁷⁸ afirma que se o caso fortuito ocorreu após a inserção do produto no mercado, não há que se falar em defeito, pois este “deve advir de projeto, de fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento”. Em sentido contrário, se o defeito ocorreu durante o processo de fabricação do produto, deve o fornecedor ser responsabilizado.

Por fim, defendendo uma terceira corrente e em sentido contrário, deve ser mencionado o posicionamento de Paulo Khouri²⁷⁹, que sustenta seu ponto de vista, argumentando que:

²⁷⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo de Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 191.

²⁷⁸ *Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 398.

²⁷⁹ *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa dos consumidores em juízo*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 161.

Ora, se o caso é fortuito, independentemente, dele ocorrer antes ou após a introdução do produto ou serviço no mercado, ele atua como excludente de responsabilidade exatamente pela quebra donexo causal. Se de fato existir um caso fortuito, que ocorra durante o processo de fabricação do produto, evidente que o fornecedor real por ele não pode responder. Se assim fosse, estar-se-ia adotando não simplesmente a teoria do risco, mas do risco integral, onde basta tão-somente a prova do dano, sendo irrelevante o nexocausal.

Também Paulo de Tarso Vieira Sanseverino²⁸⁰ entende que o caso fortuito pode ser hipótese de exclusão da responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços, com o argumento de que:

A interpretação das normas jurídica, ainda que se trate de uma lei especial deve seguir os métodos sistemático e teleológico. A finalidade das regras do CDC é uma efetiva proteção do consumidor, facilitando, inclusive, sua atuação no processo. Não se adotou, entretanto, um regime de responsabilidade objetiva pelo risco integral, não sendo intenção elevar-se a responsabilidade do fornecedor a patamares absurdos. Existem situações concretas em que acontecimentos externos relevante interferem na relação de casualidade estabelecida entre o produto ou o serviço e o dano, que cortam o nexocausalidade e que não podem ser desprezadas pelo juiz. Por isso, devem-se admitir outras causas de exclusão da responsabilidade que se mostrem compatíveis com o sistema de responsabilidade civil adotado pelo CDC, inclusive o caso fortuito e a força maior.

Feita a demonstração da divergência doutrinária, parece que a virtude está no meio. A posição intermediária, defendida por Zelmo Denari e Carlos Roberto Gonçalves parece ser a mais conveniente. Ocorrendo o caso fortuito antes de o fornecedor colocar o produto em circulação, o mesmo tem a opção de não fazê-lo. Mesmo que ele desconhecesse o caso fortuito, deveria tê-lo conhecido, pois lhe é imposto a obrigação de controlar a segurança dos produtos postos em circulação, restando caracterizado o vício de segurança. Entretanto, se o caso fortuito foi posterior à circulação do produto, não há que se falar em

²⁸⁰ *Responsabilidade Civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 290-291.

defeito – que será aferido no momento de colocação do produto no mercado – razão pela qual não há que se falar em responsabilidade do fornecedor.

Sem prejuízo dos argumentos acima demonstrados e da posição adotada, se mostra relevante demonstrar o posicionamento que tem firmado o Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema. Como é possível se concluir dos julgados abaixo trazidos a título de exemplo, aquela Corte Superior adota o caso fortuito como causa excludente de responsabilidade do fornecedor, sem fazer qualquer distinção quanto ao momento da sua ocorrência²⁸¹. Senão vejamos:

CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. Nas relações de consumo, a ocorrência de força maior ou de caso fortuito exclui a responsabilidade do fornecedor de serviços. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 996833/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 01/02/2008)

Ação de indenização. Estacionamento. Chuva de granizo. Vagas cobertas e descobertas. Art. 1.277 do Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Corte. 1. Como assentado em precedente da Corte, o "fato de o artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil" (REsp nº 120.647-SP, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 15/05/00). 2. Havendo vagas cobertas e descobertas é incabível a presunção de que o estacionamento seria feito em vaga coberta, ausente qualquer prova sobre o assunto. 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 330523/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 25/03/2002)

Especificamente em relação ao nexo causal para a imputação da obrigação de indenizar, é interessante ressaltar que o CDC atribui ao “fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador” a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor. O comerciante somente será responsabilizado

²⁸¹ Para se evitar a repetição, vale ressaltar também, apenas a título de ilustração, que a mesma posição foi adotada no julgamento dos REsp 841090/DF, DJ 12/02/1007 e REsp 402227/RJ, DJ 11/04/2005.

excepcionalmente, nos termos do art. 13²⁸². Ora, esta escolha demonstra a preocupação do Código de atribuir a imputação civil dos danos àquele ente da cadeia produtiva que efetivamente deu causa ao dano sofrido pelo consumidor, diretamente ou por meio de eleição, como é o caso do importador, que escolha de qual fabricante irá importar os produtos.

Neste sentido, é interessante a lição de Javier Prada Alonso²⁸³. O doutrinador, além de fazer menção à questão do nexo causal – criador do defeito – também faz interessante observação quanto ao caráter pedagógico inerente à obrigação de indenizar, ao argumentar que:

O dano causado pelo produto defeituoso deve recair sobre a pessoa que criou o risco, o fabricante, por ser ele que está em melhor posição para controlar a qualidade y a segurança do produto. Por isso, a assunção da responsabilidade é a maneira mais segura de reduzir futuros acidentes, ao criar-se um efetivo incentivo à fabricação de bens seguros.

Apesar de o foco do presente estudo ser a responsabilidade objetiva, não se pode deixar de mencionar que o Código de Defesa do Consumidor adotou um sistema dualista de imputação civil dos danos. Como se demonstrou, a regra geral é a imputação objetiva, por força dos artigos 12 e 14. Entretanto, o § 4º do art. 14 atribuiu aos profissionais liberais a responsabilidade com base na verificação da culpa deles.

²⁸² Art. 13 - O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

²⁸³ *Protección del consumidor y responsabilidad civil*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, ediciones jurídicas e sociales S/A, 1998, p. 89. Tradução livre do original: “El daño causado por el producto defectuoso debe recaer sobre la persona que ha creado el riesgo, el fabricante, al ser el que está en mejor posición para controlar la calidad y la seguridad del producto. Por ello, la assunción de la responsabilidad es la manera más segura de reducir futuros accidentes, al crearse un efectivo incentivo de fabricar bienes seguros.”

Esta escolha legislativa se justifica eminentemente por dois fundamentos²⁸⁴. Primeiro porque tais profissionais normalmente são contratados em caráter *intuitu personae*, com base na confiança a eles atribuída pelo seu cliente. Em segundo lugar este profissional, que normalmente desempenha suas atividades de forma autônoma, normalmente tem com seu cliente não uma relação típica dos contratos de massa, mas sim um contrato negociado, com ampla autonomia privada. Em razão destas características, o legislador entendeu por bem tratar esta situação em patamar diferente daquele atribuído à relação existente entre empresa e consumidor natural.

Como não podia deixar de ser, passamos então à análise do fundamento da adoção da responsabilidade objetiva para o microssistema em análise. Neste ponto, não há dúvida que a justificativa maior para a imputação de obrigação de indenizar independentemente da aferição de culpa do fornecedor decorre da exploração de atividade econômica. Como ficou demonstrado na primeira parte deste trabalho, esta é a típica hipótese definida pela teoria do risco-proveito, que se mostra claramente presente no caso das relações de consumo.

4. Responsabilidade civil pelo dano ambiental

Antes de iniciar a análise específica da responsabilidade civil decorrente do dano ao meio ambiente, se faz necessário analisar algumas considerações específicas sobre direito ambiental que devem ser realizadas para que se

²⁸⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo de Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 197-198.

possa compreender com clareza e segurança o tema principal objeto do presente capítulo.

Direito de sistematização recente, o direito ambiental²⁸⁵, pode ser conceituado como o “complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações”²⁸⁶.

Tal disciplina ganhou força junto à comunidade jurídica com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em junho de 1972, em Estocolmo. Esse encontro foi marcante não só para a evolução da ciência jurídica, mas também para o futuro da humanidade, pois foi a partir dessa conferência é que se iniciaram pesquisas mais profunda sobre a matéria jurídico-ambiental, passando-se a dar a devida atenção ao meio ambiente sob o ponto de vista do direito.

Contudo, ao contrário, daqueles que pensam que a preservação dos bens ambientais surgiu apenas com as novas normas jurídicas, específica de tal ramo da ciência jurídica, a tutela dos bens ambientais retrocede a épocas muito

²⁸⁵ Também conhecido como Direito Ecológico; Direito de Proteção da Natureza; Direito do Meio Ambiente; Direito Ambiental e Direito do Ambiente.

²⁸⁶ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 155.

mais remotas²⁸⁷. Tais bens são tutelados há muitas décadas, como ressalva Marcelo Abelha Rodrigues²⁸⁸, ao afirmar que:

Porquanto os bens ambientais (água, fauna, flora, ar, etc.) já tenham sido objeto de proteção jurídico-normativa desde a antiguidade, importa dizer que, salvo em casos isolados, o que se via era uma tutela mediata do meio ambiente, tendo em vista que o entorno e seus componentes eram vistos pelo ser humano ora como um bem economicamente considerado, ora como algo adjacente à proteção da saúde do próprio ser humano.

O Brasil dentro desse contexto histórico de evolução da matéria ambiental não ficou para trás. Entre 3 e 14 de junho de 1992, mais precisamente, a cidade do Rio de Janeiro, foi palco da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. A referida reunião ficou conhecida como Rio – 92 ou Eco – 92.

Tal reunião realizou-se 20 anos após a Conferência de Estocolmo e serviu para verificar se as diretrizes estabelecidas em 1972 estavam sendo cumpridas como planejado, ficando marcada como o maior encontro já realizado no mundo para a discussão da matéria ambiental, contando a Rio – 92 com mais de 100 chefes de Estado e representantes de mais de 170 países.

A preocupação com o direito ambiental é bastante compreensível, uma vez que o dano nessa esfera não se compara ao dano causado ao particular de forma individualizada. O dano ambiental possui algumas características que o tornam

²⁸⁷ Para uma profunda análise da evolução do direito ambiental, ler por todos WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira: subsídios para a história do direito ambiental*. 2 ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

²⁸⁸ *Elementos de Direito Ambiental*: parte geral. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 89.

excessivamente perigoso e complexo. E pensando nisso a Carta Magna de 1988, dedicou um capítulo inteiro às questões ambientais.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 foi a primeira da história a se dedicar de forma tão incisiva ao direito ambiental trazendo em seu art. 225 em seu caput a seguinte redação:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Tendo em vista que o bem ambiental está relacionado há um direito difuso²⁸⁹ (transindividual ou metaindividual), fruto dos novos direitos de terceira geração, a Carta Republicana garante um meio ambiente sadio, hígido e equilibrado não só para as gerações atuais como para as vindouras.

Neste sentido, em relação à transindividualidade e à metaindividualidade do direito ao meio ambiente íntegro e equilibrado, Guido Alpa e Mario Bessone²⁹⁰ fazem uma importante observação, como se depreende do seguinte trecho:

²⁸⁹ Sobre o tema, vale fazer menção expressa ao art. 81, parágrafo único, I do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor define o conceito de “direitos difusos” nos seguintes termos: “Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

²⁹⁰ *La responsabilità civile*. 3 ed., Milão: Giuffrè, 2001, p. 506. Tradução livre do original: “Quando si parla di danno ambientale, o di danno all’ambiente, si fa sempre riferimento al valore dell’integrità dell’ambiente. Quando si parla di responsabilità per danno ambientale, se fa riferimento agli obblighi ripristinatori o risarcitori che gravano su coloro che hanno violato l’integrità dell’ambiente; i soggetti legittimati attivamente a chiedere il risarcimento del danno ambientale non sono i singoli, ma sono gli enti (pubblici) a cui si riconosce la titolarità degli

Quando se fala em dano ambiental ou de dano ao meio ambiente, se faz sempre referência ao valor da integridade do meio ambiente. Quando se fala em responsabilidade pelo dano ambiental, se faz referência à obrigação reparatoria ou ressarcitória que pesa sobre aquele que há violado a integridade do meio ambiente; os sujeitos legitimados ativamente a pleitear o ressarcimento do dano ambiental não são os particulares, mas são os entes (públicos) a quem se reconhece a titularidade dos interesses à integridade do meio ambiente; a entrada de interesses difusos e a sua tutela não dá lugar ao ressarcimento do dano, mas antes à posição processual de promoção dos procedimentos (administrativo) ou de intervenção nos procedimentos civis ou penais.

Decorrencia das afirmações feitas acima é que o dano ambiental deve ser regulado de forma específica, devendo da mesma sorte a responsabilidade sobre tais casos também receber um tratamento diferenciado por parte da doutrina, da jurisprudência e principalmente por parte do legislador.

Destarte, partindo da premissa de que o dano é uma lesão a um bem jurídico, pode-se dizer que existe dano ambiental quando há lesão ao equilíbrio ecológico decorrente de afetação adversa dos componentes ambientais. E justamente porque o meio ambiente constitui um bem jurídico autônomo, imaterial, difuso, indivisível, de uso comum de todos, a lesão que o atinge será *ipso facto*, uma lesão difusa e indivisível, cuja reparação será, igualmente, *erga omnes*.²⁹¹

Para Celso Antônio Pacheco Fiorillo²⁹² ocorrendo lesão a um bem ambiental, resultante de atividade praticada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano, não só há a

interessi all'integrità dell'ambiente; l'ingresso di interessi diffusi e la loro tutela non dà luogo a risarcimento del danno, ma piuttosto a posizioni processuali di promozione de procedimenti (amministrativi) o di intervento in procedimenti civili o penali."

²⁹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental: parte geral*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.300.

²⁹² *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p.38.

caracterização deste como a identificação do poluidor, aquele que terá o dever de indenizar.

Ainda vale ressaltar que a doutrina mais moderna e especializada no direito ambiental já enxerga a possibilidade de condenação do poluidor por danos morais causados ao meio ambiente, o que é chamado genericamente de danos extrapatrimoniais. O artigo primeiro da Lei 7.347/85 (também conhecida como lei de Ação Civil Pública) traz expressamente em seu caput tal possibilidade, com a seguinte redação: “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:” (redação dada pela Lei nº 8.884, de 11-06-1994 – em seu artigo 88 – a Lei Antitruste).

Desta forma, para viabilizar os encargos decorrentes da obrigação de zelar pela preservação do meio ambiente, o legislador constituinte incumbiu ao poder público a missão de assegurar a efetivação de tais direitos, sem, contudo, eximir as pessoas físicas ou jurídicas de suas responsabilidades, conforme previsão do parágrafo terceiro do art. 225, que foi redigido nos seguintes termos:

Art. 225 As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Extrai-se dessa forma da Constituição Federal que a responsabilidade sobre as lesões causadas ao meio ambiente, são entendidas por objetiva. Até mesmo

porque nessa mesma esteira caminhou a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei – 6.938/81), lei cronologicamente anterior a CF/88, que em seu art. 14, parágrafo primeiro, foi imperativo pela adoção da responsabilidade objetiva, como se observa da transcrição do texto legal:

Art. 14 Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Mais uma vez, é possível se observar a fórmula, já vista em vários outros dispositivos que prescrevem a obrigação de indenizar com base no critério objetivo, que faz menção à imputação de responsabilidade “independentemente da existência de culpa”.

No plano do direito internacional o Princípio número 13 da Declaração do Rio – 92 demonstra que o raciocínio é o mesmo já esposado nos parágrafos supra, senão observe-se:

Os Estados devem desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e indenização das vítimas de poluição e outros danos ambientais. Os Estados devem, ainda, cooperar de forma expedita e determinada para o desenvolvimento de normas de direito internacional ambiental relativas à responsabilidade e indenização por efeitos adversos de danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle.

Quanto a este aspecto, que trata do tipo de responsabilidade atribuída ao causador do dano ambiental, para fins de imputação da obrigação de indenizar,

é interessante ressaltar a observação feita por Paulo de Bessa Antunes²⁹³, de que:

Nem todos os países adotam o sistema de responsabilidade objetiva em matéria ambiental. Neste particular, a legislação brasileira está muito mais adiantada do que a de diversos países europeus. Em verdade, a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, em muitos países europeus, por exemplo, está fundada na culpa, sendo, portanto, subjetiva. Sabe-se, porém, que a apuração da culpa, em cada caso concreto, é uma tarefa que, processualmente, é bastante árdua. Ademais, quando se trata de culpa por omissão, as dificuldades ampliam-se sobremaneira.

Na Argentina, por exemplo, invoca-se a responsabilidade pelo fato de coisas, previsto no art. 1.113²⁹⁴, para fundamentar a responsabilidade por dano ambiental²⁹⁵. No tocante ao “fator de atribuição” de responsabilidade no sistema daquele país, Aida Kemelmajer de Carlucci e Carlos Parellada²⁹⁶ ensinam que:

Com respeito ao fato de atribuição se admitiu que pode ser a culpa, o dolo, o risco, a equidade ou o abuso de direito, segundo os respectivos âmbitos, esclarecendo-se que “a poluição efetuada mediante a intervenção das coisas se rege pelo art. 1.113, parágrafo 2º.

²⁹³ *Direito Ambiental*. 8 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.174.

²⁹⁴ Art.1113.- La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

(Párrafo agregado por Ley 17.711)En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

²⁹⁵ No mesmo sentido, ALSINA, Jorge Bustamante. *Responsabilidad civil y otros estudios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, v. 3, pp. 77-97.

²⁹⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, Aída Kemelmajer; GHERSI, Carlos A.; STIGLITZ, Gabriel A.; PARELLADA, Carlos; ECHEVESTI, Carlos A. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 415. Tradução livre do original: “Respecto del factor de atribución se admitió que puede ser la culpa, el dolo, el riesgo, la equidad o el abuso del derecho, según sus respectivos ámbitos, aclarándose que ‘la polución efectuada mediante la intervención de las cosas se rige por el art. 1113, 2º párrafo.’”

Em sentido parecido, o também argentino Carlos Alberto Gherzi²⁹⁷ ensina que, além daqueles institutos acima mencionados para fins de imputação de responsabilidade, os doutrinadores do seu país também fazem referência ao art. 2.618²⁹⁸, que proíbe a emissão de “fumaça, calor, odores, luminosidade, ruídos, vibrações ou danos similares em razão do exercício de atividades em imóveis vizinho” em limites acima do razoavelmente tolerável. Portanto, como se observa, é necessário fazer referência a normas que tratam do direito de vizinhança, para visar a tutela de danos ambientais.

A doutrina pátria é uníssona em aplicar a responsabilidade objetiva nas agressões causadas ao meio ambiente. Nelson Nery Jr.²⁹⁹, acerca da objetivação da responsabilidade pelo dano ao meio ambiente diz “ainda que a conduta do agente que causa o dano seja lícita, autorizada pelo poder competente, embora obedeça a norma técnica para o exercício de sua atividade, se dessa atividade resulta prejuízo ambiental, tem ele a obrigação de indenizar.”

A responsabilidade pelos danos ao meio ambiente além de objetiva é também ilimitada, não existindo um teto para o valor das indenizações, posto que sujeita

²⁹⁷ *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 173.

²⁹⁸ Art.2618.- Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediere autorización administrativa para aquéllas.

²⁹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Responsabilidade Civil e Meio Ambiente*. In: Revista do Advogado (AASP), vol.37, 07/92.

ao princípio da reparação integral, previsto no art. 944³⁰⁰ do Código Civil. José Afonso da Silva, em sua obra *Direito Ambiental Constitucional*, elenca algumas conseqüências na adoção desse tipo de responsabilidade como:

I) a irrelevância da intenção danosa, bastando para tanto a mera verificação do prejuízo; II) a pouca importância de quem será alcançado pelo dano causado; III) a possibilidade de inversão do ônus na prova nas ações que tutelem o direito ambiental, imputando o ônus de prova ao réu, para que o mesmo demonstre que não contribuiu para a degradação ambiental; IV) a insignificância da licitude da atividade praticada e; V) e uma mitigação na forma de demonstração do nexo causal entre a atividade praticada e o dano causado.

Assim, qualquer medida tendente a afastar as regras da responsabilidade objetiva e da reparação integral é contrária ao ordenamento jurídico. As transações contrariam o referido princípio da reparação integral, fazendo dessa forma, que a responsabilidade civil deva ser vista à luz do Direito Ambiental e como instrumento de realização deste ramo do Direito³⁰¹.

É bem verdade que o atual ponto de desenvolvimento da responsabilidade em decorrência do dano ambiental não foi alcançado facilmente. Sabendo que os danos ambientais, sejam eles de qual dimensão for, serão sempre nocivos à sociedade e constante fonte de preocupação nas sociedades modernas, Antonio Herman Benjamin³⁰², em valioso artigo publicado sobre este tipo de responsabilidade civil, faz uma análise no sentido de tentar descobrir quais as razões que levaram a uma rejeição inicial do instituto da responsabilidade civil objetiva. Ao final, conclui o referido autor que as principais razões para esse

³⁰⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

³⁰¹ LANFREDI, Geraldo Ferreira. *A Objetivação da Teoria da Responsabilidade Civil e seus Reflexos nos Danos Ambientais ou no uso Anti-Social da Propriedade*. Revista de Direito Ambiental. v. 6, 1997, p.92.

³⁰² *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. Revista de Direito Ambiental. v. 9, 1998, p. 9

posicionamento inicialmente contrário à adoção da imputação objetiva da obrigação de indenizar foram:

- a) as funcionais, isto é, a tradicional visão da responsabilidade civil como instrumento *post factum*, destinado à reparação e não à preservação de danos;
- b) as técnicas, explique-se, inadaptabilidade do instituto à complexidade do dano ambiental, v.g. um dano atual, autor, e vítima claramente identificados, comportamento culposos e nexos causais estritamente determinados;
- c) as éticas, ou seja, nos casos de condenação em indenização, a impossibilidade de reconstituição do bem lesado, forçando com que, em última análise, seja agregado um frio valor monetário à natureza, transformando-a indiretamente em valores comerciais; concluindo-se assim que em tema ambiental, tal responsabilidade não seria a mais adequada.

Destarte, da mesma forma que foi possível localizar causas que afastaram a responsabilidade civil da proteção ambiental, também não foi difícil identificar algumas razões que estão por trás da (re)descoberta do instituto na seara ambiental, senão observe-se: a) a conclusão de que os bens ambientais são finitos e por tanto *res communis*, escasso e valorizado; b) a preceção de que a intervenção solitária do Estado, via “comando e controle” (ou seja, Direito Público), não protegia suficientemente o meio ambiente; c) a compreensão de que, por melhores que sejam a prevenção e a precaução, danos ambientais ocorrerão, na medida em que “os acidentes são normais em qualquer atividade”; d) uma maior sensibilidade do Direito para com a posição da vítima, própria do Welfare State; e) os surgimento de novos direitos subjetivos (direitos metaindividuais), até constitucionalizados; entre outras razões.

Diante de tais motivos, vê-se que a responsabilidade civil, quando interligada aos prejuízos causados ao meio ambiente, precisam de uma roupagem diversa daquela trazida no “processo individual” (no tradicional: *Caio X Tício*).

Em uma síntese bastante apertada das lições de Antonio Herman V. Benjamin é possível apontar que o tratamento da responsabilidade civil ligada ao meio ambiente possui características distintas das demais, pelo fato de o bem jurídico tutelado (sadia qualidade do meio de vida) integrar a categoria daqueles valores fundamentais. Resguardando um meio ambiente hígido, se alcança necessidade imperativa não só para a presente geração, como para as gerações vindouras.

É este contexto um dos principais universos de aplicação da tutela inibitória, tratada na primeira parte deste trabalho. Em relação ao dano ambiental, não há dúvidas de que o antigo conceito de ato ilícito, como aquele ato culposos que causa dano não mais satisfaz à sociedade. É essencial que se imponham mecanismos de efetiva prevenção dos danos, vez que a sua reparação é de difícil operabilidade.

É por isso que se pode afirmar que, ainda dentro do binômio meio ambiente x responsabilidade civil, a forma ressarcitória prevista para as compensações causadas ao meio ambiente, devem ser analisadas, apenas de forma subsidiária, tendo em vista que, o dano ambiental, em regra, é um dano irreparável ou de difícil reparação. Essa preocupação é bastante discutida em sede de direito ambiental. Nesse sentido, valiosas são as considerações de Fábio Bonomo de Alcântara³⁰³, ao afirmar que:

A gravidade do problema torna-se absolutamente tormentosa quando se analisam as relações jurídicas de conteúdo não patrimonial (v.g. meio ambiente), nos casos em que o ordenamento substantivo reconhece ou atribui

³⁰³ *Tutela de urgência ambiental na ação civil pública*. Leme: JH Mizuno, 2007, p. 169.

uma vantagem insuscetível de resolver-se em perdas e danos. O Estado, nesses tipos de obrigação, deve necessariamente desempenhar e prover uma tutela preventiva ou, de forma secundária, fazer com que tal lesão cesse da forma mais rápida possível, evitando a repetição das atividades nocivas. O que não pode, em hipótese alguma, é a simples oferta de uma compensação pecuniária.

Logo em seguida, continua o mesmo autor:

Assim, se não é viável, ou se não é satisfatória a modalidade tradicional de tutela consistente simplesmente na aplicação de sanções, quer sob a forma primária da restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento, o de que precisam os interessados é de remédios judiciais a que possam recorrer *antes* de consumada a lesão, com o fito de impedi-la ou, quando menos de resolvê-la de forma imediata, caso já se esteja iniciando o ato lesivo.

Para, ao final do seu raciocínio, concluir que:

Ao invés de dar primazia à tutela sancionatória, a que alguns preferem chamar de repressiva, e que pressupõe a violação já ocorrida, deve-se primar pela utilização da tutela preventiva, legitimando-a ante a ameaça de violação ou, mais precisamente, à vista de sinais inequívocos de sua iminência.

A responsabilidade traduzida no direito ambiental de forma ressarcitoria, com o pagamento de indenização é apenas uma espécie de “prêmio de consolação”, não satisfazendo a sociedade.

Por fim, sobre o fundamento da responsabilidade objetiva em razão do dano ambiental, ela decorre da teoria do risco. A pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, ao desenvolver atividade potencialmente poluidora, fica obrigada a indenizar o dano decorrente do implemento deste risco. Não se deve esquecer que, mediatamente, toda responsabilidade objetiva está fundada na

solidariedade. Em razão deste fato, mesmo que, excepcionalmente, o dano ambiental decorra de uma atividade que não possua no seu âmbito alto potencial poluidor, o critério de imputação de responsabilidade continuará a ser objetivo.

5. Exploração de atividade nuclear

Com o desenvolvimento das sociedades e da freqüente mecanização das etapas de produção, a necessidade por fontes de energia ficou cada vez mais essencial para o ser humano. As nações que possuem grandes reservas de petróleo estão sempre em evidência na mídia e na política internacional, por ser este mineral uma das principais fontes modernas de energia. Para evitar danos ao meio ambiente, gerando o tipo de responsabilidade ambiental tratada no capítulo anterior, atualmente estão em voga discussões sobre combustíveis renováveis e menos poluentes do que o petróleo, como o etanol extraído de plantas.

Como é notório, o Brasil produz sua energia elétrica principalmente com a utilização dos seus recursos hídricos, por meio de usinas hidrelétricas geradoras de energia. Entretanto, por volta da década de 70, o país se viu compelido a adotar também a tecnologia nuclear para aumentar sua capacidade de produção de energia elétrica. Em razão deste fato, em 1985 entrou em operação comercial a usina de energia nuclear denominada de Angra 1, situada na Central Nuclear Almirante Álvaro Alberto - CNAEA, localizada no município de Angra dos Reis, no estado do Rio de Janeiro. Atualmente, a Eletrobrás Termonuclear S/A, sociedade de economia mista que

opera e constrói as usinas termonucleares brasileiras administra duas usinas em operação e tem planos de construir uma terceira em breve, o que inclusive já foi aprovado pelo Conselho Nacional de Política Energética e tem previsão de entrar em operação em 2013³⁰⁴.

Tais instalações geram preocupação quanto à segurança em caso de acidente nuclear, pois, como ensina a história, um acidente em usina nuclear pode ter conseqüências grave para as pessoas que se encontram no entorno da instalação de produção energética, assim como para o meio ambiente, atingindo comunidades que se encontram até mesmo afastadas das usinas. Tais características incluem a atividade de exploração de energia nuclear como uma atividade que cria risco para outrem, sendo dispensáveis maiores considerações para se concluir que tal tipo de responsabilidade somente pode estar subordinada à responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco.

A questão que se analisa, entretanto, é referente à qual modalidade de risco foi adotada para a regulamentação da atividade de exploração de energia nuclear. Como foi demonstrado no capítulo 3 da primeira parte do trabalho, a teoria do risco se subdivide em algumas espécies, tendo sido abordadas a teoria do risco-criado, do risco-proveito e do risco integral, que consideramos serem as mais importantes, pelos fundamentos ali mencionados.

³⁰⁴ Informações obtidas nos sites <http://www.eletronuclear.gov.br/empresa/index.php?idSecao=1> e <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2007/06/25/296508430.asp>, acessados em 12 de janeiro de 2008.

Inicialmente não há dúvidas de que a produção de energia por este meio tem finalidade comercial, razão pela qual é possível se afirmar que é aplicável à hipótese a teoria do risco-proveito. Entretanto, no caso especialmente considerado da exploração de atividade nuclear, a análise não é tão simplória, em razão do excessivo risco que decorre da exploração deste meio de produção energética.

Essa preocupação, inclusive, não é específica do Brasil. Tanto que em 21 de maio de 1963 foi assinada a Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares, que entrou em vigor internacional em 12 de novembro de 1977 e da qual o Brasil é signatário. Esta Convenção Internacional, que como é fácil concluir, tinha o objetivo de regulamentar no âmbito internacional, a responsabilidade civil por danos nucleares, imputa a responsabilidade ao operador³⁰⁵ da usina de produção de energia nuclear da seguinte forma:

ARTIGO IV

1 - A responsabilidade do operador por danos nucleares, de conformidade com a presente Convenção, será objetiva.

2 - Se o operador provar que a pessoa que sofreu os danos nucleares os produziu ou para eles contribuiu por negligência grave ou por ação ou omissão dolosa, o tribunal competente poderá, se assim o dispuser sua própria legislação, exonerar total ou parcialmente o operador da obrigação de indenizar tal pessoa pelos danos sofridos.

3 - a) De conformidade com a presente Convenção, não acarretarão qualquer responsabilidade para o operador os danos nucleares causados por acidente nuclear devido diretamente a conflito armado, a hostilidades, a guerra civil ou a insurreição.

b) Exceto na medida em que o Estado da Instalação dispuser em contrário, o operador será responsável pelos danos nucleares causados por acidente nuclear devido diretamente a uma catástrofe natural de caráter excepcional.

³⁰⁵ Por operador entende-se “a pessoa jurídica devidamente autorizada para operar instalação nuclear”, de acordo com a definição constante do art. 1º, I da Lei 6.453/77.

Como é possível constatar, a comunidade internacional colocou como únicas formas de exclusão da responsabilidade civil do operador da usina nuclear as hipóteses de “conflito armado, hostilidade, guerra civil ou insurreição”. As outras duas hipóteses, de “catástrofe natural de caráter excepcional” e culpa exclusiva da vítima somente serão admitidas como forma de exclusão de responsabilidade caso a legislação nacional assim o preveja, deixando a Convenção Internacional esta decisão para a soberania de cada país signatário.

Apesar de signatário da Convenção Internacional, o Brasil, em 1977 regulou, por norma interna, a responsabilidade civil decorrente da exploração de atividade nuclear, por meio da lei 6.453/77, que “dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências.” É bem verdade que, em linhas gerais, a referida norma interna utilizou os mesmos parâmetros de imputação de responsabilidade definidos na Convenção Internacional, como se pode observar da redação dos artigos 4º, 6º e 8º da referida lei, que dispõem nos seguintes termos:

Art . 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear:

I - ocorrido na instalação nuclear;

II - provocado por material nuclear procedente de instalação nuclear, quando o acidente ocorrer:

a) antes que o operador da instalação nuclear a que se destina tenha assumido, por contrato escrito, a responsabilidade por acidentes nucleares causados pelo material;

b) na falta de contrato, antes que o operador da outra instalação nuclear haja assumido efetivamente o encargo do material;

III - provocado por material nuclear enviado à instalação nuclear, quando o acidente ocorrer:

- a) depois que a responsabilidade por acidente provocado pelo material lhe houver sido transferida, por contrato escrito, pelo operador da outra instalação nuclear;
- b) na falta de contrato, depois que o operador da instalação nuclear houver assumido efetivamente o encargo do material a ele enviado.

Art . 6º - Uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar.

Art . 8º - O operador não responde pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.

Como se observa, o Brasil adotou, por força da dos artigos 6º e 8º da lei 6.453/77, acima transcritos, as hipóteses facultadas pela Convenção Internacional de Viena de 1963 como excludentes de responsabilidade civil.

Diante destes fatos acima mencionados, a doutrina conclui que a responsabilidade do operador da usina nuclear não está limitada apenas à teoria do risco-proveito, mas sim à hipótese de risco integral. A afirmação decorre da conclusão de, tendo a Convenção Internacional – e a lei 6.453/77 – especificado as hipóteses de excludente de responsabilidade, não é possível se afirmar que qualquer situação de rompimento denexo causal seria apto a elidir a obrigação de indenizar. Tome-se, por exemplo, um fato exclusivo de terceiro, – não caracterizado como insurreição, hostilidades, conflito armado ou guerra civil³⁰⁶ – que tenha dado causa ao dano nuclear. Não há que se falar emnexo causal com ação ou omissão do operador da usina, entretanto o mesmo não poderá lançar mão do argumento de rompimento de nexocausal para eximir-se da obrigação de indenizar.

³⁰⁶ Tais hipóteses são específicas, pois caracterizam um estado excepcional, análogo ao de guerra, em que as fontes de energia são pontos estratégicos de ataque, para fins de diminuição dos meios de defesa do inimigo. Sendo um estado excepcional de coisas, não é possível se imputar a responsabilidade daí decorrente ao operador da usina nuclear.

Sérgio Cavalieri Filho³⁰⁷, representando o posicionamento majoritário da doutrina, afirma categoricamente que “dado à enormidade dos riscos decorrentes da exploração da atividade nuclear, também aqui foi adotada a teoria do risco integral”.

Analisando especificamente a figura no nexos causal existente na ocorrência de dano de natureza nuclear, Carlos Alberto Bittar³⁰⁸ faz algumas colocações cuja menção contribui em muito para a análise da situação. O referido autor afirma que:

A relação causal é tão tênue, que se pode reduzir à simples ocorrência do evento danoso, enquanto que a satisfação da indenização pode, em concreto, envolver ente nem sequer inserido no contexto fático, como na responsabilidade complementar do Estado, enfatizada por Albi Rico.

Mais à frente, ainda analisando os pressupostos para a imputação da obrigação de indenizar ao operador da usina nuclear, o eminente doutrinador paulista³⁰⁹ ensina que:

Basta, pois, a exploração da atividade, para que, em caso de acidente nuclear, venha o explorador a ser responsabilizado, Responde civilmente o explorador, portanto, pelo simples e puro acionamento e pelo posterior desenvolvimento da atividade nuclear, nos termos e nos contornos delineados em relação a ambas as noções.

³⁰⁷ *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 137.

³⁰⁸ *Responsabilidade Civil nas atividades nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 187.

³⁰⁹ *Responsabilidade Civil nas atividades nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 188-189.

Apesar de enfatizar a ampla responsabilidade dos operadores da usina nuclear, Carlos Alberto Bittar não deixa de mencionar as hipóteses de excludente de responsabilidade por parte destas pessoas, que foram acima mencionadas. O referido doutrinador³¹⁰ esclarece, em determinado momento que:

Essas causas são enumeradas limitativamente nas Convenções – que as preferiram à noção de “força maior”, eis que essa alcança diferentes concepções no direito nacional, como anotam os Mazeaud – deixando, pois, espaço reduzido para a ação do intérprete. Extrema-se, assim, a referida noção às hipóteses taxativamente enunciadas, que envolvem, aliás, fatos excepcionais.

Também Hugo Nigro Mazzilli³¹¹ faz menção à responsabilidade objetiva pelo risco integral do explorador da usina nuclear, com um exemplo bem ilustrativo quanto à realidade da adoção da referida teoria.

Para melhor entender a questão, comparemos um raio que caia numa floresta de preservação permanente, provocando fogo, que a destrói, e um raio que caia numa usina nuclear e provoque um acidente atômico. No primeiro caso, não há nexos causal nem responsabilidade do dono do imóvel, mas no segundo caso, deve arcar com eventual indenização quem exerce a atividade de risco.

É necessário mencionar, para a legítima abordagem ao tema, que a Constituição Federal de 1988 tratou do tema da atividade nuclear, principalmente na esfera da competência da União. Neste contexto, vale a transcrição do art. 21, XXIII, “d”, que trata do assunto nos seguintes termos:

³¹⁰ *Responsabilidade Civil nas atividades nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 207.

³¹¹ *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 566.

Art. 21. Compete à União:

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

Como se observa, a norma constitucional deixa claro o caráter objetivo da responsabilidade do operador da usina nuclear. Ocorre que, em razão da redação adotada pela referido dispositivo constitucional, alguns doutrinadores sustentam que os artigos 6º e 8º da lei 6.453/77 não teriam sido recepcionados pela ordem constitucional posterior. Neste sentido, é possível citar posicionamento de Sérgio Cavalieri Filho³¹², que afirma o seguinte:

A base jurídica da responsabilidade do explorador da atividade nuclear, entretanto, passou a ser a Constituição a partir de 1988, e esta, em seu art. 21, XXIII, 'c', não abre exceção alguma, pelo que entendemos não mais estarem em vigor as causas exonerativas previstas na lei infraconstitucional.

No mesmo sentido é o entendimento de Felipe Peixoto Braga Neto³¹³, que afirma que “não obstante a previsão de tais excludentes, entende a doutrina que a responsabilidade por danos nucleares não admite a invocação das excludentes de responsabilidade civil”.

Para se fazer uma análise apropriada do posicionamento acima mencionado, deve ser mencionado que a Convenção de Viena que trata do tema da responsabilidade civil por dano nuclear entrou no ordenamento jurídico brasileiro, com aquela redação acima mencionada, em 03 de setembro de

³¹² *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

³¹³ *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 391.

1993, ou seja, após a vigência da Carta Constitucional de 1988, por meio do Decreto 911/93. Em razão deste fato, mesmo que se defenda a não recepção da Lei 6.453/77 pela Constituição de 1988, não há como se negar a vigência e validade do Decreto 911/93, que é posterior à norma constitucional. No máximo, poder-se-ia alegar a inconstitucionalidade do referido Decreto, o que mesmo assim ocorreria apenas em sede doutrinário, vez que tal pleito não foi levado ao Supremo Tribunal Federal para lhe analisar a constitucionalidade, sendo esta presumida até posterior declaração em sentido contrário pela Suprema Corte.

Além deste problema de constitucionalidade das normas infraconstitucionais que tratam do assunto, parece merecer melhor atenção a interpretação dada ao art. 21, XXIII, “d” da Carta Política. É verdade que a norma em tela faz uma clara escolha à responsabilidade objetiva e silencia em relação à eventuais hipóteses de exclusão de responsabilidade. Entretanto, não nos parece que esse silêncio pode ser interpretado como proibição de que norma infraconstitucional, principalmente baseada em Convenção Internacional anterior à promulgação da Constituição, preveja tais limitações. Ora, o art. 37, § 6º também não prevê hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do Estado, entretanto todos concordam que em algumas situações o Estado não será obrigado a indenizar eventuais danos em que esteja seus agentes estejam envolvidos. O mesmo raciocínio se aplica a algumas normas infraconstitucionais que prevêm a responsabilidade objetiva, como é o caso do art. 931 e art. 933 do Código Civil. Apesar de não fazerem menção a eventuais hipóteses de exclusão de responsabilidade, ninguém nega que elas existam.

Portanto é possível concluir que no caso da responsabilidade civil do operador de usina nuclear, a sua responsabilidade está pautada pela teoria do risco integral, o que enseja a obrigação de indenizar mesmo em casos em que não haja nexos causal entre o dano e uma ação ou omissão sua ou de algum preposto ou empregado seu. Entretanto, apesar desta hipótese de responsabilidade objetiva, a própria lei (Lei 6.453/77 c/c Decreto 911/93) prevê algumas poucas e exclusivas hipóteses de excludente de responsabilidade.

CONCLUSÃO

Inicialmente a responsabilidade civil estava pautada na vingança privada, sendo apenas um meio de revidar a uma agressão injustamente causada à vítima, prevista pelo próprio conjunto de leis dos povos antigos. Também este período se caracteriza por uma semelhança entre responsabilidade civil e responsabilidade penal.

Em momento posterior, a responsabilidade civil encontra guarida na chamada composição privada, que se caracteriza pelo fato de o causador do dano poder oferecer à vítima uma compensação em dinheiro pelo dano causado, que pode ser aceita ou não. Este valor pago tem caráter de pena e não há que se falar em intervenção do Estado nesta relação jurídica, que tem caráter tipicamente privado. Esta fase se diferencia da próxima exatamente em razão deste fato, posto que nesta última passa a haver uma composição com a intervenção do Estado na relação entre vítima e causador do dano.

Por fim, aproximadamente entre 300 a.C. e 250 a.C. foi editada a *Lex Aquilia de Damno*, que previa uma cláusula geral de indenizar no seu item terceiro, obrigando o causador do dano a indenizar qualquer prejuízo causado ao escravo ou patrimônio da vítima. Para caracterizar esta ampla obrigação de indenizar era essencial a presença de três requisitos: ocorrência de dano a coisa corpórea; que o dano decorra de ação humana; e que esta ação fosse praticada sem direito ou escusa legal (*injuria*). Especialmente este último requisito possibilitou que vários doutrinadores – apesar das divergências sobre o assunto – afirmassem que esta norma foi a primeira a trazer a previsão da

culpa como requisito essencial à imputação civil dos danos, inclusive ficando célebre o brocardo que afirmava que *in lege Aquilia et levissima culpa venit*.

Já nos tempos modernos, a maioria da doutrina afirma que o ato ilícito pode ser caracterizado, em breves palavras, como aquele ato culposo (*lato sensu*) que cause dano a alguém. Esta definição, inclusive, é a utilizada pelo art. 186 do Código Civil vigente. Entretanto, em razão da evolução da sociedade, especialmente em razão da revolução industrial e da urbanização da sociedade, antes eminentemente rural, a culpa como elemento essencial à imputação da obrigação de indenizar já não era satisfatória aos anseios sociais. Entretanto, a dissociação da obrigação de indenizar e da culpa não se deu tão facilmente assim, tendo sido criados sistemas que minimizassem a necessidade de prova da culpa, sem, entretanto, elimina-la ou torna-la indiferente.

Dentre as várias teoria criadas para minimizar a influência da culpa na imputação civil dos danos, é possível citar as seguintes: a presunção de culpa, que em regra, esta presunção era relativa, sendo possível ao causador do dano se isentar da obrigação de indenizar demonstrando sua não-culpa; a teoria da culpa na guarda, que consistia em responsabilizar o proprietário ou detentor de uma coisa perigo pelos danos que eventualmente dela decorressem; a teoria da culpa anterior, onde era viável se responsabilizar incapazes pelos danos por eles causados, desde que estivessem no estado de incapacidade em razão de um fato culposo que lhes pudesse ser imputado; a teoria da culpa desconhecida, que imputava uma culpa, cuja existência não estava passível de ser refutada por meio de prova em contrário, a quem

explorava atividade econômica arriscada, como era o caso de distribuição de energia elétrica; a responsabilidade entre vizinhos, decorrentes do excesso decorrente do uso da propriedade; a teoria da culpa coletiva, em que se a responsabilidade era imputada em quem participava, de forma coletiva, de atividades eventualmente danosas, como a caça.

Especialmente no período do pós-guerra, o pensamento social prevalente deixou de ser aquele baseado no liberalismo econômico, e por consequência em um individualismo decorrente de uma pseudo autonomia privada, para abarcar valores como a socialidade e a solidariedade. No presente trabalho, a expressão socialidade é apresentada como sinônima de solidariedade e designando a idéia de prevalência do interesse social (coletivo) sobre o interesse individual.

Esta mudança de paradigma social influencia claramente o Código Civil de 2002, cujo projeto remonta do início da segunda metade do século XX. Essa relação fica ainda mais clara, quando a própria comissão elaboradora do Código adota expressa, como diretrizes da sua elaboração a eticidade – prevalência do comportamento ético das partes, pautado pela boa-fé, principalmente no seu aspecto objetivo, com liberdade ao juiz para aplicar normas de conteúdo aberto, sejam na forma de cláusulas gerais, sejam na forma de conceitos legais indeterminados –, a socialidade – que diz respeito a uma prevalência dos valores e interesses sociais sobre o individual – e a operabilidade – em que se privilegia facilitar a interpretação dos institutos presentes no Código. Para a finalidade do presente trabalho, a influência decorrente da eticidade e da socialidade são mais relevantes, pois influenciam

diretamente na opção feita, em vários momentos, pela responsabilidade objetiva, em detrimento da teoria da culpa provada.

Estes valores de eticidade e socialidade influenciaram, dentre outros, o próprio conceito de ato ilícito. Apesar da definição aposta no art. 186, anteriormente mencionada, como sendo um ato culposo causador de dano, a doutrina moderna entende serem desnecessárias essas duas qualificadoras: tanto a conduta culposa, quanto que ela seja danosa. Renova-se o conceito geral de ato ilícito, como sendo aquele contrário ao ordenamento jurídico, independentemente dos seus efeitos. Esta consequência autoriza, dentre outras, a utilização de tutelas inibitórias para que se evite a ocorrência de um dano iminente. A doutrina também é enfática e unânime em afirmar que o dano e o ato ilícito estão intimamente ligados, pois normalmente aquele é consequência deste, mas não de forma necessária ou essencial.

Em razão deste novo paradigma, como não poderia deixar de ser, os valores de eticidade e socialidade acabaram influenciando também a responsabilidade civil, acentuando a tendência de eliminação da culpa como requisito essencial para a imputação civil dos danos. Neste contexto, a obrigação de indenizar não decorre necessariamente na reprovabilidade da conduta do autor do dano, mas sim na necessidade da vítima de se ver indenizada.

Em razão desta evolução, já não é possível mais se afirmar que a responsabilidade objetiva seja sinônimo de teoria do risco, apesar de tal posicionamento ainda ser defendido por alguns doutrinadores. Isso porque a irrelevância da culpa para a imputação civil dos danos não mais ocorre apenas

em razão do exercício de uma atividade de risco, mas sim em razão de princípios como eticidade e socialidade. É claro que em vários casos, a causa próxima da escolha legislativa pela responsabilidade objetiva será justificada pelo exercício de uma atividade de risco, mas não necessariamente.

Mesmo nas hipóteses em que o risco seja o fundamento imediato da imputação civil dos danos sob o critério objetivo, o seu fundamento mediato será sempre a socialidade. Afinal, a facilitação da vítima que se vê prejudicada em decorrência da prática de uma atividade de risco nada mais é do que uma preocupação de caráter social em detrimento do direito de um particular, que é a exploração econômica de uma determinada atividade – mesmo arriscada. Entretanto em algumas situações a socialidade pode ser considerada a razão direta da obrigação de indenizar sem culpa, como é o caso da socialização dos riscos, tendência irrefreável que vem tomando conta das discussões sobre a obrigação de indenizar, principalmente nos países desenvolvidos.

O risco não deixou de ser uma fonte de responsabilidade objetiva, sendo ainda o mais relevante fundamento para a escolha do legislador por este tipo de imputação de obrigação de indenizar. O risco pode assumir tanto a feição de risco-proveito, quando gera um benefício para o seu criador; como risco-criado, em razão da mera criação do risco, independentemente dos benefícios que eventualmente dele decorram; ou risco integral, quando sequer se analisa a ocorrência de nexos causal entre a ação ou omissão do agente e o dano observado. Infelizmente, tais conceitos não são unânimes na doutrina, podendo tanto variar ligeiramente de conteúdo, quanto serem acrescidos a outros conceitos não tratados neste trabalho. Ressalta-se que o risco se caracteriza

por um aumento da possibilidade, uma potencialização em relação à ocorrência do dano, que é inerente à própria vida e qualquer atividade humana, por mais singela que seja.

Por fim, também a boa-fé, decorrente do princípio da eticidade, pode ser determinada como fundamento imediato da obrigação de indenizar sem que se faça necessária a análise da culpa do causador do dano. Analisa-se aqui a boa-fé no seu sentido objetivo, que pode ser definido como imposição de comportamento ético às pessoas, sob pena de serem obrigados a indenizar sem que se analise sua eventual conduta culposa. O melhor exemplo desta forma de imputação de responsabilidade objetiva é a proibição do abuso de direito, instituído no art. 187 como uma segunda modalidade de ato ilícito.

Merece menção o fato de que o Brasil adota, portanto, um sistema dual de responsabilidade civil, ora baseado na culpa, ora dispensando este critério para a imputação da obrigação de indenizar. Este sistema é conveniente, de forma a evitar uma utilização indiscriminada da responsabilidade objetiva, o que poderia acarretar uma onerosidade indesejável à vida em sociedade da forma como a conhecemos.

O Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) prevê várias hipóteses de imputação objetiva da obrigação de indenizar. Levando-se em consideração a seqüência adotada pelo referido corpo legislativo, a primeira destes institutos é o abuso de direito, previsto no art. 187. Esta figura pode ser caracterizada como a obrigação de indenizar imputada a quem, no exercício de um direito que lhe é

reconhecido, excede os limites impostos pela finalidade econômica e social deste direito, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Depois de vários debates, a doutrina firmou entendimento de que o abuso de direito deve ser interpretado sob o ponto de vista objetivo, ou seja, apenas em face do comportamento do titular do direito durante o seu exercício. Eventual intenção (ou não) de prejudicar terceiro – que é uma aplicação da teoria medieval denominada de *aemulatio* – não tem qualquer relevância para se imputar a obrigação de indenizar.

Em seguida, o Código Civil trata da chamada cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único. Este dispositivo legal é caracterizado pela sua forma aberta ao imputar a obrigação de indenizar, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente exercida pelo causador do dano, importar riscos aos direitos de outrem. Não há dúvida de que o Código adotou, neste particular, a teoria do risco como fundamento da obrigação de indenizar sem culpa.

Apesar de amplamente controvertida, a doutrina tende a afirmar que tal obrigação pode ser imputada mesmo que o causador do dano não exerça atividade remunerada, por não ser este um requisito imposto pela cláusula geral mencionada. Por tal razão, o entendimento majoritário na doutrina é no sentido de que foi adotado pelo Código, neste particular, a teoria do risco-criado, sendo irrelevante a ocorrência, ou não, de benefício em proveito do criador do risco.

Outro ponto de divergência doutrinária é quanto à expressão “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano”. Alguns doutrinadores entendem que não há dúvida de que a mesma deve ser exercida de forma ordinária, em termos procedimentais. Em contraposição a esta afirmação, outros entendem que o art. 927, parágrafo único adotou a teoria dos atos anormais, criada por Ripert para criticar o abuso de direito, que afirma que a atividade exercida anormalmente implica, por si só, na ocorrência de culpa do seu praticante. O mero exercício anormal da atividade pressupõe a idéia de culpa.

O terceiro instituto em que se dispensa a análise da culpa para a imputação da obrigação de indenizar é no caso de responsabilidade por fato de terceiro. O art. 933 do Código Civil é claro no sentido de que as pessoas previstas no art. 932 são obrigadas a indenizar os causados pelos terceiros ali referidos ainda que não haja culpa de sua parte. Em razão desta determinação, perdeu relevância, no ordenamento jurídico brasileiros, institutos como as denominadas culpas *in eligendo* e *in vigilando*, que foram criadas pela jurisprudência para designar a presunção relativa de culpa, principalmente em relação aos patrões e comitentes, pois não é mais relevante eventual ocorrência de culpa do responsável na escolha ou mesmo na supervisão daquela pessoa pela qual poderá ser responsabilizado. A construção jurisprudencial que culminou no entendimento da culpa presumida inclusive foi pacificada na súmula 341 do Supremo Tribunal Federal.

Ressalta-se que a ausência de culpa por parte do terceiro responsabilizado não implica, necessariamente, que a culpa será irrelevante para a determinação da

obrigação de indenizar neste caso. Como se trata de hipótese em que o ato danoso não foi praticado pela pessoa obrigada a indenizar, pode ser necessário se analisar a culpa do efetivo causador do dano. Fazendo-se essa análise, se for o caso, e comprovada a culpa deste, não há necessidade de demonstrar a culpa do terceiro responsabilizado. Inclusive o art. 500º do Código Civil luso é mais claro neste sentido, ao afirmar que o terceiro será obrigado a indenizar, desde que sobre o causador do dano recaia também a obrigação de indenizar.

O quarto e último instituto do Código Civil que adota a responsabilidade objetiva analisado no presente trabalho foi a responsabilidade por fato de animais. Também nesta hipótese houve uma alteração entre a previsão do Código Civil de 1916 em relação à previsão atualmente vigente. O art. 1.527 do Código anterior previa a prova da ausência de culpa como possibilidade de exclusão da obrigação de indenizar. Desta forma, é perfeitamente possível se afirmar que aquele ordenamento adotava a teoria da culpa presumida. No Código atual, o art. 936 deixa claro que apenas o caso fortuito e a culpa exclusiva da vítima – que são hipóteses de exclusão do nexo causal – impedem a reparação civil. Com isso, não há dúvidas quanto à adoção da teoria da responsabilidade objetiva pelo ordenamento jurídico atualmente vigente.

Passando para as hipóteses de responsabilidade objetiva previstas fora do Código Civil, não é possível deixar de falar sobre a responsabilidade civil do Estado. Esta previsão de responsabilidade objetiva está contida no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, sendo alcançada por meio de um pequeno

esforço de interpretação, já que o referido dispositivo legal não faz uso da fórmula freqüentemente utilizada “independentemente de culpa”. O referido artigo imputa ao Estado a obrigação de indenizar os danos causados por seus agentes, somente dando a possibilidade de direito de regresso em face destes em caso de culpa ou dolo. Ora, se o Estado é obrigado a indenizar sem que fosse feita menção à conduta do agente estatal, somente podendo ser ressarcido em caso de culpa ou dolo deste, a obrigação estatal de indenizar independe de culpa por parte do agente. Este é o raciocínio utilizado de forma ampla pela doutrina e jurisprudência.

Séria divergência ocorre quanto aos danos decorrentes de omissão estatal. Neste ponto a doutrina e a jurisprudência se dividem entre aqueles que entendem ser a responsabilidade objetiva e os outros que, no sentido contrário, preferem concluir que neste caso é necessário se demonstrar a culpa do Estado no momento da omissão. A doutrina é unânime em entender que o Estado é obrigado a indenizar em caso de omissão específica. Entretanto, alguns entendem que aí fica caracterizada a culpa do Estado, na figura da *faute de service*, enquanto a outra corrente afirma haver aí mero nexo causal, sem a necessidade de se analisar a conduta do agente estatal.

É relevante ressaltar que a teoria da *faute de service* – traduzida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência como falta do serviço – se caracteriza em presunção absoluta de culpa do Estado, não cabendo a ele demonstrar a ausência de culpa do agente para afastar sua responsabilidade. Após a elaboração do trabalho foi possível concluir que as hipóteses apresentadas como sendo de presunção absoluta de culpa, em razão da impossibilidade de

prova em contrário se mostram como verdadeiras hipóteses de responsabilidade objetiva.

O Código de Defesa do Consumidor, como é de conhecimento geral, também prevê a obrigação de indenizar independentemente de culpa, tanto nos casos de fato do produto ou serviço, quanto nos casos de vício do produto ou serviço. No presente trabalho somente se mostrou relevante a hipótese de fato do produto ou serviço, em razão da sua natureza extracontratual. A obrigação de indenizar a ser imputada ao fornecedor decorrerá de defeito no produto ou serviço. Não havendo o defeito – cuja prova de inexistência cabe ao fornecedor, por força do art. 12, § 3º, II e do art. 14, § 3º, I do CDC – o fornecedor não é obrigado a indenizar.

Divergência severa se dá quanto à força maior e o caso fortuito como excludentes, ou não, da obrigação do fornecedor de indenizar os danos causados. Depois de analisadas as correntes divergentes, concluiu-se ser possível a invocação destes argumentos, o caso fortuito e a força maior tenham ocorrido depois que o produto foi colocado em circulação. Caso estes fatos extraordinários tenham ocorrido durante a fase de produção, esta alegação não poderia aproveitar ao fornecedor.

No tocante à responsabilidade imputada ao poluidor, não há dúvida, desde o início da década de 1980, quanto a responsabilidade objetiva de indenizar os danos ambientais. O art. 14 da lei 6.938/81 utiliza esta espécie de responsabilidade, fazendo uso da típica expressão “independentemente da existência de culpa.” Esta obrigação decorre da importância do patrimônio

ambiental para o ser humano. Especialmente nesta seara do Direito, a tutela inibitória possui papel fundamental, vez que muito freqüentemente o dano ambiental não pode ser reparado, sendo muito mais efetiva a tutela preventiva, evitando-se assim até mesmo a ocorrência do dano.

Por fim, no tocante à responsabilidade pelo dano nuclear, concluiu-se que o Brasil adotou a teoria do risco-integral, até mesmo seguindo a orientação prevista na Convenção Internacional de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares, de 1963. Este posicionamento foi adotado pelo Brasil por meio da Lei 6.453/77 e posteriormente ratificado pelo Decreto 911/93, que ratificou a Convenção Internacional de Viena de 1963.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade**. São Paulo: Atlas, 2007.

AGUIAR JR., Ruy Rosado (Org.). **I Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2003.

_____. **III Jornada de Direito Civil**. *In*: http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf. Acessado em 16 de fevereiro de 2008.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALCÂNTARA, Fábio Bonomo de. **Tutela de urgência ambiental na ação civil pública**. Leme: JH Mizuno, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 11 ed., Niterói: Impetus, 2006.

ALONSO, Javier Prada. **Protección del consumidor y responsabilidad civil**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, ediciones jurídicas e sociales S/A, 1998.

ALPA, Guido e BESSONE, Mario. **La responsabilità del produttore**. 4 ed., Milão: Giuffrè, 1999.

_____. **La responsabilità civile**. 3 ed., Milão: Giuffrè, 2001.

_____. **Atipicità dell'illecito (parte prima: i profili dottrinali)**. 2 ed., Milão: Giuffrè, 1980.

ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria general de la responsabilidad civil**. 9 ed, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

_____. **Responsabilidad civil y otros estudios**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, v. 3.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1972.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ANZORENA, Arturo Acuña. **Fundamento de la responsabilidad del comitente por el hecho del subordinado y condiciones de ejercicio de la misma**. In: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. La Plata: editora platense, 1963

ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. **A categoria acautelatória da responsabilidade ambiental**. *Revista de Direito Ambiental*, v. 42, 2006, pp. 25-68.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

BACH, Louis. **Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civil en droit français**. *Revue trimestrielle de droit civil*, v. 75, 1977.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Revista de Direito Ambiental. v. 9, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM e Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74, aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BIANCA, Cesare Massimo. **Superveniencia de la teoría de la culpa**. In: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*: homenaje al professor doctor Atilio Aníbal Alterini. BUERES, Alberto José e CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Directores). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil nas atividades nucleares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BOULOS, Daniel Martins. **Abuso de direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

CAMPION, L.. **Theorie de l'abus des droits**. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1925.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

CARPENA, Heloísa. **O abuso do Direito no Código de 2002**: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. *In: A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CARVALHO, Délton Winter. **Dano ambiental futuro**: a responsabilidade civil pelo risco ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, v. 45, 2007, pp. 62-91.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. **Doutrina e prática das obrigações**. 4 ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito**: Geral e Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio e DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentário ao novo Código Civil, volume XIII**: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

COELHO, Francisco Amaral Pereira. **O problema da causa virtual na responsabilidade civil**. Almedina: Coimbra, 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. 4.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. I e II.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – 1**. Teoria Geral do Direito civil. 24 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, V. 1.

DOMÍNGUEZ, Ignacio Gallego. **Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales**. Barcelona: Jose Maria Bosch editor, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENWALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 5 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANZONI, Massimo. **La actividad peligrosa**. *In: Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al professor doctor Atilio Aníbal Alterini*. BUERES, Alberto José e CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Directores). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3.

GHERSI, Carlos A. **Teoria general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 1997.

GIORDANI, José Acir Lessa. **A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002**. Tese de livre docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Responsabilidade Civil na pós-modernidade**: influência da solidariedade e da cooperação. *Revista de Direito Privado*, v. 23, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

_____. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo de Brito; WATANABE,

Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. **Tendências contemporâneas da responsabilidade civil em face do dano ambiental**. *In: Direito e Responsabilidade*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. **La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y prospectiva**. 2 ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot,

_____. **Los presupuestos de la responsabilidad civil: situación actual**. *In: Responsabilidad por daños: homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. BUERES, Alberto J. (Director). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HONORÉ, Tony. **Responsability and fault**. Oxford-Portland: Hart Publishing, 1999.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Introducción a la responsabilidad civil: las tres concepciones**. *In: Responsabilidad por daños: homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. BUERES, Alberto J. (Director). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, Aída Kemelmajer; GHERSI, Carlos A.; STIGLITZ, Gabriel A.; PARELLADA, Carlos; ECHEVESTI, Carlos A. **Responsabilidad Civil**. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Revista Forense, 1941 (junho), pp. 548-559.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa dos consumidores em juízo. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2006.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **A Objetivação da Teoria da Responsabilidade Civil e seus Reflexos nos Danos Ambientais ou no uso Anti-Social da Propriedade**. Revista de Direito Ambiental, v. 6, 1997.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

_____. **Responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes. **Código Civil anotado**. 4 ed., Coimbra: Coimbra, 1987.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1.

LOUBET, Luciano Furtado. **Delineamento do dano ambiental**: o mito do dano por ato lícito. *Revista de Direito Ambiental*, v. 40, pp. 124-147.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, v. 4.

_____. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965, v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTIN-GRANIZO, Mariano Fernandez. **Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español**. Pamplona: Editorial Arazandi, 1972.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o acto ilícito**. Rio de Janeiro: Renato Americano, 1935.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé. In: <http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/Costajudith.pdf>. Acessado em 09 de Janeiro de 2008.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. **Traité Theorique e Pratique de la Responsabiie Civile Délictuelle et Contractuelle**. 4 ed., Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1947.

MAZZEI, Rodrigo. **Abuso de direito**: contradição entre o § 2º do art. 1.228 e o art. 187 do Código Civil. *In: Introdução crítica ao Código Civil*. BARROSO, Lucas Abreu (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano**. *Revista de Direito Ambiental*, v. 32, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Responsabilidade Civil da Administração Pública**. *Revista de Direito Privado*, v. 1, 2000.

_____. **Responsabilidade Civil e Meio Ambiente.** Revista do Advogado (AASP), vol.37, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante.** 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado.** Revista de Direito Privado, v. 17, 2004, pp. 65-70.

_____. **Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção)** – uma análise histórica e cultural. Tese de livre docência, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil.** Revista dos Tribunais, v. 761, 1999, pp. 31-44.

_____. **Direito das obrigações:** fundamento do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Privado:** Introdução ao Direito Civil; Teoria Geral de Direito Civil. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONZANELLI, Giulio. **La responsabilit  civile**. Bologna: Il Mulino, 1992.

PORTO, Mário Moacyr. **O caso da culpa como fundamento da responsabilidade civil**. Revista dos Tribunais, v. 617, 1987, pp. 20-24.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto do Código Civil**. In: <http://www.miguelreale.com.br>. Acessado em 04 de fevereiro de 2008.

_____. **Espírito da nova lei civil**. In: <http://www.miguelreale.com.br>. Acessado em 04 de fevereiro de 2008.

RESCIGNO, Pietro. **Trattato di Diritto Privato: obbligazioni e contratti**. 2 ed., Torino: UTET, 1991, v. 14.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obriga es civis**. 2 ed., Traduzido por Osório de Oliveira, Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUEIRO, Daniela. **A responsabilidade objetiva pura em face da integral repara o do dano ambiental como pressuposto da dignidade da pessoa humana**. In: *Direito e Responsabilidade*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental: parte geral**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, S lvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 28 ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHWARTZ, Gary T. **Rylands v Fletcher, negligence and strict liability**. *In: The law of obligations: essays in celebration of John Fleming*. CANE, Peter e STAPLETON, Jane (Coord.). Oxford: Clarendon press, 1998.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos**. 8 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1976.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, Wilson de Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1974.

STAPLETON, Jane. **Duty of care factors: a selection from the judicial menus**. *In: The law of obligations: essays in celebration of John Fleming*.

CANE, Peter e STAPLETON, Jane (Coord.). Oxford: Clarendon press, 1998.

STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée.** Paris : L. Rodstein, 1947.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Considerações sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente.** Revista de Direito Ambiental, v. 32, 2003, pp. 83-103.

SUGARMAN, Stephen D.. **The smoking war and the role of tort.** In: *The law of obligations: essays in celebration of John Fleming.* CANE, Peter e STAPLETON, Jane (Coord.). Oxford: Clarendon press, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil.** In: *Temas de Direito Civil.* 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e Responsabilità Oggettiva.** Milão: Giuffrè, 1961.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral.** 10 ed., Coimbra : Almedina, 2005.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de Droit Civil: les conditions de la responsabilité.** 2 ed., Paris: LGDJ, 1998.

WAINER, Ann Helen. **Legislação ambiental brasileira**: subsídios para a história do direito ambiental. 2 ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. 3 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)