

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS

O DANO REPARÁVEL NA TRADIÇÃO CONTINENTAL: UMA ANÁLISE  
COMPARADA DOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL ALEMÃO E  
BRASILEIRO

CURITIBA

2014

ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS

O DANO REPARÁVEL NA TRADIÇÃO CONTINENTAL: UMA ANÁLISE  
COMPARADA DOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL ALEMÃO E  
BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do grau de bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito, Setor de Ciências  
Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA

2014

# TERMO DE APROVAÇÃO

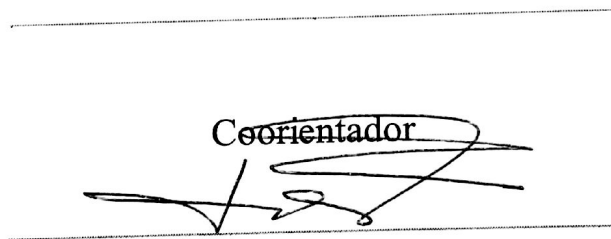
ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS

## **O dano reparável na tradição continental: uma análise comparada dos sistemas de responsabilidade civil alemão e brasileiro**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



*EROULTHS CORTIANO JUNIOR*  
Orientador



*LUIZ EDSON FACHIN*  
Primeiro Membro



*GLENDIA GONÇALVES GONDIM -*  
*Direito Civil e Processual Civil*  
Segundo Membro

## AGRADECIMENTOS

Ao professor Eroulths Cortiano Junior, pela valiosa orientação, pelas lições de Direito Civil e pelas oportunidades que me foram dadas ao longo da graduação.

À Faculdade de Direito da UFPR, especialmente nas pessoas dos professores Ana Carla Harmatiuk Matos, Carlos Joaquim de Oliveira Franco, Clayton Maranhão, Daniel Wunder Hachem, Eduardo de Oliveira Leite, Eroulths Cortiano Junior, Luiz Edson Fachin, Marcos Wachowicz, Ricardo Marcelo Fonseca, Rodrigo Luis Kanayama, Rodrigo Xavier Leonardo, Rui Carlo Dissenha, Sergio Cruz Arenhart e Vera Karam de Chueiri, por pavimentar o caminho conducente a uma sólida formação acadêmica e profissional.

Aos professores Alan Madry, Ignaz Stegmiller, Marietta Auer, Steven M Barkan, Thilo Marauhn e Tonya Britto, pela fantástica vivência que propiciaram ao longo da *5th US – German Summerschool in Comparative and International Law*.

A meus pais, Luiz Pereira Ramos e Lúcia Regina Arnt Ramos, e avós, Mario Braga Ramos, Inah Pereira Ramos, Ivo Carlos Arnt e Regina Maura Gasparetto Arnt, pelo inofuscável exemplo de vida, de excelência profissional e acadêmica, bem como pelo incondicionado afeto. A meus irmãos, Carlos Eduardo Arnt Ramos e Inara Regina Arnt Ramos, por tudo que representam.

Aos amigos, sobretudo aos que sobreviveram a cinco longos anos de política acadêmica. Ao Partido Democrático Universitário, que tive a honra de presidir.

À Gabriela Silva Almeida, em homenagem a seu amor e alegria de viver.

*Tu ne cede malis, sed contra audentior ito.*

Virgilio.

## RESUMO

A fluidificação das fronteiras nacionais, a massificação das relações interpessoais, a valorização, pelos ordenamentos jurídicos em geral, de interesses até então solenemente ignorados e o crescente paternalismo que marca as sociedades contemporâneas põem em xeque o estudo e a dinâmica tradicional da responsabilidade civil. Seus vetustos pressupostos ou filtros ruem diante do fenômeno da expansão quantitativa e qualitativa das demandas reparatórias, há muito represadas. A culpa, outrora protagonista da responsabilidade civil, hoje desempenha papel coadjuvante – não raro, de figurante. O nexos de causalidade, diluído em inúmeras teorias explicativas, não logrou êxito em preencher os espaços que o ocaso da culpa deixou. Resta, portanto, como última fronteira do juízo de reparação, o dano indenizável, que não vem recebendo a devida atenção por parte da comunidade jurídica brasileira. Este estudo pretende, de maneira muito singela e a partir do poderoso instrumental disponibilizado pela ciência do direito comparado, especialmente a partir do consagrado *problem-solving approach*, cotejar os critérios de seleção e definição dos danos reparáveis nos sistemas de responsabilidade civil alemão e brasileiro, que, malgrado integrantes de uma mesma família jurídica, opõem-se quanto à estrutura normativa de seleção dos interesses merecedores de tutela.

Palavras-chave: responsabilidade civil; direito comparado; dano indenizável; dano injusto; interesse merecedor de tutela.

## ABSTRACT

The contemporary drop of national borders, along with the massification of interpersonal relationships, the recognition of certain heretofore solemnly ignored personal interests and the ever-growing paternalism that characterizes most present-day societies have called the traditional dynamics and the method usually employed in the study of civil liability into question. Its historical conditions or filters crumble before the quantitative and qualitative expansion of long repressed damage claims. Fault, formerly one of the protagonists of civil liability, nowadays plays a secondary role – if not a passive one. Causation, on the other hand, has been diluted in several explanatory theories and has proven itself insufficient in filling the spaces left by the decline of the latter. Although stretched and not adequately treated by Brazilian legal scholarship, compensable injury is the final frontier of civil liability in the Civil Law tradition. The present study aims at contrasting through the powerful research tools offered by the Science of legal comparison – notably, through the well-known problem-solving approach – the criteria adopted by German and Brazilian legal systems, which, although integrating the same legal family, are radically different in terms of legal framing and selection of interests that should *a priori* deserve judicial protection.

Key words: civil liability; comparative law; damage compensation; unjust damage; legal privileged interest.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ag – Agravo

AgRg – Agravo Regimental

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*

BGH – *Bundesgerichtshof*

BGHZ – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*

CC – Código Civil Brasileiro

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

GG – *Grundgesetz*

MDR – *Monatsschrift für deutsches Recht*

NJW – *Neue Juristische Wochenschrift*

OLG – *Oberlandesgericht*

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RG – *Reichsgericht*

SA – Sociedade Anônima

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



## SUMÁRIO

<b>ADVERTÊNCIA METODOLÓGICA FUNDAMENTAL: A COMPARAÇÃO JURÍDICA ENQUANTO CIÊNCIA E INSTRUMENTAL DE ESTUDO CRÍTICO DO DIREITO</b> .....	9
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>2 OS CONTORNOS DO OBJETO DE ESTUDO: O QUE É RESPONSABILIDADE CIVIL?</b> .....	16
2.1 O sustentáculo filosófico do instituto da responsabilidade civil no direito contemporâneo de matriz romano-germânica ocidental em perspectiva.....	17
2.2 A divisão entre parte geral e parte especial.....	20
2.3 As críticas e a noção de relação jurídica fundamental.....	22
2.4 O sistema codificado de responsabilidade civil .....	25
<b>3 PRESSUPOSTOS OU FILTROS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	27
3.1 O definir da culpa .....	28
3.2 A maleabilidade da relação causal .....	32
3.3 O dano hipertrofiado.....	40
<b>4 O DANO REPARÁVEL NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL ALEMÃO</b> .....	44
4.1 Considerações preliminares .....	44
4.2 Os danos reparáveis no sistema de responsabilidade civil entabulado pelo BGB .....	46
<b>5 O DANO REPARÁVEL NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRO</b> .....	56
5.1 Considerações preliminares .....	56
5.2 Os danos reparáveis no sistema de responsabilidade civil entabulado pelo Código Civil de 2002.....	59
<b>6 APONTAMENTOS CONCLUSIVOS: A DIFERENÇA ESTRUTURAL DOS SISTEMAS ANALISADOS E SUA APROXIMAÇÃO FUNCIONAL</b> .....	67
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	70

## ADVERTÊNCIA METODOLÓGICA FUNDAMENTAL: A COMPARAÇÃO JURÍDICA ENQUANTO CIÊNCIA E INSTRUMENTAL DE ESTUDO CRÍTICO DO DIREITO

De todos os setores do ordenamento jurídico, a responsabilidade civil é o mais sensível às contingências da vida em sociedade<sup>1</sup>. Hoje, para além da fluidez e da fugacidade que marcam a era informacional, o direito e as carreiras jurídicas estão, cada vez mais, internacionalizados. Destarte, ao jurista (especialmente o jurista em formação) impôs-se o desafio de, para fins práticos ou acadêmicos, estudar e compreender as particularidades dos mais variados sistemas de direito.

A comparação jurídica, neste cenário, aparece como poderoso instrumental posto à disposição daqueles que se debruçam sobre o direito nacional e estrangeiro, para fins de compreensão e crítica tanto deste quanto daquele<sup>2</sup>. Isso, claramente, sem prejuízo de sua empregabilidade para análise de propostas de comparação jurídica ou para aprimoramento de técnicas legislativas<sup>3</sup>. Isso porque, nas sintéticas palavras de EHRMANN:

“Apenas a análise de variadas experiências jurídicas permite conhecer o que é meramente acidental e não necessário; o que é permanente e não mutável nas normas e entes jurídicos e o que caracteriza as crenças subjacentes a ambos. Uma única experiência jurídica considera suficiente e verdadeiro seu substrato ético [e a ele se limita]”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Humor, liberdade de expressão e responsabilidade*. Palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Civil, Curitiba-PR, em 11 de junho de 2013.

<sup>2</sup> SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de: Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 25-28.

<sup>3</sup> Para uma explanação cuidadosa do direito comparado sob o aspecto funcional, ver: SGARBOSA, Luís Fernando; e JENSEN, Geziela. *Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, pp.11-82.

<sup>4</sup> Tradução livre. No original: “*only the analysis of a variety of legal cultures will recognise what is accidental rather than necessary, what is permanent rather than changeable in legal norms and legal agencies, and what characterises the beliefs underlying both. The law of a single culture will take for granted the ethical theory on which it is grounded*” (EHRMANN, Henry Walter. *Comparative legal cultures*. Apud: CRUZ, Peter de. *Comparative law in a changing world*. 2ª Ed. Londres: Cavendish Publishing, 1999, p.10).

Ocorre que o direito comparado, em vista de seu caráter científico e rigor metodológico, não pode ser empregado de qualquer maneira. Tampouco deve ter seu escopo limitado à introdução de trabalhos científicos ou a pretensas mostras de erudição, como uma espécie de nariz de cera. A comparação jurídica, enquanto *ciência empírica do direito*<sup>5</sup>, pressupõe rigor metodológico (ainda que inexista um método unívoco para a comparação) e cuidado com análises perfunctórias. Por isso, cumpre indicar, ainda que singelamente, a metodologia empregada neste trabalho, a fim de esclarecer *como se faz*, que é, no conhecido dizer de FACHIN, “tão importante quanto o *que se faz*”<sup>6</sup>.

O trabalho se desenvolve a partir de análise *micro*, segundo o *problem-solving approach*. Ou seja: dentre institutos comparáveis, que, por guardarem entre si identidade quanto a seu perfil funcional (além, evidentemente, de proximidades relativas aos perfis conceitual e estrutural), servem a finalidades idênticas ou muito próximas<sup>7</sup>. Isto é: prestam-se a solucionar problemas factuais coincidentes ou aparentados<sup>8</sup>. É o que explica ÖRÜCÜ:

“Ao nível da micro comparação, é voz corrente o argumento de que a verdadeira base do direito comparado seria a equivalência funcional. O funcionalismo, nessa seara, expressa-se em duas principais correntes: o ‘método funcionalista’, uma das ferramentas de trabalho mais conhecidas no direito comparado, e ‘funcionalismo’, no sentido de que o direito responde às necessidades humanas e, portanto, todas as regras e instituições compartilham a finalidade de responder a essas necessidades. A abordagem funcional-institucional responde à pergunta ‘Qual é a instituição no sistema B executa uma função equivalente ao em estudo no sistema de A?’. A partir da resposta a essa indagação, surge a dúvida quanto à equivalência funcional. Comparatistas, então, procuram por institutos ou instituições que desempenham a mesma função. Isto é: que tenham comparabilidade funcional, por resolverem, de maneira idêntica, o mesmo problema, ou por conduzirem a soluções semelhantes. Essa proposta metodológica pode levar à justaposição funcional de soluções comparáveis.

O *problem-solving approach* – a outra face da mesma moeda – faz a seguinte pergunta: ‘Como é que um problema social ou jurídico específico encontra soluções nas sociedades A e B?’; isto é, ‘Como o direito lida com esse problema?’ Essa proposta, analogamente à abordagem funcionalista, parte da assunção de que problemas

<sup>5</sup> SGARBOSA, Luís Fernando; e JENSEN, Geziela. *Elementos de direito comparado...*, p.28.

<sup>6</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Função social da posse e da propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p.9.

<sup>7</sup> ÖRÜCÜ, A. Esin. Methodology of comparative law. In: SMITS, Jan M. (Org). *Elgar encyclopedia of comparative law*. Northampton: E. Elgar, 2006, p.443.

<sup>8</sup> KÖTZ, Hein; e ZWEIGERT, Konrad. *Introduction to comparative law*.v.1. Tradução de: Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1987, p.34.

semelhantes têm soluções semelhantes em diferentes sistemas jurídicos, embora as vias conducentes a tais soluções possam diferir entre si”<sup>9</sup>.

Em atenção à praxe juscomparatista, a pesquisa foi desenvolvida por intermédio de contrastes legislativos, doutrinários e jurisprudenciais verificados a partir da comparação entre o modelo codificado de responsabilidade civil do contemporâneo direito brasileiro e seu correspondente no direito alemão, sem prejuízo de pontuais alusões a outros sistemas de direito.

Nesta toada, o presente trabalho se propõe a traçar um panorama geral do desenvolvimento recente da responsabilidade civil e, posteriormente, a analisar, sob a ótica do direito comparado, as características das experiências alemã e brasileira (presente e pretérita) acerca da matéria, especialmente quanto à seletividade dos interesses mercedores de tutela. Para tanto, cinde-se o texto em cinco seções.

A Seção 1 traça breve introdução à temática explorada nas subsequentes. A Seção 2 intenta estabelecer uma definição de responsabilidade civil, à luz da teoria da relação jurídica. A Seção 3 examina a flexibilização dos filtros tradicionais da reparação: a culpa e o nexo de causalidade, para, então, adentrar a problemática atinente ao dano. A Seção 4, por sua vez, debruça-se sobre as respostas que a codificação civil tedesca oferece à problemática inerente à identificação do dano reparável<sup>10</sup>, enquanto

---

<sup>9</sup> Tradução livre. No original: “At the level of micro comparison, it has been widely argued that the true basis of comparative law is ‘functional equivalence’. Two distinct currents of functionalism are on offer: the ‘functionalist method’, one of the best-known working tools in comparative law, and ‘functionalism’ in the sense that law responds to human needs and therefore all rules and institutions have the purpose of answering these needs. The functional–institutional approach answers the question ‘Which institution in system B performs an equivalent function to the one under survey in system A?’ From the answer to this question the concept of ‘functional equivalence’ emerges. Comparative lawyers seek out institutions having the same role, i.e., having ‘functional comparability’, or solving the same problem, ‘similarity of solutions’. What is undertaken here can also be the ‘functional juxtaposition’ of comparable solutions. The problem-solving approach – the other side of the same coin – asks the question, ‘How is a specific social or legal problem, encountered both in society A and society B, resolved?’; i.e., ‘Which legal or other institutions cope with this problem?’ This approach, similar to the ‘functionalist’ approach, springs from the belief that similar problems have similar solutions across legal systems, though reached by different routes.” (ÖRÜCÜ, A. Esin. *Methodology of comparative law...*, p.443).

<sup>1010</sup> Sabe-se que reparação e ressarcimento, malgrado compartilhem as mesmas funções (ou caracteres aflitivo e satisfativo, no dizer de CAHALI), são ontologicamente diversos: “o ressarcimento resolve-se no sacrifício de um interesse diferente do interesse sacrificado pelo pela inobservância do preceito, mas a ele equivalente; a reparação, no sacrifício de um interesse compensativo desse mesmo interesse” (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.34). Nada obstante, opta-se pelo emprego indistinto dessas expressões, dada a sua irrelevância para o estudo do dano injusto, que é lógica e cronologicamente anterior à reparação ou ao ressarcimento.

última barragem à proliferação de novas demandas, à luz de orientações jurisprudenciais e opiniões difundidas na literatura especializada. A Seção 5 analisa o sistema de responsabilidade civil consagrado pelo Código Civil brasileiro, bem como os principais entendimentos defendidos por autores tradicionais e de vanguarda, bem como as orientações jurisprudenciais que pretendem nortear a seleção dos interesses merecedores de tutela. A derradeira Seção 6, enfim, retoma o instrumental de direito comparado e expõe, a partir do contraste entre os sistemas analisados, apontamentos conclusivos.

## 1 INTRODUÇÃO

Procrusto, que se tornou célebre figura da mitologia clássica por ter enfrentado Teseu, era um dos muitos malfeitores que obstavam o prosseguir de andarilhos pelas estradas gregas que ligavam Atenas a Elêusis. Era-lhe habitual atar os viajantes que lhe caíam nas mãos a um leito de ferro, a cujas dimensões seus corpos eram forçosamente adaptados: “se eram menores que o leito, ele lhes espichava as pernas, e se fossem maiores, cortava a parte que sobrava”<sup>11</sup>.

Assim era, também, a disciplina da responsabilidade civil no Código Civil Brasileiro de 1916, no qual havia, apenas, uma disposição compreensiva a todas as hipóteses de atos ensejadores de responsabilização, entabulada no artigo 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”, ladeada por disposições regulamentares que limitavam a margem de atuação do aplicador do Direito: “O sistema do Código Civil brasileiro [de 1916] consiste numa composição de regras contidas numa ‘cláusula geral’ (...) e as disposições específicas a propósito dos atos ilícitos (arts. 1.518 e ss. do CC)”<sup>12</sup>.

O *modus operandi* da disciplina legal da responsabilidade civil na antiga codificação privada, a exemplo da normatividade francesa que lhe inspirou, não suscitava, *a priori*, grandes dificuldades. O texto normativo pretendia oferecer uma solução universal, de maneira genuinamente procrustea, consolidando o princípio moral de que o sujeito que lesa, culposamente, a esfera de direitos de outrem, deve reparar, tanto quanto possível, o prejuízo<sup>13</sup>, ainda que existissem disposições específicas acerca de determinados danos.

Este modelo singelo, contudo, revelou-se inapto a oferecer as soluções demandadas pela explosão desenvolvimentista vivenciada pela sociedade

---

<sup>11</sup> BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da mitologia: histórias de deuses e heróis*. 34ª Ed. Tradução de David Jardim. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006, pp.153-154.

<sup>12</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.220.

<sup>13</sup> ATIYAH, Patrick Selim. *The damages lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997, p.4.

mundial nos séculos XIX e XX. Diante disso, a jurisprudência<sup>14</sup> e o legislador esparso, atentos às novas situações carentes de tutela jurídica, flexibilizaram os outrora quase intransponíveis limites<sup>15</sup> do mencionado dispositivo legal. Passou-se, então, a admitir novas espécies de responsabilidade, menos rígidas quanto aos requisitos justificadores de um juízo de responsabilidade, especialmente no que diz respeito à conduta culposa do autor do dano<sup>16</sup>.

Posteriormente, com a Constituição Federal de 1988 e com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), sem embargo de outros diplomas legais, a exemplo da Lei 6.938/1981, que consagra a responsabilidade objetiva do poluidor por danos ambientais, abriram-se “novos caminhos (...) à adoção de uma responsabilidade que, dispensando a culpa, se mostrasse fortemente comprometida com a reparação dos danos em uma perspectiva marcada pela solidariedade social”<sup>17</sup>, aos quais seguiu o Código Civil de 2002, que “consolidou corajosamente a orientação constitucional no campo da responsabilidade civil”<sup>18</sup>. Assim, tem-se 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”<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> “Primeiramente, os tribunais começaram a admitir maior facilidade na prova da culpa, evoluindo-se, em seguida, para a admissão da culpa presumida (...). Posteriormente, houve a ampliação da esfera de regência da responsabilidade civil contratual, até que se chegou, em alguns casos, à responsabilidade sem culpa”. (PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Atlas, 2007, p.13).

<sup>15</sup> Apesar da marcante ênfase na culpa, o Código de 1916 admitia hipótese de responsabilidade sem culpa, em seu artigo 1519 (“Se o dono da coisa, no caso do art. 160, nº II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direto à indenização do prejuízo que sofreu”). Contudo, o fenômeno da objetivação da responsabilidade civil só viria a se consolidar com a proliferação doutrinária da teoria do risco e, sobretudo, com a recepção, pelo legislador brasileiro, das modalidades de responsabilidade objetiva reconhecidas por ordenamentos estrangeiros.

<sup>16</sup> Veja-se, por exemplo, o artigo 256, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/ 1986): “o transportador responde pelo dano decorrente: I - de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque; II - de atraso do transporte aéreo contratado. § 1º O transportador não será responsável: a) no caso do item I, se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro, ou se o acidente decorrer de sua culpa exclusiva; b) no caso do item II, se ocorrer motivo de força maior ou comprovada determinação da autoridade aeronáutica, que será responsabilizada”.

<sup>17</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.20.

<sup>18</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.21.

<sup>19</sup> REALE, Miguel e MARTINS-COSTA, Judith (Coords.). *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.208.

Esta consagração da responsabilidade civil objetiva, aliada ao pleno reconhecimento da reparabilidade dos danos existenciais, gerou uma verdadeira enxurrada de pretensões indenizatórias que atingiu, sorrateiramente, o Poder Judiciário, revelando, a um só tempo, a insuficiência da tutela jurisdicional oferecida pelo Estado e a falta de critérios aptos a selecionar os danos aprioristicamente ressarcíveis.

Este fenômeno, logicamente, não se deve, apenas, ao abandono da simplória solução pretensamente universal do revogado Código de 1916. Pelo contrário: a nova normatividade apenas desobstruiu a passagem de demandas latentes há muito represadas. A raiz mesma da expansão de pretensões de reparação de danos repousa, simultaneamente, na hipercomplexidade das sociedades contemporâneas e na cultura da vitimização, própria de sociedades paternalistas<sup>20</sup>. Assim, a crescente simpatia dos operadores do Direito – e da sociedade em geral – para com as vítimas de danos e a crença na necessidade de se amparar o lesado, independentemente das circunstâncias conformadoras do prejuízo, fomentam a escalada mundial das demandas de reparação.

Diferentes experiências jurídicas, logicamente, vivenciam o problema em circunstâncias diversas e, conseqüentemente, o enfrentam de maneiras distintas. Assim, exsurtem inúmeras propostas de solução, desde a tipificação dos danos ressarcíveis até o estabelecimento de um sistema de responsabilidade civil aberto, pautado em cláusulas gerais e critérios flexíveis. Na tradição romano-germânica, estes extremos são bem representados, respectivamente, pelas experiências alemã<sup>21</sup> e brasileira, esmiuçadas, quanto à seleção dos danos reparáveis, nas seções 3 e 4.

---

<sup>20</sup> Em tradução livre, diz Patrick S. Atiyah: “Um quarto fator [que levou à situação hoje mundialmente vivenciada pelos sistemas nacionais de responsabilidade civil] é o crescimento do paternalismo e da cultura da vitimização, os quais, entre outras coisas, nos impeliu a transferir, a terceiros, a culpa por atos lesivos de nossa responsabilidade”. No original: “*A fourth factor is the growth of paternalism and the blame culture, which among other things has led many of us to attribute blame for injuries and accidents and losses to others, when we ourselves are perhaps responsible for what has happened*”. (ATIYAH, Patrick Selim. *The damages lottery...*, pp.158-159).

<sup>21</sup> Donde adveio a tímida regulamentação de determinados ilícitos percebida na antiga codificação privada brasileira.



## 2 OS CONTORNOS DO OBJETO DE ESTUDO: O QUE É RESPONSABILIDADE CIVIL?

A responsabilidade civil, de todos os institutos de direito privado, é, sem dúvida, o que mais cresce em complexidade e, pois, o que melhor retrata o momento pelo qual passam as sociedades contemporâneas. Daí dizer-se que, apesar de outrora relegada às margens do Direito, a responsabilidade civil se tornou, repentinamente, matéria de grande relevância, chamando para si os holofotes que antes iluminavam outros institutos<sup>22</sup>. Neste exato sentido, diz JOSSERAND: “a responsabilidade se tem elevado ao primeiro plano da atualidade judiciária e doutrinária; é a grande sentinela do direito civil mundial; é a primeira entre todas”<sup>23</sup>.

Nada obstante esta notável relevância que cerca a responsabilidade civil e seus efeitos, pouco se fala a respeito do conteúdo deste instituto, que é fundamental à consecução e manutenção da ordem social<sup>24</sup>. É certo que o apego a conceitos e definições precisas não marca a contemporaneidade, mas isso não quer dizer que uma convincente definição de responsabilidade civil seja dispensável. Pelo contrário: é a partir da definição deste instituto que seus efeitos, limites e possibilidades se esclarecem.

Destarte, mister se faz buscar, nos modelos característicos da tradição romano-germânica ocidental, elementos aptos a conformar tal definição.

---

<sup>22</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance*. Curitiba, 2010. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p.4.

<sup>23</sup> JOSSERAND, Louis. Evolução histórica da responsabilidade civil. *Revista forense*. Rio de Janeiro: Forense. v. 8, n. 454, 1941, p.548.

<sup>24</sup> “(...) a noção de responsabilidade se encontra intimamente ligada ao conceito de ordem social”. Tradução livre. No original: “(...) *la noción de responsabilidad se encuentra íntimamente ligada al concepto de orden social*” (CHAVEZ, César. Responsabilidad del Estado. El deber de Reparación del Estado en la Delegación Transestructural de Cometidos. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración. n. 223, ano 19, 1997, p.9).

## 2.1 O SUSTENTÁCULO FILOSÓFICO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO DE MATRIZ ROMANO-GERMÂNICA OCIDENTAL EM PERSPECTIVA

Sabe-se que, com o refinamento das relações sociais propiciado pela primazia do comércio emergente sobre os laços de interdependência, característicos da sociedade feudal, fez-se necessária a estruturação de uma nova ordem jurídica, que assegurasse certo grau de certeza quanto às regras do jogo, estabelecidas a partir de um poder central<sup>25</sup>. É que o pluralismo jurídico, expresso pelos corporativismo e integralismo religiosos medievais<sup>26</sup>, já não mais dava conta dos anseios da nascente sociedade fundada na troca. Abandonou-se, então, paulatinamente, a dubiedade inerente a este pluralismo, em prol dos “juízos lógicos com pretensão a verdades científicas absolutas”<sup>27</sup>.

Numa apertada e, a bem da verdade, grosseira síntese<sup>28</sup>, formularam-se, neste cenário, as doutrinas jurídicas renascentistas, que “procuram explicar o mundo humano tão-somente segundo exigências humanas”<sup>29</sup>, a partir das quais se desenvolveu o pensar contratualista – já que “*é da autonomia do indivíduo que vai resultar a lei*”<sup>30</sup> –, donde adveio, grosso modo, a construção do Estado Absoluto, que consolida o monismo jurídico exigido pela nova dinâmica social, buscando, no livre e racional exercício da ação humana, a legitimidade de que dependem os mandos e desmandos produzidos pela vontade do Soberano. O Direito, então, divorcia-se da moral e da justiça concreta, para se aproximar da certeza e da justiça abstrata. Torna-se, pois, instrumento de concretização dos interesses do indivíduo moderno<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp.22 e 60.

<sup>26</sup> GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Tradução de: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.42.

<sup>27</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª Ed., revista. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.98.

<sup>28</sup> Aspectos históricos e jusfilosóficos respeitantes ao embasamento teórico dos sistemas codificados de responsabilidade civil, apesar de dignos de nota, escapam dos propósitos deste escrito. Permita-se, assim, remeter a: HESPANHA, Antonio Manuel. *Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX*. Separata de: Vértice, n. 340. Coimbra: Atlântida Editora, 1972.

<sup>29</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª Ed, 8ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p.644.

<sup>30</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito...*, p.646.

<sup>31</sup> VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.720.

Até aqui, o fenômeno jurídico revela-se dotado de generalidade, mas ainda passa ao largo da universalidade<sup>32</sup>, que veio a se consolidar, definitivamente, com a Ilustração, especialmente através da epistemologia de KANT. Este notável pensador subsidiou o apaziguamento da secular querela entre racionalistas e empiristas, ao revelar que “a única metafísica que faz jus à racionalidade humana deve ser, simultaneamente, empirista e racionalista”<sup>33</sup>. O eixo central da gnosiologia kantiana consiste na assunção de que determinados princípios fundamentais das ciências podem ser estabelecidos *a priori*, a partir das *formas do conhecimento humano*<sup>34</sup>, “recipientes vazios que a experiência vai preenchendo com conteúdos concretos”<sup>35</sup>. A natureza – *materialiter spectata* – ou “o conjunto total dos fenômenos”<sup>36</sup> é complexa e caótica. *O sujeito do conhecimento, a partir do sistema de leis a priori da mente – formas do espaço e do tempo*<sup>37</sup> – a sistematiza, organizando-a segundo as formas que condicionam o perceber humano.

Todo conhecimento humano, então, envolve a aplicação dos conceitos à experiência. Desta assertiva, decorre o entendimento de que a percepção humana da realidade não a pode esgotar, porquanto o objeto do conhecimento pode ter dimensões que escapam às formas do conhecimento humano. O *noumeno* – a essência – das coisas é, portanto, inatingível. Pode-se, apenas, chegar ao conhecimento do fenômeno, ou seja, o modo com que as coisas se nos apresentam<sup>38</sup>. “Assim, o que conhecemos não é o real ou a ‘coisa em si’, mas sempre o real em relação ao sujeito do conhecimento”<sup>39</sup>.

---

<sup>32</sup> “Se a razão humana é universal, se qualquer um pode fazer uso de sua razão, então o direito deve ter a forma de princípios claros, evidentes, compreensíveis por qualquer um” (LIMA LOPES, José Reinaldo de; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de história do direito*. 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Método, 2009, p.190).

<sup>33</sup> Tradução livre. No original: “(...) *the only conceivable metaphysics that could commend itself to a reasonable being must be both empiricist and rationalist at once*” (SCRUTON, Roger. *A short history of modern philosophy*. 2ª Ed. Londres: Routledge, 2002, p.139).

<sup>34</sup> SANTOS, Mário Ferreira dos. *Teoria do conhecimento (gnosiologia e criteriologia)*. 3ª Ed. São Paulo: Logos, 1952, p.75.

<sup>35</sup> HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de João Vergílio G. Cutter. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.46.

<sup>36</sup> MERCADANTE, Paulo. *A coerência das incertezas: símbolos e mitos na fenomenologia histórica luso-brasileira*. São Paulo: É realizações, 2001, p.178.

<sup>37</sup> KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Hamburg: Felix Meiner, 1952, p.66-68 e 74-75.

<sup>38</sup> SCRUTON, Roger. *A short history of modern philosophy...*, p.147.

<sup>39</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2001, p.62.

Estas premissas epistemológicas, consagradoras da subjetividade formal universal<sup>40</sup>, foram absorvidas pela pandectística alemã, reconhecidamente responsável pela sistematização do direito alemão a partir da recuperação dos institutos romanos Justinianeus e, decididamente, principal inspiração da vigente codificação civil brasileira, ressalvada, evidentemente, a forte influência que o direito civil francês exerceu e exerce sobre o direito privado brasileiro. Sedimentou-se, a partir dos autores pandectistas, a noção de que “cada problema jurídico deve encontrar uma resposta certa, que irá decorrer de premissas certas, que, no caso, são as proposições que refletem as regras do direito”<sup>41</sup> – e essas premissas são abarcadas pelo próprio sistema, traduzidas em *formas aprioristicamente fixadas pelo ordenamento jurídico*<sup>42</sup>.

Os sistemas codificados inspirados pela Escola das Pandectas, então, delineiam, conceitualmente, as categorias fundamentais a partir das quais operam – fundamentalmente, sujeito de direito, direito subjetivo e negócio jurídico<sup>43</sup>, além de ato ilícito – e atribuem consequências à conformação de cada uma delas no mundo dos fatos. Assim, por exemplo, a conceituação jurídica de ato ilícito, entabulada pelos artigos 186 e 187, do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, sendo 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”. Adiante, na parte especial (artigo 927, da vigente codificação civil), o próprio sistema atribui consequências jurídicas à prática de atos ilícitos danosos: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

---

<sup>40</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica...*, p.61.

<sup>41</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...*, p.66.

<sup>42</sup> Daí a valiosa crítica, introduzida no país pelo Prof. Luiz Edson Fachin, de que “Essa eleição de caminho pelo viés tradicional tem importância, posto que transmite ordem de conceitos destinada a solver, de antemão, os problemas fundamentais, e, desse modo, propõe a criar corações e mentes aptos a compreender o Direito Civil. Porém, essa via pode ser falaciosa. De um lado, porque aprisiona a realidade aos conceitos; de outro, porque reduz o Direito civil às questões de esgrima positivista, de habilidade no decifrar de axiomas e na escolha do que está, previamente, eleito”. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3ª Ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.99).

<sup>43</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade. FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.37.

O operador do direito vê através das lentes do jurídico, aplicando, ao mundo dos fatos, as formas conceituais afixadas pelo ordenamento – de que são exemplos os referidos artigos 186 e 187 do Código Civil –, consolidando, ademais, consequências sintéticas *a priori* – no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, mediante o aludido artigo 927, *caput*. Daí se falar que o Direito se consolida como uma “ciência generalizante, uma ciência das normas e das verdades eternas”<sup>44</sup>.

## 2.2 A DIVISÃO ENTRE PARTE GERAL E PARTE ESPECIAL

“Quando o sistema de Direito Civil se erige, cria um conjunto de categorias congruentes com aquele momento histórico e tende a coloca-las para valerem perpetuamente”<sup>45</sup>. Este conjunto de categorias, que congloba os fundamentos do sistema de Direito Civil, consiste na Parte Geral, que pode ser codificada – tornando-se, assim, a parte geral mais do Código que do Direito Civil – ou não – podendo concretizar-se, tão-somente, como a parte geral do Direito Civil.

A parte geral compreende as formas do pensar jurídico, “os ângulos e parâmetros do sistema” e os “termos adequados às distintas configurações jurídicas”<sup>46</sup>. Conforma-se, portanto, como um centro intelectual do sistema de Direito Civil<sup>47</sup>, donde brotam as soluções abstratamente cominadas a problemas concretos.

A forma legislada, essencialmente rija, parecia ruir diante das críticas embasadas nas alterações da realidade subjacente à codificação<sup>48</sup>. Nada obstante, o próprio sistema parece ter se ductilizado, autoperpetuando-se através de suas aberturas, as cláusulas gerais<sup>49</sup>, que lhe conferem

---

<sup>44</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica...*, p.107.

<sup>45</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil...*, p.67.

<sup>46</sup> REALE, Miguel; e MARTINS-COSTA, Judith (Coords.). *História do novo código civil...*, p.85.

<sup>47</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade...*, p.37.

<sup>48</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil...*, p.67.

<sup>49</sup> Cujá virtude consiste em sua aptidão a, segundo os critérios valorativos encampados por princípios eleitos pelo ordenamento jurídico, gerar “pontos de erupção de equidade”, viabilizando a concreção de uma justiça individualizadora, *in concreto*, ao lado da justiça generalizadora, abstratamente cominada pelo sistema de direito. A inclusão de cláusulas gerais em sistemas predominantemente imóveis representa “*compromisso particularmente feliz entre*

operabilidade. Na vigente codificação civil brasileira, as respostas, malgrado prévias às perguntas, sujeitam-se a mudanças, conforme os condicionantes culturais a que se submete o intérprete. As verdades encampadas pela codificação de 2002, então, não se pretendem eternas, mas conjunturais, adequando as exigências do Direito às da sociedade<sup>50</sup>.

Assim que, no trato sistemático da responsabilidade civil, o Código traz, ao lado do ainda predominante modelo de responsabilidade subjetiva, cláusula de abertura à responsabilidade objetiva, entabulada no parágrafo único do artigo 927: “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”.

Destarte, o jurídico codificado mantém-se como *sistema*, sem prejuízo da maleabilidade que dele exigem as mudanças ocorridas na realidade concreta. A parte geral legislada, ao consolidar as formas *a priori* da racionalidade jurídica, mantém o sistema coeso e operável, malgrado aberto às mutações percebidas pela experiência jurídica<sup>51</sup>.

A contundente crítica de CANARIS se põe como verdadeira, afinal “o conhecimento *a priori* tem sempre, subjacentes, quadros mentais comunicados do exterior”<sup>52</sup>, os quais são preenchidos pela natureza histórico-cultural do direito.

A codificação, abstrata e formal, dialoga com a realidade concreta, complementando-se a partir de cada ruptura determinada pela emergência de

---

os diversos postulados da ideia de Direito (...) e equilibra a ‘polaridade’ deles numa solução ponderada e ‘intermediária’ (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp.141-145).

<sup>50</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito...*, p.314.

<sup>51</sup> “A experiência jurídica, como tudo que surge e se desenvolve no mundo histórico, está sujeita a imprevistas alterações que exigem desde logo a atenção do legislador, mas não no sistema de um código, e sim graças a *leis especiais*, sobretudo quando estão envolvidas tanto questões de direito quanto de ciência médica, engenharia genética, etc.” (REALE, Miguel; e MARTINS-COSTA, Judith. *História do novo código civil...*, p.196). Para além da lição de Reale, tem-se, a toda evidência, que os hiatos codificados são, também, supridos pela atividade criativa da doutrina e da jurisprudência.

<sup>52</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito...*, p.XVI.

novas situações<sup>53</sup>. E é a parte geral que garante a unidade científico-sistemática do ordenamento<sup>54</sup>.

### 2.3 AS CRÍTICAS E A NOÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA FUNDAMENTAL

O modelo codificado – especialmente o cindido entre parte geral e especial – é objeto de críticas de diversas matizes, especialmente quanto a sua estrutura desconexa e heterogênea e quanto a seu teor despersonalizante.

“Zitelmann acusa todo o sistema das Pandectas de se não orientar por um só critério unitário, mas, antes, por dois critérios distintos”<sup>55</sup>, porquanto alguns setores do ordenamento – direitos de família e sucessões – atenderiam a fenômenos da realidade fática, concreta; enquanto outros – direito das obrigações e das coisas – estariam cindidos em categorias jurídicas, afeitas ao mundo do direito.

NIPPERDEY e LARENZ, por seu turno, entendiam que ideia de parte geral repousa sobre base essencialmente heterogênea<sup>56</sup>, pelo que se imporia sua rejeição ou adoção mitigada.

Estas críticas, pelo que se expôs, não se revelam sustentáveis. Isso por que a heterogeneidade quanto aos objetos é essencial a qualquer disciplina normativa organizada: “a ‘Parte Geral’ de um Código Civil e o tratamento científico-sistemático dos fundamentos gerais do Direito Civil prosseguem fins diversos (...), por isso, têm objetos distintos”<sup>57</sup>. Sem embargo, abandonar a parte geral sob o pretexto de que diferentes setores do ordenamento atendem a fenômenos de diferentes ordens implicaria a pulverização dos fundamentos gerais do Direito Civil por todas as searas da parte especial. A problemática da

---

<sup>53</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...*, p.87.

<sup>54</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade...*, p.32.

<sup>55</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade...*, p.26.

<sup>56</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade...*, p.27.

<sup>57</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade...*, p.33.

parte geral, longe de ser resolvida, seria, apenas, deslocada e, quiçá, potencializada por repetições desnecessárias e possíveis contradições<sup>58</sup>.

Para além destes posicionamentos, salienta-se a crítica atinente à despersonalização que o direito codificado em abstrato promoveria, ao ignorar aspectos da realidade concreta, recortando apenas aqueles que lhe interessam. Assim: “a forma pode sufocar a substância, quando continente e conteúdo se apresentam dissociados, e da linguagem se faz fetiche”<sup>59</sup>. A existência de um sistema previamente significado, calcado em pretensões de cientificidade e neutralidade, exigiria certo distanciamento da realidade social, pelo que se imporia uma maior abertura à “força normativa que emerge dos fatos, como resultado das demandas sociais”<sup>60</sup>. A “apreensão jurídica do sujeito insular, abstrato, atemporal e despido de historicidade, vincado por um antropomorfismo virtual, sem conexão direta e imediata com a realidade histórica”<sup>61</sup> deveria, portanto, ceder espaço à pessoa humana, em toda sua concretude, inserta numa realidade contingente e avessa à clausuras normativas abstratas.

A parte geral do Direito Civil, especialmente em sua modalidade legislada, seria, nesta ótica, fator de *desumanização do jurídico*<sup>62</sup>, o que se critica fortemente, porquanto “a pessoa não precede ao conceito jurídico de si próprio, ou seja, só é pessoa quem o Direito define como tal”<sup>63</sup>.

A esta contundente crítica, contrapõe-se – apesar de também coadunar-se – a categoria estruturante basilar da parte geral, bastante potencializada pela elevação da dignidade humana a princípio fundamental da República, a *relação jurídica fundamental*<sup>64</sup>.

É cediço que o Direito Civil se constrói a partir da *categoria da relação jurídica*; “edifica um sujeito (que há de ser capaz), define as possibilidades de

---

<sup>58</sup> A este propósito, ver: MONTEIRO, Antonio Pinto. A parte geral do código, a teoria geral do direito civil e do direito privado europeu. FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.64.

<sup>59</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil...*, p.138.

<sup>60</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A importância de uma teoria (geral) do Direito Civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.153.

<sup>61</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil...*, p.98.

<sup>62</sup> CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2ª Ed. Coimbra: Centelha, 1981, p.60.

<sup>63</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil...*, p.102.

<sup>64</sup> LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de: Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993, p.56.



um objeto (que deve ser lícito), governa a forma (visibilidade do nexos), elege fatos (que, por serem constitutivos de eficácia, são jurídicos) e, enfim, procura garantir a efetividade na satisfação dos interesses em jogo”<sup>65</sup>. A crítica personalista centra-se no fato de que o Direito Civil despe a pessoa humana de sua concretude e a enfurna na categoria de *sujeito*, que é mero *elemento* da relação jurídica<sup>66</sup>, ao lado dos conceitos, igualmente abstratos, de objeto, fato e garantia.

O contraponto encarnado na aludida noção de relação jurídica fundamental consiste no fato de que “o pressuposto básico de toda relação jurídica entre duas ou mais pessoas é seu recíproco reconhecimento como tal, que (...) determina que nenhum está submetido ao outro”<sup>67</sup>. Cada pessoa “titula a pretensão jurídica de respeito de seus semelhantes e, reciprocamente, está obrigada a respeitar os demais”<sup>68</sup>; a “agir de forma a tratar a humanidade, quer em si, quer em outrem, nunca apenas como um meio, mas também como um fim”<sup>69</sup>.

Respeitar a si mesmo e respeitar os demais, então, são conseqüências de um mesmo princípio da razão prática kantiana – que complementa a razão pura, influenciadora da estruturação abstrata do sistema jurídico, outorgando-lhe *concretude*. O motivo pelo qual cada pessoa deve ter sua *dignidade* respeitada não se deve, portanto, às qualidades particulares de cada um. Antes, diz respeito a todos os seres humanos, de maneira universal<sup>70</sup>. O respeito à dignidade humana, pois, precede o reconhecimento constitucional e sua conseqüente elevação ao patamar de princípio fundamental da República,

---

<sup>65</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil...*, p.52.

<sup>66</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª Ed. revista, modificada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.197.

<sup>67</sup> Tradução livre. No original: “el presupuesto básico de toda relación jurídica entre dos o más personas es su recíproco reconocimiento como tales, que (...) determina que ninguno está sometido al outro”. LARENZ, Karl. *Derecho justo...*, p.55.

<sup>68</sup> Tradução livre. No original: “Todo hombre tiene una pretensión jurídica al respeto de sus semejantes y recíprocamente está obligado a respetar a los demás”. LARENZ, Karl. *Derecho justo...*, p.56.

<sup>69</sup> Tradução livre. No original: “Act in such a way that you always treat humanity, whether in your person or in the person of any other, never simply as a means, but always at the same time as an end” (KANT, Immanuel. *Groundwork for the metaphysics of morals*. Tradução de: H. J. Paton. Nova Iorque: Harper Torchbooks, 1964, p.429).

<sup>70</sup> SANDEL, Michael J. *Justice: what's the right thing to do?*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p.125.

mas é amplamente reforçada por esta ocorrência, especialmente num cenário em que a *constitucionalização do direito privado* está bastante em voga<sup>71</sup>.

Sujeito de direito, enquanto *categoria* jurídica, é um conceito, “um ente lógico despojado de seu conteúdo material”<sup>72</sup>. Remanesce, portanto, como elemento de configuração da relação jurídica, que é *forma*, mas não se despe, no diálogo entre direito e realidade, de sua concretude. Desnivele-se, portanto, dos demais, dada a dignidade subjacente à pessoa humana e sua conseguinte pretensão e obrigação de respeito a si e aos demais.

## 2.4 O SISTEMA CODIFICADO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A acepção de relação jurídica fundamental importa à responsabilidade civil porque esta é uma espécie de obrigação<sup>73</sup> – e obrigação, como se sabe, é “*relação jurídica* de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio”<sup>74</sup> (grifou-se). Sua característica distintiva consiste no concurso de variados elementos para sua configuração, todos aprioristicamente fixados pelo ordenamento: dano injusto, imputabilidade e nexos de causalidade<sup>75</sup>. Em última análise, contudo, *o dever de reparar é consequência de lesão*, culposa ou não – nos casos admitidos em lei ou abrangidos pelo aludido parágrafo único do artigo 927, do Código Civil – *ao dever de respeito recíproco encampado pela relação jurídica fundamental*. Assim:

---

<sup>71</sup> A respeito deste fenômeno, vide PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997; e MARKESINIS, Basil; e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise*. Oxford: Hart Publishing, 2002, pp.28-32.

<sup>72</sup> SANTOS, Mario Ferreira dos. *Lógica e dialética: lógica, dialética e decialética*. São Paulo: Paulus, 2007, p.43.

<sup>73</sup> Nas palavras de BAPTISTA: “Responsabilidade civil é a relação obrigacional decorrente do fato jurídico dano, na qual o sujeito do direito ao ressarcimento é o prejudicado, e o sujeito do dever, o agente causador ou o terceiro a quem a lei imputa a obrigação” (BAPTISTA, Silvio Neves. *Ensaio de direito civil*. São Paulo: Método, 2006, p.413).

<sup>74</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil brasileiro*. v.4. São Paulo: Saraiva, 1979, p.8.

<sup>75</sup> ALTHEIM, Roberto. *Atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil*. Curitiba, 2006. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pp.83-102.

“No fenômeno da responsabilidade civil, temos de distinguir duas modalidades de situações jurídicas: a situação jurídica originária ou primária, na qual estão de um lado os direitos de personalidade, os direitos obrigacionais, reais e de família, e de outro lado, os respectivos deveres (*dever genérico de abstenção, sujeição, obrigação e deveres de família*)”<sup>76</sup>.

Deste modo, surge dever de reparar sempre que um agir de determinado sujeito penetrar na esfera jurídica de outrem de maneira intrusiva ou não consentida, lesando, com isso, seus interesses existenciais ou patrimoniais tutelados pelo direito.

---

<sup>76</sup> BAPTISTA, Silvio Neves. *Ensaio de direito civil...*, p.415.

### 3 PRESSUPOSTOS OU FILTROS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A crescente importância da responsabilidade civil na contemporaneidade se deve a dois fatores em perpétuo e incessante embate: por um lado, ao refinamento das relações intersubjetivas propiciadas pelo mercado e, por outro, à crescente intervenção do Estado nos afazeres de seus jurisdicionados. É que o incremento das relações de mercado acarreta em aumento na contingência a que todos se sujeitam. Uma sociedade mais contingente e, pois, mais complexa, é solo fértil para a expansão qualitativa em quantitativa de frustrações a expectativas pessoais, especialmente se o sistema oficial de composição de controvérsias for – como é – extremamente ineficiente. Assim, a grande saída encontrada por agentes de Estado, com largo apoio popular, é a ampla regulamentação do exercício de atividades potencialmente lesivas a esfera de interesses jurídicos de outrem. Deste modo, acredita-se estar outorgando maior previsibilidade aos agentes econômicos e, não obstante, fornecendo, ao Poder Judiciário, critérios objetivos para a resolução de controvérsias, apesar da ratificação de uma preferência oficial pela heteronomia em detrimento da autonomia. Entretanto, o ainda imenso abismo entre o plano e seus objetivos revela que ainda se está longe de um sistema satisfatório – quem dirá de um sistema justo.

Exatamente neste contexto é que se desenvolve a atual problemática inerente à responsabilidade civil, a começar pela alardeada crise de seus pressupostos tradicionais. Estes, na preciosa lição de PESSOA JORGE, são “os factos e condições que, em conjunto, produzem essa modalidade de obrigação de indemnizar”<sup>77</sup>. A doutrina tradicional arrola, como elementos fundantes da responsabilidade civil, quatro elementos: conduta humana, culpa (ou risco reconhecido em lei), nexo de causalidade e dano<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1995, p.9.

<sup>78</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 2ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2012, p.434.

### 3.1 O DEFINHAR DA CULPA<sup>79</sup>

Como se viu, a consagração da acepção moderna de responsabilidade civil é contemporânea da afirmação do racionalismo filosófico no âmbito político-institucional. Funda-se, então, no pressuposto contratualista de que os indivíduos<sup>80</sup> pertencentes a uma mesma coletividade – visando a garantir uma convivência social segura e pacífica, que é instrumental à sobrevivência de cada um – renunciam parte de suas liberdades em favor de uma entidade racionalmente estruturada, à qual incumbe assegurar que as mazelas de um teórico estado de natureza não tornem a obstar o desenvolvimento das potencialidades humanas naquela coletividade. Destarte, não se poderia conceber um conceito de responsabilidade que não fosse pautado no mau uso da liberdade por indivíduos conscientes<sup>81</sup> e, pois, moralmente reprovável<sup>82</sup>. “Assim, inconcebível seria imputar responsabilidade a alguém sem analisar a vontade consciente em sua conduta e, conseqüentemente, o valor moral da culpa era o que limitava a responsabilidade civil”<sup>83</sup>.

“Ocorre que o elemento volitivo da condita culposa teve sua importância afastada, gradativamente, eis que uma sociedade diferente daquela na qual se desenvolveu e se estruturou começou a se formar a partir da revolução industrial. Com efeito (...), a ideia de que não há responsabilidade sem culpa (...) não mais se sustentava”<sup>84</sup>.

É que, com a proliferação dos riscos propiciada pelo aludido fenômeno global da expansão incontrolável de Estado e mercado, tornaram-se

<sup>79</sup> O definir da culpa, convém ressaltar, não é fenômeno exclusivo da responsabilidade civil. Bem ao contrário: espalha-se por todo o campo do direito privado, a exemplo do direito de família. Nada obstante, discussões respeitantes à culpa parecem impassíveis de extinção (vide, e.g., a morte da culpa para o divórcio e sua ressurreição na problemática da usucapião por abandono do lar conjugal). É que, como bem expressa frase sagaz, de autoria disputada entre grandes professores de direito civil da UFPR, a culpa sai pela porta, mas entra pela janela.

<sup>80</sup> “O sujeito é a causa de ser, o motor do funcionamento e a finalidade última da modernidade”. (FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2001, p.72).

<sup>81</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.13.

<sup>82</sup> “A própria fórmula tríplice da *negligência, imprudência e imperícia*, incorporada a tantas codificações e apresentada frequentemente como substitutivo à definição de culpa, revela, claramente, o caráter moral e psicológico de que se costuma revestir o conceito. Não falta mesmo quem veja na culpa uma noção exclusivamente moral, de aferição nada científica”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.15).

<sup>83</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance...*, p.9.

<sup>84</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance...*, p.9.

recorrentes situações em que pessoas lesam a esfera de interesses jurídicos de outrem através de atos que não lhe imputam faltas morais ensejadoras de algum tipo de responsabilidade<sup>85</sup>. Tomem-se, como exemplo, os acidentes de trabalho relacionados ao uso de máquinas ou mesmo os acidentes automobilísticos, que acompanharam a popularização de um novo meio de transporte. Por conseguinte, a prova da culpa, que incumbe ao lesado, tornou-se impossível diante da despersonalização dos danos. Neste contexto, teve início “a busca de fundamentos para imputação da responsabilidade dos danos ensejados pelos riscos das atividades decorrentes do progresso”<sup>86</sup>, donde advieram diversos fatores de objetivação da culpa, cujo desenvolvimento culminou com a consolidação da responsabilidade civil objetiva, que dispensa a conduta culposa<sup>87</sup>.

Este longo processo teve início com as presunções de culpa, que, declaradamente, não negavam a importância deste elemento da responsabilidade civil, mas apenas invertiam o ônus de sua demonstração em benefício da vítima<sup>88</sup>. Malgrado a vinculação formal à teoria da culpa, ao autores especializados reconhecem que “onde a ausência de culpa não pode ser provada, é evidente que se responde independentemente de culpa, não por culpa presumida”. Assim, materialmente, vê-se um esboço daquilo que posteriormente se consolidaria como responsabilidade objetiva. Seus traços, contudo, tornaram-se mais firmes e resolutos por conta da introdução, na praxe jurisdicional, de presunções judiciais no âmbito da aferição de culpa. É que, como relata JOSSERAND, “há fatos que trazem em si mesmos a prova de sua origem, que são por assim dizer assinados”<sup>89</sup>.

Em paralelo, diversas experiências jurídicas, viram o erigir de modelos abstratos de conduta<sup>90</sup>, que, por serem imunes à condição anímica do agente,

---

<sup>85</sup> “People can easily commit acts of negligence without being in a moral sense personally to blame for what has happened”. (ATIYAH, Patrick Selim. *The damages lottery...*, p.33).

<sup>86</sup> PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva...*, p.13.

<sup>87</sup> Neste sentido: “A teoria da responsabilidade objetiva bem demonstra o avanço da responsabilidade civil nos séculos XIX e XX. Foram repensados e reestruturados muitos dogmas, a partir da noção de que só havia responsabilidade com culpa”. (VENOSA, Silvio Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 6. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.12).

<sup>88</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.31.

<sup>89</sup> JOSSERAND, Louis. *Evolução histórica da responsabilidade civil...*, p.556.

<sup>90</sup> Assim, por exemplo, dizem MARKESINIS e UNBERATH: “O grande diferencial do direito alemão repousa em sua tendência a tratar a problemática da culpa de modo altamente abstrato”. Tradução livre. No original: “*The difference which sets German law apart can be found in its tendency to analyse the problems of fault in a highly abstract manner*”

consolidaram a chamada culpa objetiva ou normativa<sup>91</sup>, facilitando, em tese, a comprovação deste elemento do juízo de responsabilidade. Esta solução utilitarista tinha, como objetivo real, desestimular condutas contrárias à normatividade vigente, impelindo os partícipes da sociedade a agir com maior diligência. A crítica feita pela literatura de vanguarda, a partir de uma análise verticalizada da proposta, contudo, revela que “a pretensa neutralidade do modelo abstrato de comportamento, seja na tradição romano-germânica, seja na anglo-saxônica, oculta, a rigor, um modelo específico antropologicamente definido: o do próprio julgador”<sup>92</sup>.

A partir desta acurada crítica, percebe-se, na jurisprudência comparada, marcante tendência no sentido de enfatizar as circunstâncias concretas e a especialidade das situações levadas a sua apreciação, especialmente no que diz respeito à formação socioeconômica do agente<sup>93</sup>. “Com isso, vislumbra-se significativo distanciamento dos referenciais positivistas e cientificistas que influenciaram o desenvolvimento do método abstrato de aferição”<sup>94</sup>.

A culpa normativa, especialmente quando aferida a partir de critérios pretensamente concretos e circunstanciais ao agente, adentra a problemática atinente ao grau de culpa, que, apesar de ser irrelevante à configuração do dever de indenizar, influi em sua quantificação. É que, consoante se verifica nas grandes codificações privadas, a fixação do quantum reparatório deve ser “apreciada conforme as condições pessoais do ofensor, muito embora sem simplesmente olvidar o exame de qual a *diligência média* que o caso requeira, nem as circunstâncias objetivas do local, tempo e época do evento”<sup>95</sup> (grifou-se).

Assim, para fins de estabelecimento desta diligência média, as mais influentes experiências jurídicas se valem de critérios abstratos, como o *bonus pater familias*, e “cuidado exigível nas relações ordinárias”<sup>96</sup>, sempre limitando-

---

(MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise*. Oxford: Hart Publishing, 2002, p.83).

<sup>91</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.35.

<sup>92</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.39.

<sup>93</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.42.

<sup>94</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.42.

<sup>95</sup> PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado*. 6ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Manole, 2012, p.949.

<sup>96</sup> Nesta senda, vide a redação do notável parágrafo 276, do BGB: “Age com culpa aquele que não atua com o cuidado exigível nas relações ordinárias”. *In verbis*: “*Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt*”.

os, como se viu, às circunstâncias objetivas do local, tempo e época do evento<sup>97</sup>.

Vê-se, pois, que, mesmo nos casos de responsabilidade subjetiva, a principal baliza do juízo de responsabilidade está definindo: de protagonista, passou a ser coadjuvante.

Isso sem falar nas hipóteses de responsabilidade objetiva, em que a culpa (elemento subjetivo do juízo de reparação) é, em tese, suprimida em prol do nexo de causalidade entre a conduta de determinado agente e os danos suportados por determinadas vítimas (elementos objetivos). Isso porque esta modalidade de responsabilidade civil visa menos a uma apreciação moral da conduta do lesante do que à reparação dos danos injustamente sofridos<sup>98</sup>. Ou seja: “O devedor deve pagar a indenização não porque fez algo irregular, que merece punição”<sup>99</sup>, mas por que os danos oriundos de atividades de risco necessárias à manutenção do progresso social e econômico devem ser socializados, em prol da paz pública e do bem comum<sup>100</sup>. Assim, imputa-se o dever de reparar àquele que, na exploração de atividade de risco, ainda que lícita, gerar, a pessoa determinada, ônus maior que o suportado pela coletividade em virtude da aludida atividade (Enunciado n. 38, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal)<sup>101</sup>. Pouco importa, então, o *animus* do sujeito lesante. Basta que se configurem dano e nexo causal, cujas excludentes variam conforme a natureza da atividade exercida<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> Assim, por exemplo, diz o Código Civil Português: “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

<sup>98</sup> Neste sentido, entabulou o Conselho da Justiça Federal, na *I Jornada de Direito Civil*: Enunciado 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”. No mesmo trilha, exarou, na *V Jornada de Direito Civil*, o seguinte entendimento: Enunciado 446: “A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção do interesse da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados. Brasília: CJF, 2012, pp. 20 e 54).

<sup>99</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil...*, p.277.

<sup>100</sup> PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva...*, p.20.

<sup>101</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012, p.20.

<sup>102</sup> PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Atlas, 2007.



### 3.2 A MALEABILIDADE DA RELAÇÃO CAUSAL

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é, conforme assentado pela experiência internacional, o nexu causal. Esta figura, malgrado transcendentemente importante, não se presta a suprir o espaço deixado pelo definhamento da culpa, por conta da atecnia com que é tratada nos mais diversos ordenamentos<sup>103</sup>. É que, apesar do singular esforço dos mais gabaritados autores, a jurisprudência internacional continua cambiante quanto à teoria da causalidade adotada – e o direito positivo remanesce omissivo quanto à difícil fixação apriorística da teoria aplicável.

A problemática atinente à identificação do “liame que une a conduta do agente ao dano”<sup>104</sup>, à primeira vista, não parece demandar grandes esforços. A rica casuística com que se deparam os tribunais, aliada aos supraditos fenômenos da expansão qualitativa e quantitativa dos danos e da crescente cultura da vitimização<sup>105</sup>, todavia, revelam a insuficiência de raciocínios simplistas, próprios das grandes codificações privadas e, conseqüentemente, do antigo Código Civil de 1916.

Neste diapasão, os esforços da doutrina brasileira se limitam, em alguma medida, a sistematizar as propostas enunciadas por autores estrangeiros, especialmente alemães, cujos esforços, para mal ou para bem, “não foram suficientes para evitar que os tribunais determinassem, em várias oportunidades, que a solução deva, no fim das contas, ser ditada pelo bom senso e pela equidade”<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.5.

<sup>104</sup> VENOSA, Silvio Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil...*, p.56.

<sup>105</sup> Aqui, importa revisitar a precisa crítica de Patrick S. Atiyah: “Na medida em que a sociedade se torna mais paternalista, o crescimento da cultura da vitimização se acelera e, conseqüentemente, o público e, talvez, o direito, tendem a dizer que danos decorrentes de ações do próprio lesado são, ‘na verdade’, oriundos de um agir culposos de outrem” (Tradução livre. No original: “*So the more paternalist a society gets, the more the blame culture develops, the more the public and perhaps the law will be inclined to say that losses caused to you by your own actions are ‘really’ the result of someone else’s negligence*”). ATIYAH, Patrick Selim. *The damages lottery...*, p.50.

<sup>106</sup> Tradução livre. No original: “*the theoretical preoccupation of German scholars with this subject has not prevented their courts from stating more than once that the solution should, in the end, be one dictated by common sense and equity*”. MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise...*, p.103.

Isso não significa, contudo, que as teorias desenvolvidas alhures não sejam de grande utilidade para uma análise crítica da jurisprudência pátria<sup>107</sup> e, sobretudo, para o desenvolvimento de propostas condizentes com as demandas da vida contemporânea. Propõe-se, então, uma análise rasante das principais teorias acerca do nexo causal, especialmente daquelas que ecoam no direito brasileiro.

A primeira e mais elementar<sup>108</sup> destas, tributária do afã cientificista do século XIX<sup>109</sup>, é a teoria da *conditio sine qua non*, também chamada de teoria da equivalência de condições (*Äquivalenztheorie*), a qual “sustenta que basta o fato ou ato jurídico atribuído a um agente ser um dos antecedentes do dano para que possa ser responsável por sua reparação”<sup>110</sup>. A determinação da causa do dano, então, depende da resposta à seguinte indagação: “O dano reclamado pelo autor teria ocorrido independentemente da conduta do réu?”<sup>111</sup>. Evidentemente, a discussão, aqui, limita-se ao método a partir do qual se pode determinar se a conduta do agente foi, de fato, *conditio sine qua non* da produção do resultado negativo. Desenvolveram-se, então, dois métodos avaliativos: (i) o método da eliminação (*Hinwegdenken*), desenvolvido por GLASER<sup>112</sup>, que se funda na noção de que a conduta do agente consiste na *conditio sine qua non* da produção do dano sempre que a produção do resultado lesivo não se concretize quando a conduta for eliminada *in*

---

<sup>107</sup> A expressão *jurisprudência*, neste trabalho, é empregada em sentido amplo, de modo a referir ao conjunto (bastante heterogêneo) de julgados exarados por cortes intermediárias e de vértice. É certo que uma das mais pulsantes discussões travadas pela comunidade jurídica brasileira, hoje, respeita à (in)existência de jurisprudência, quer no sentido continental, de constância na interpretação e aplicação do direito, quer no sentido anglo-saxão, de respeito ao precedente, em atenção ao consagrado *stare decisis*. O escopo desta monografia, contudo, impede uma investigação dessa espinhosa, mas interessantíssima, temática.

<sup>108</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.56.

<sup>109</sup> CAPELOTTI, João Paulo. *O nexo causal na responsabilidade civil: entre a certeza e a probabilidade*. 2012. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p.94.

<sup>110</sup> PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva...*, p.45.

<sup>111</sup> Tradução livre. No original: “*Would the plaintiff’s harm have occurred but for the defendant’s conduct?*”. MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise...*, p.103. Exatamente no mesmo sentido: “A prova depende, como no Direito Penal, da dependência causal entre o resultado lesivo e a conduta”. Tradução livre. No original: “*Die Prüfung erfolgt, wie im Strafrecht, danach, ob der konkrete Erfolg ohne die Verletzung Handlung nicht eingetreten wäre*” (grifos originais). WALTER, Tassia e WISCHERHOF, Sina. *Deliktsrecht: Schuldrecht Besonderer Teil*. Stuttgart: AchSo!, 2006, p.53.

<sup>112</sup> GLASER, Julins. *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrechts I*. Viena: Tender & Comp, 1858, p.443.

*abstracto*<sup>113</sup>; e (ii) o método da substituição, inicialmente proposto pelo mesmo autor, que é aplicável aos danos produzidos por atos omissivos e envolve a total substituição da omissão pelo ato que se poderia esperar do lesante, a partir de modelos abstratos de conduta<sup>114</sup>.

Ambas as propostas, apesar de formalmente impecáveis, incorrem no “retumbante inconveniente de (...) ampliar ilimitadamente o dever de reparar, imputando-o a uma multiplicidade de agentes e eventos que, apenas remotamente, se relacionam ao dano produzido”<sup>115</sup>. A teoria da *conditio sine qua non*, então, mostra-se inepta a conter a expansão ilimitada das demandas de reparação, além de suscitar a prolação de condenações claramente injustas<sup>116</sup>. Nada obstante, é esta a teoria até hoje empregada no Direito Penal, em que outros elementos, como a tipicidade da conduta e o elemento subjetivo, relegam a causalidade ao segundo plano<sup>117</sup>.

No Direito Privado, as vicissitudes desta teoria impeliram a doutrina a buscar critérios diferenciadores das condições que concorrem para a produção do resultado lesivo, a cujo autor se atribui o dever de reparar, de modo a atribuir, a uma ou mais delas, papel preponderante na determinação deste resultado<sup>118</sup>.

“Se condição, no pensamento causal, é todo fator sem o qual determinado evento não teria ocorrido, certamente alguns fatores foram mais determinantes e outros menos para o fluxo dos acontecimentos. Nesse processo de filtragem, condição é normalmente conectada a uma ideia de acessoriedade, e vem definida como o fator que só afasta o obstáculo da causa ou favorece a eficácia desta para a produção do dano. Ou seja, é um requisito para o atuar da causa, está subordinado a ela porque facilita-lhe a ação. Em síntese, ‘fatores determinantes serão causas, os demais serão meras condições’”<sup>119</sup>.

---

<sup>113</sup> MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise...*, p.104.

<sup>114</sup> MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise...*, p.104.

<sup>115</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.57.

<sup>116</sup> MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise...*, p.105.

<sup>117</sup> CAPELOTTI, João Paulo. *O nexo causal na responsabilidade civil: entre a certeza e a probabilidade...*, pp.96-97.

<sup>118</sup> CAPELOTTI, João Paulo. *O nexo causal na responsabilidade civil: entre a certeza e a probabilidade...*, p.98.

<sup>119</sup> CAPELOTTI, João Paulo. *O nexo causal da responsabilidade civil: entre a certeza e a probabilidade...*, p.98

Diante deste cenário, desenvolveu-se, a partir de Johannes von KRIES, a teoria da causalidade adequada (*Adäquanztheorie*), segundo a qual “a causa de um evento consistia na causa mais apta, em abstrato, à produção daquele resultado”<sup>120</sup>. Assim, tem-se, a partir da ideia de normalidade<sup>121</sup> – que consiste, no fundo e a rigor, em “juízo de probabilidade sobre a conduta de um sujeito que se pretende responsável”<sup>122</sup> –, que “a causa passa a ser não só o antecedente *necessário*, mas também, em abstrato, segundo o curso normal das coisas, *adequado* à produção do dano”<sup>123</sup>. Contrariamente à teoria da *conditio sine qua non*, portanto, “nem todos os antecedentes podem ser levados à conta do nexa causal”<sup>124</sup>.

A aplicação da teoria da causalidade adequada, conforme ensinam MARKESINIS e UNBERATH, está envolta em alguma controvérsia existente entre autores alemães, que divergem quanto à referência apropriada para aferir, em abstrato, a existência do nexa causal:

“Para von Kries – o criador da teoria – a avaliação da relação causal deve ser levada a cabo a partir de todas as circunstâncias que o lesante conhecia – ou devia conhecer – no momento da produção do resultado lesivo, levando em consideração, também, as máximas da experiência. Rümelin, por outro lado, desenvolveu a teoria da ‘retrospectiva objetiva’. Para ele, todo o conhecimento empírico partilhado pela humanidade e todas as circunstâncias objetivas detectáveis no momento em que o ato foi praticado deveriam ser tomados em conta, de modo a determinar se a produção da lesão era previsível de antemão ou se se tornou evidente somente após sua concretização”<sup>125</sup>.

<sup>120</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.58.

<sup>121</sup> “Em resumo, portanto, configura-se relação causal [entre conduta humana e lesão a interesse juridicamente tutelado] quando houver iminente possibilidade de ocorrência de dano, conforme o curso normal dos acontecimentos”. Tradução livre. No original: “*Kurtz gesagt besteht dem nach ein kausaler Zusammenhang, wenn die Möglichkeit eines Schadens Eintritts nicht außerhalb aller Lebens Wahrscheinlichkeit liegt*” (WALTER, Tassia e WISCHERHOF, Sina. *Deliktsrecht. Schuldrecht Besonderer Teil...*, p.54).

<sup>122</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.59.

<sup>123</sup> PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva...*, p.48.

<sup>124</sup> VENOSA, Silvio Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil...*, p.57. No mesmo sentido, DEUTSCH, Erwin e AHRENS, Hans-Jürgen. *Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz, Schmerzensgeld*. 5ª Ed., revista, atualizada e ampliada. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2009, p.23.

<sup>125</sup> Tradução livre. No original: “*For von Kries – the originator of the theory – the valuation should be undertaken on the basis of all the circumstances which were known, or should be known, to the originator of the condition at the time of its entry (ex ante) and also taking into account general practice knowledge based on experience(ex post). Rümelin, on the other hand, advanced the theory of ‘objective hindsight’. For him consideration should be given to the whole empirical knowledge of mankind and al the circumstances anywhere to hand at the time the condition occurred, whether they were recognizable ex post from events following the condition in question*”. MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise...*, p.107.

O entendimento de von KRIES mostrou-se pragmaticamente insuficiente, por não compreender hipóteses de responsabilidade objetiva. O de RÜMELIN, por seu turno, revelou-se excessivamente amplo e de difícil aplicação, afinal, pauta-se em impreciso juízo de probabilidade; e “probabilidade não é certeza”<sup>126</sup>. Ademais, não se tem notícia de um Tribunal que tenha estruturado um referencial apto a pacificar as discussões acerca desta teoria. O *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal Alemão), por exemplo, vale-se de um *standard* tão peculiar que, se levado a sério, desvalorizaria o próprio critério da adequação da causa<sup>127</sup>.

A partir disso, procurou-se, sem muito sucesso, desenvolver a teoria da causalidade eficiente, segundo a qual “as condições que concorrem para um certo resultado não são equivalentes, existindo sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativo ou quantitativo, elege-se como verdadeira causa do evento”<sup>128</sup>. O grande problema desta teoria consiste no fato de que seus defensores “jamais lograram alcançar um acordo acerca dos critérios mais ou menos objetivos que permitissem selecionar, entre as diversas causas do dano, aquela que teve o poder intrínseco de produzi-lo no caso concreto”<sup>129</sup>. Assim, a título de exemplo, leciona Gisela Sampaio da CRUZ:

“Entre os antecedentes causais, os defensores desta teoria destacavam: (i) a causa que produz o resultado; (ii) a condição que não produz o resultado, mas de alguma forma remove o obstáculo

<sup>126</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª Ed., revista. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.79.

<sup>127</sup> É o que explica LARENZ, citado por MARKESINIS e UNBERATH: “Tanto mais expandido será o espaço em que consequências serão consideradas adequadas quanto mais o observador for creditado com conhecimento das circunstâncias que produziram o evento em questão. Para o observador ótimo descrito pelo BGH, quase não há segredo: ele é particularmente onisciente. Para o onisciente, o verdadeiro encadeamento de eventos, ainda que absolutamente anormal, é sempre previsível. Se o *standard* do BGH for levado a sério, o critério da adequação perde boa parte de suas possibilidades de limitar a extensão da responsabilidade do agente”. Tradução livre. No original: “*The more one credits the observer with knowledge of circumstances which produced the event in question but which could be known only with difficulty, the more one expands the area in which consequences are to be adjudged ‘adequate’. For the ‘optimal’ observer described by the Bundesgerichtshof, almost nothing is secret: he is particularly omniscient. For the omniscient, the actual course of events is always foreseeable, however abnormal it may have been. If one takes the Bundesgerichtshof standard of the optimal observer seriously, then the criterion of adequacy loses most of its ability to limit the area of responsibility of the person liable*” (MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise...*, p.108).

<sup>128</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.59.

<sup>129</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.60.

para a atuação da causa; e (iii) a ocasião que favorece a operatividade da causa eficiente”<sup>130</sup>.

Até aqui, as experiências jurídicas alemã e brasileira são bastante semelhantes, dado que a matriz utilizada, nesta matéria, por estudiosos brasileiros é, alguma medida, composta por recortes do direito alemão, sem prejuízo de elementos advindos das experiências jurídicas francesa e italiana, consoante explicita TEPEDINO:

“No direito brasileiro, em ambas as espécies de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, o dever de reparar depende da presença do nexos causal entre o ato culposo ou a atividade objetivamente considerada, e o dano, a ser demonstrado, em princípio, por quem o alega (*onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*), salvo nas hipóteses de inversão do ônus da prova previstas expressamente na lei, para situações específicas.

Muitas são as teorias que, inspiradas principalmente por autores alemães, franceses e italianos, pretendem estipular os limites definidores do nexos causal na ordem jurídica”<sup>131</sup>.

Não obstante essa proximidade, que não se pode confundir com a falta de originalidade da comunidade jurídica brasileira ou com seu empenho no tocante ao estudo da doutrina alemã, é visível uma tendência à divergência, especialmente no que concerne à superação da teoria da causalidade adequada, acatada por alguns dos mais representativos Tribunais de ambos os países<sup>132</sup>: no Brasil, tende-se a adotar a teoria da causalidade direta e imediata ou teoria da interrupção do nexos causal<sup>133</sup>; na Alemanha, a preferência é pela teoria do escopo de proteção da norma (*Schutzzweck der Norm*)<sup>134</sup>.

A teoria da causalidade direta e imediata apregoa que há nexos de causalidade sempre que houver relação direta e imediata entre o ato ou fato

<sup>130</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp.58-59.

<sup>131</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista jurídica*. a. 50, n. 296, junho de 2002, p.7.

<sup>132</sup> Por aqui, há julgados do Superior Tribunal de Justiça que acenam para a adoção da teoria da causalidade adequada, a exemplo do REsp 1.067.332/RJ, Rel.: Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 05/05/2014; e do AgRg no Ag 682.599/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 25/10/2005, DJ 14/11/2005. Na Alemanha, analogamente, a aludida teoria foi recepcionada pelo *Bundesgerichtshof* em oportunidades várias. Ilustrativamente: BGH, Urteilvom9. Juli 2009 - IX ZR 88/08 - OLG Frankfurt am Main; e BGH, Urteilvom 15. Januar 2009 - IX ZR 166/07 - OLG Stuttgart.

<sup>133</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil...*, p.446.

<sup>134</sup> MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise...*, p.108-109.

atribuível ao agente e o dano suportado pela vítima<sup>135</sup>. A tautologia inerente a esta definição é vencida a partir da adoção do critério de necessidade da causa, “vale dizer, a causa do dano assim o é, pois ele filia-se necessariamente a ela. A causa pode ser próxima ou remota ao dano, mas deve atrelar-se diretamente a ele, como sua causa exclusiva”<sup>136</sup>.

“Assim, o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa. Esse conceito de ‘necessariedade’ é mais objetivo do que o de ‘adequação’ da teoria da causalidade adequada: enquanto para esta a vinculação causal depende de uma apreciação abstrata sobre o conhecimento do agente ou do ‘homem médio’ sobre o potencial lesivo da conduta para considerá-la causa do evento, a necessariedade avalia em concreto o que une a conduta A ao dano B”<sup>137</sup>.

Essa teoria vem sendo, em alguma medida, afirmada pelos Tribunais brasileiros desde a publicação, pelo STF, do acórdão que julgou o RE 130.764-1/PR. Nessa ocasião, Min. MOREIRA ALVES, relator da decisão colegiada, afirmou, com esteio nas lições de ARRUDA ALVIM e de WESTERMANN, que:

“Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive aquela objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, agasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e da causalidade adequada”.

Assim, tendo em conta a equivalência entre o artigo 1.060, do revogado Código Civil de 1916, e o artigo 403, da vigente codificação, o mesmo raciocínio seria aplicável, como vem sendo, malgrado a incorrigível imprecisão terminológica subjacente a alguns julgados, pelos Tribunais brasileiros, em convívio com a já mencionada teoria da causalidade adequada.

De volta ao direito alemão: a teoria do escopo de proteção da norma, da lavra de Ernst RABEL<sup>138</sup>, preleciona que “só há causalidade apta a ensejar

<sup>135</sup> PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva...*, p.46.

<sup>136</sup> PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva...*, p.46.

<sup>137</sup> CAPELOTTI, João Paulo. *O nexo causal na responsabilidade civil...*, p.103.

<sup>138</sup> RABEL, Ernst. *Das Recht des Warenkaufs*. V. 1. Berlin: Walter de Gruyter, 1936.

responsabilização do lesante se o interesse lesado estiver compreendido na norma violada<sup>139</sup>. Esta teoria, que relê a causalidade a partir do *telos* visado pela norma<sup>140</sup>, dialoga melhor com sistemas de responsabilidade civil estruturados em torno de axiomas facilmente identificáveis que com modelos abertos, cuja significação demanda incursão do intérprete no sistema como um todo. Daí ser voz corrente na Alemanha, mas um tanto estranha à comunidade jurídica pátria<sup>141</sup>.

Esta teoria se mostra útil sempre que possível associar determinado interesse a determinada norma, mas revela-se estéril nas inúmeras ocasiões em que esta identificação é obstada pela dificuldade em identificar uma norma que abarque o interesse ou, ainda, o escopo de proteção da norma encontrada<sup>142</sup>. À parte desta deficiência, a teoria do escopo de proteção da norma “evidencia, ao julgador, seu papel quase legislativo de decidir quais espécies de dano devem ser reparadas em vista do escopo de proteção de determinada norma”<sup>143</sup>. Ainda, a doutrina do escopo de proteção da norma oferece valiosa baliza à seleção dos interesses mercedores de tutela no direito alemão, especialmente nas situações abarcadas pela § 826, do BGB.

Afora estas teorias, aplicam-se, conforme as peculiaridades das controvérsias levadas a juízo, doutrinas secundárias, que visam a assegurar, a todo custo, alguma reparação à vítima de eventos danosos<sup>144</sup>. Tais formulações doutrinárias e jurisprudenciais, como as da causalidade alternativa e cumulativa (*Kumulative Kausalität* e *Alternative Kausalität*) integram a verdadeira miríade de teorias do nexos causal que tem, por toda parte, consolidado o ecletismo jurisprudencial, levando à constatação de que “os tribunais têm simplesmente se recusado a dar ao nexos causal um tratamento

<sup>139</sup> MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise...*, p.108.

<sup>140</sup> WALTER, Tássia e WISCHERHOF, Sina. *Deliktsrecht. Schuldrecht Besonderer Teil...*, p.54.

<sup>141</sup> Em cuja normação as teorias da *conditio sine qua non* e da causalidade direta e imediata encontram, por determinação expressa, guarida. Neste sentido: “A teoria do dano direto e imediato já constava do art. 1.060 do CC/1916, reproduzido pelo art. 403 do CC/2002. A teoria da causalidade adequada foi introduzida pelos arts. 944 e 945 do CC/2002, que tratam da fixação da indenização por equidade”. (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil...*, p.447.

<sup>142</sup> MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise...*, p.109.

<sup>143</sup> Tradução livre. No original: “*the scope of the rule theory has the clear advantage of making the judge aware of his quasi-legislative functions in deciding the kind of damage which shall be compensated*” (MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise...*, p.109).

<sup>144</sup> Vide, a este propósito, ATIYAH, Patrick Selim. *The damages lottery...*, pp.38-52.



rigoroso e de consequências aflitivas como o que fora, anteriormente, reservado à culpa”<sup>145</sup>.

“Esse ‘nexo causal flexível’, que tem se manifestado em diversas experiências, surge não como um elemento dogmático de caracterização precisa, mas como um espaço de discricionariedade judicial a ser exercido em favor da conclusão ‘mais justa’ no caso particular, quase sempre identificada com a integral reparação dos danos sofridos pela vítima”<sup>146</sup>.

A ruína dos dois primeiros pressupostos tradicionais do juízo de responsabilidade civil faz com que todas as luzes se voltem ao terceiro e derradeiro dos filtros tradicionais da reparação: o dano, analisado nas seções seguintes.

### 3.3 O DANO HIPERTROFIADO

Outrora identificado ao ato ilícito, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, o dano adquiriu, recentemente, autonomia<sup>147</sup>. A tradicional orientação segundo a qual o a responsabilidade civil se prestaria à repressão ou sanção do ilícito culposo<sup>148</sup>, portanto, foi subvertida em prol da identificação do evento lesivo – cuja verificação parte do sujeito lesionado – como elemento central do juízo de reparação. “A responsabilidade civil se redefiniu como uma *reação a um dano injusto*”<sup>149</sup>.

Neste diapasão, a ilicitude, que correspondia, na opinião tradicional, ao elemento formal do dano<sup>150</sup>, cedeu à força dos fatos. É que, a fim de acompanhar as sensíveis modificações por que vem passando a sociedade contemporânea, o ilícito teve de ser elastecido “a tal ponto que se dissolveu

<sup>145</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.248.

<sup>146</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.249.

<sup>147</sup> LORENZO, Miguel Frederico de. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p.13.

<sup>148</sup> CUPIS, Adriano de. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Tradução de Angel Martínez Sarrion. 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 1975, p.81.

<sup>149</sup> Tradução livre. No original: “*La responsabilidad civil se redefinió como una reacción contra el daño injusto*” (LORENZO, Miguel Frederico de. *El daño injusto en la responsabilidad civil...*, p.15).

<sup>150</sup> CUPIS, Adriano de. *El daño...*, p.82.

em sistema valorativo de resultados *ex post facto*<sup>151</sup>. Assim, ganhou espaço a noção de *dano injusto*, que permite, à luz dos referenciais valorativos estabelecidos pelo sistema jurídico, identificar condutas que, ilícitas ou não, ensejam o surgimento de dever de indenizar.

O dano injusto, tido como "o fato jurídico gerador da responsabilidade civil, em virtude do qual o ordenamento atribui ao ofendido o direito de exigir a reparação, e ao ofensor a obrigação de repará-lo"<sup>152</sup>, é a *raison d'être* de todo e qualquer sistema de responsabilidade civil. Funda-se, como se infere do exposto nas linhas precedentes, na lesão a um determinado interesse eleito pela ordem jurídica como superior em relação àquele que conduz a ação lesiva<sup>153</sup>. Afinal, "o dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida"<sup>154</sup>. É necessário, contudo, para render azo a indenização, "que a vítima demonstre (...) que o prejuízo constitua um fato violador de um *interesse juridicamente tutelado* do qual seja ela o titular"<sup>155</sup> (grifou-se).

A definição dos interesses juridicamente tutelados, cuja lesão conforme um dano ressarcível, é, com efeito, o grande desafio que se coloca aos contemporâneos sistemas de responsabilidade civil.

É que, como se sabe, com o crescente paternalismo abarcado pelo Estado de Direito, seguido pela mitigação do papel da conduta culposa como filtro da reparação e pela notória inaptidão do nexos causal, diluído em inúmeras teorias deficitárias, a suprir esta lacuna, é natural que os mais variados pleitos, outrora represados pela tradicional sistemática da responsabilidade civil, sucedam em chegar ao Judiciário.

Ainda, a tábua axiológica inaugurada pelas Constituições de matriz social, fundadas sobre a afirmação da dignidade humana, impeliu parcela do Judiciário a assumir papel de justiceiro, que passa a envidar esforços à consecução de uma inalcançável igualdade material, em esforço distributivista

---

<sup>151</sup> Tradução livre. No original: "los autores se ven forzados a dilatar a tal punto la noción, que en definitiva se hace coincidir con valoraciones axiológicas y meta jurídicas que terminan por disolverla en un sistema valorativo *ex post facto*" (LORENZO, Miguel Frederico de. *El daño injusto en la responsabilidad civil...*, p.22).

<sup>152</sup> BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003, p.43.

<sup>153</sup> Neste quadrante, ver: CUPIS, Adriano de. *El daño...*, pp.92 e ss; e LORENZO, Miguel Frederico de. *El daño injusto en la responsabilidad civil...*, pp.25-30.

<sup>154</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012, p.77.

<sup>155</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992, p.17.

“movido pela vontade de atenuar os azares com que são surpreendidos os desafortunados”<sup>156</sup>. Esta postura, contudo, conduz ao total desvirtuamento da responsabilidade civil, que deve exercer função eminentemente compensatória<sup>157</sup>; além de produzir um efeito colateral indesejado: a conta, diluída conforme a atividade exercida pelo demandado, é paga por toda a coletividade<sup>158</sup>, o que prejudica, inclusive, o demandante<sup>159</sup>.

Não bastasse esta consequência negativa, a expansão quantitativa e qualitativa dos interesses, cujas lesões suscitam demandas de reparação civil, “vem exigir das cortes a aplicação de métodos ou critérios de seleção dos danos ressarcíveis, que, na maior parte dos ordenamentos, permanecem carentes de um exame crítico”<sup>160</sup>.

Assim, tendo em conta a subversão da orientação tradicional, declarada ou não<sup>161</sup>, segundo a qual “a seleção dos interesses mercedores de tutela jurídica consiste em tarefa não do intérprete, mas do legislador”<sup>162</sup>, bem como as facilidades de acesso à informação propiciadas pela atual dinâmica social, impõe-se, como valioso instrumental crítico, a análise comparada<sup>163</sup> de diferentes experiências jurídicas, notadamente, as alemã e brasileira. Destarte, em vista de suas particularidades na seara da identificação dos interesses

<sup>156</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil...*, p. 300.

<sup>157</sup> Ao menos nos sistemas jurídicos de matriz europeia continental.

<sup>158</sup> Neste sentido, diz Patrick S ATIYAH: “Se o lesante não paga pelos danos causados, quem o faz? A resposta que já foi enunciada é a de que, grosso modo, a coletividade arca com as custas da condenação.”. Tradução livre. No original: “*If the actual wrongdoers don’t pay for the damages, who does? The answer that has been given already is that, in a broad sense, the public pays*” (ATIYAH, Patrick S. *The damages lottery...*, p.111). No mesmo sentido – em análise conglobante dos ordenamentos alemão, inglês e italiano –, vide: MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido e ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian law: a comparative outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

<sup>159</sup> É que, como bem elucida COELHO, “Se, no plano da lide, o pleito tem pequeno ou nenhum impacto para o patrimônio do demandado e relevância ímpar para o do demandante, sua repetição pode importar sério comprometimento não só para o condenado como para toda a coletividade. No limite, se os empresários de um setor são normalmente condenados a suportar indenizações imputadas, em razão do método *deep pocket*, quem acaba pagando por isso é o consumidor do produto ou serviço em questão” (COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil...*, p.298).

<sup>160</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.85.

<sup>161</sup> Como ocorre, respectivamente, no Brasil e na Alemanha.

<sup>162</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.121.

<sup>163</sup> Afinal, como bem colocam MARKESINIS, COESTER, ALPA e ULLSTEIN, “os grandes sistemas jurídicos devem ser, de algum modo, justapostos, não com o intento de agrupá-los em famílias, mas visando ao delinear de soluções práticas”. Tradução livre. No original: “*the major legal systems must be brought into some sort of logical juxtaposition not for the sake of then grouping them into families, but for the sake of drawing practical conclusions*” (MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; e ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian law: a comparative outline...*, p.207).

merecedores de tutela, abandona-se o método de análise abstrata da evolução da responsabilidade civil, em prol de uma abordagem em concreto dos sistemas alemão e brasileiro, mormente quanto às feições juridicamente formatadas do dano reparável.

## 4 O DANO REPARÁVEL NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL ALEMÃO

### 4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No direito alemão, a responsabilidade civil é nitidamente tida como parte do direito das obrigações, consoante se conclui a partir de rasante análise do BGB. É que, essencialmente, o dever de reparar determinado dano é uma obrigação *ex lege*<sup>164</sup>. Sendo assim, “o pesquisador deve estar preparado para encontrar disposições relevantes não somente em obras que tratem da responsabilidade civil, mas também em tratados sobre todo o direito das obrigações”<sup>165</sup>.

O princípio básico do sistema de responsabilidade civil germânico é o princípio da restituição *in natura* (*Naturalrestitution*), ou seja: “o ofensor deve reparar o bem lesado (§ 249, I, BGB) ou pagar a quantia necessária para sua restauração (§ 249, II, BGB)”<sup>166</sup> – e a compensação pecuniária só tem lugar nas hipóteses em que a reparação *in natura* restar impossibilitada (§ 251, I, BGB) ou excessivamente custosa (§ 251, II, BGB). Sem embargo, o referencial para a quantificação do valor devido varia segundo a provisão que autoriza o pagamento em dinheiro: se o previsto na § 249, II, BGB, tem-se, por base, o valor do reparo; se previsto na § 251, II, BGB, o valor de mercado do bem lesado. Danos extrapatrimoniais, em regra, só são indenizáveis se houver expressa disposição legal neste sentido, consoante determina a § 253, I, BGB<sup>167</sup> – cuja imperatividade foi relativizada pela interpretação judicial, conforme se verá adiante. Igualmente fundamental é o princípio da reparação

---

<sup>164</sup> KOCH, Harald. The Law of Torts. In: ROBBERS, Gerhard. *Introduction to German Law*. 5ª Ed. Munique: Nomos, 2012, p.205.

<sup>165</sup> Tradução livre. No original: “the researcher must be prepared to find the relevant material not merely in tort books but also in treatises of the entire law of obligations” (MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; e ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian law...*, p.22).

<sup>166</sup> MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; e ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian law...*, p.22.

<sup>167</sup> “Ressalvados os danos patrimoniais, a compensação pecuniária somente será admitida nos casos determinados pela lei”. Tradução livre. No original: “Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden”.

integral (*Totalreparation*), segundo o qual o dano antijurídico deve ser totalmente reparado pelo lesante.

Ressalte-se, ademais, que, em linha de princípio, apenas a vítima do dano antijurídico tem legitimidade para pleitear reparação civil. Pessoas que têm suas esferas jurídicas lesadas por ricochete, em regra, não são contempladas pelo escopo das regras germânicas de responsabilidade civil. Nada obstante, há duas exceções legais: “as §§ 844 e 845, do BGB, que dizem respeito a ‘parentes’ que tenham perdido prerrogativas legalmente asseguradas de percepção de pensão alimentícia ou de serviços ‘contra’ a vítima”<sup>168</sup>. “Somente terão ação aqueles a quem o falecido devia, por força de lei, sustentar”<sup>169</sup>. Além disso, há uma exceção construída pela jurisprudência alemã, que diz respeito a danos por ricochete derivados de acidentes fatais, notadamente em casos de *stress* pós-traumático.

No direito alemão, a função precípua da responsabilidade civil é a de compensar a vítima pelos danos suportados. Contudo, tem se tornado voz corrente que “mais recentemente, esta noção individualista foi suplementada pela função regulatória da responsabilidade civil. (...) A responsabilidade civil visa, ao menos em parte, a controlar e prevenir certos comportamentos e a dissuadir ações antijurídicas”<sup>170</sup>.

Há, na Alemanha, um forte esquema de seguridade social que assegura, a pessoas que tiveram algum interesse lesado, diversas modalidades de benefícios<sup>171</sup>. Destarte, a responsabilidade civil está intimamente ligada a mecanismos públicos e privados de terceirização e controle de riscos. Portanto, “a importância prática da responsabilidade civil saltou do nível original de compensação do sofrimento da vítima para uma

---

<sup>168</sup> Tradução livre. No original: “*German tort law, however, has established two exceptions to this general principle: §§ 844, 845 BGB, concerning ‘relatives’ who have lost statutory claims for alimony or services against the victim*” (MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; e ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian law...*, p.23).

<sup>169</sup> Tradução livre. No original: “*only those persons to whom the deceased owed a statutory duty to provide support will be allowed to sue*” (MARKESINIS, Basil; e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts...*, p.926).

<sup>170</sup> Tradução livre. No original: “*More recently, this individualistic notion has been supplemented by a regulatory function of tort liability. (...) Tort law aims, at least in part, at controlling and preventing certain behavior and seeks to deter wrongdoing*” (KOCH, Harald. *The Law of Torts...*, p.205).

<sup>171</sup> MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; e ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian law...*, p.35.

complexa estrutura de distribuição de riscos”<sup>172</sup>. As leis que disciplinam tais esquemas de seguridade social, bem como seguros privados, geralmente preveem que, uma vez indenizada a vítima, a seguradora se sub-roga em sua posição jurídica ativa, donde advêm algumas das peculiaridades processuais inerentes às ações de responsabilidade civil no direito alemão – das quais não se tratará, com maior vagar, neste trabalho.

#### 4.2 OS DANOS REPARÁVEIS NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL ENTABULADO PELO BGB

O sistema codificado de responsabilidade civil na Alemanha conjuga modalidades de responsabilidade fundadas em dois diferentes elementos: culpa (§§ 823 e 826, do BGB) e culpa presumida (§§ 831-838, do BGB). Não obstante, o direito alemão também opera com a responsabilidade civil objetiva, fundada no risco, a qual se define a partir da legislação esparsa.

A mais proeminente das aludidas disposições é a contida na § 823, I, do BGB, segundo a qual quem, intencionalmente ou por imprudência, ofender a vida, o corpo (*rectius*: integridade corporal), a saúde, a liberdade, a propriedade ou *outros direitos* de outrem fica obrigado a reparar o dano causado<sup>173</sup>.

Vida, segundo o entendimento doutrinária e jurisprudencialmente construído, diz respeito àquilo que, na tradição do *Common Law*, convencionou-se chamar de *fatal accident* ou *wrongful death*. O escopo tutelar desta previsão, que tem matriz constitucional<sup>174</sup>, envolve a preservação das condições materiais de existência dos dependentes da vítima fatal<sup>175</sup> – daí a legitimação ativa destes, para fins de reclamo de reparação civil, prevista nas

<sup>172</sup> Tradução livre. No original: “*the practical relevance of tort law has dramatically shifted from the original level of victim compensation by tortfeasors to a complex structure of risk distribution*” (KOCH, Harald. *The Law of Torts...*, p.206).

<sup>173</sup> No original: “*Abs. 823 Schadensersatzpflicht: (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz das daraus entstehenden Schadens verpflichtet*”.

<sup>174</sup> DEUTSCH, Erwin e AHRENS, Hans-Jürgen. *Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld...*, p.83.

<sup>175</sup> Na codificação privada alemã, dependentes são aqueles cujo sustento, por determinação legal, o falecido deveria prover (§. 844, II). Especificamente, são (i) cônjuge supérstite e filhos menores (§§ 1360 e 1602 BGB); (ii) ascendentes diretos (§ 1601 BGB); (iii) a depender das circunstâncias, cônjuge separado ou divorciado (§§ 1361, 1569 e ss. BGB).

§§ 844 e 845, do BGB. Admite-se, ainda, que o espólio do falecido reclame reparação pecuniária pela dor e sofrimento suportados entre o acidente e a morte. Neste quesito, o *Bundesgerichtshof* já consolidou entendimento de que a dor e o sofrimento sofridos por vítima de um acidente fatal, ainda que por tempo exíguo (no caso, 35 minutos), dá ensejo a responsabilização do autor do dano<sup>176</sup>.

Integridade psicofísica (ou corpo e saúde, na dicção do BGB) compreende qualquer ingerência, intrusiva e não consentida<sup>177</sup>, de uma pessoa na corporeidade ou na *psique* de outrem. Assim:

“A precisão terminológica determinou, mais um vez, o emprego de duas palavras [corpo e saúde] – a primeira abrange qualquer ingerência com o corpo da vítima, como machucar seu dedo, quebrar sua perna ou qualquer outra lesão ‘externa’ típica de acidentes automobilísticos. Interferências com a saúde da vítima, por seu turno, relacionam-se a problemas internos causados por circunstâncias externas a seu corpo. Infecções internas, infecções bacterianas, inalação de gases venenosos, gastroenterite, entre outros, entrariam nesta modalidade de dano, bem como, em determinadas circunstâncias, perda de sono (aqui, ver BHG 25, Setembro de 1970, MDR 1971, p.37: barulhos oriundos da vizinhança impedem vítima de dormir). Distúrbios psicológicos que poderiam ser classificados como danos psiquiátricos também podem ser incluídos nos danos à saúde, ao contrário, por óbvio, de mera dor, luto ou sofrimento”<sup>178</sup>.

Também danos oriundos da transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, do consumo de medicamentos falsos ou de medicamentos erroneamente prescritos se enquadram nesta modalidade de dano indenizável<sup>179</sup>. A jurisprudência alemã oscila entre interpretações extensivas e restritivas desta específica seção do § 823, I, do BGB, pelo que não se pode dimensionar, *a priori*, o suporte fático determinante da incidência desta norma.

<sup>176</sup> BGH, 12 de maio de 1992, BGHZ 120, pp. 1 e ss.

<sup>177</sup> DEUTSCH, Erwin e AHRENS, Hans-Jürgen. *Deliktsrecht...*, p.83.

<sup>178</sup> Tradução livre. No original: “*Terminological precision has, again, dictated the use of two words – the first signifying any interference with the body of the plaintiff, such as severing his finger, breaking his leg, or external of the kind typically found in car accident cases. Interference with the plaintiff’s health, on the other hand, refers to externally provoked malfunctions on his inner body. Internal infections, gastro-enteritis, bacterial infection, inhalation of poisonous fumes, etc. would come into this category as, might in appropriate circumstances, loss of sleep. (On this possibility, see: BGH 25, September 1970, MDR 1971, 37: noise from neighboring land preventing plaintiff from sleeping). Psychological disturbances that we would classify under the heading of psychiatric injuries would also be brought under this heading, though not, of course, mere pain, grief and suffering*” (MARKESINIS, Basil; e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts...*, p.45).

<sup>179</sup> Neste sentido: “*Die Fallgruppen reichen von der Vergifte ungeübter die Ansteckung mit AIDS oder andere Schwächungen der Immunabwehr, etwa durch Vergabe zu weitreichender oder falscher Medikamente, den Psychoterror bis hin zum sog*” (DEUTSCH, Erwin e AHRENS, Hans-Jürgen. *Deliktsrecht...* p.85).



Quanto aos danos à liberdade, a doutrina alemã está relativamente apaziguada. O entendimento preponderante é de que esta modalidade de dano se verifica sempre que “a liberdade de movimento da pessoa for severamente restringida por meios físicos ou morais”<sup>180</sup>. A noção de liberdade, enquanto interesse aprioristicamente merecedor de tutela, é, pois, bastante restrita e seu escopo de aplicação se assemelha muito ao do Art. 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, assim redigido:

“1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente;

b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;

c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido;

d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente;

e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo;

f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.

2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie,

---

<sup>180</sup> Tradução livre. No original: “*Liberty is infringed if freedom of movement is severely restricted either physically or by threats or persecution*” (KOCH, Harald. *The Law of Torts...*, p.209).

em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou detenção em condições contrárias às disposições deste artigo tem direito a indemnização<sup>181</sup>.

Quanto à propriedade, é cediço que as lesões aptas a ensejar o surgimento de um dever de reparar são apenas aquelas que realmente impactam no exercício das faculdades inerentes a este direito por seu titular ou em indevidas limitações a seu direito de excluir<sup>182</sup> – contanto que o exercício deste não sufoque a função social da propriedade.

A § 823 I, portanto, protege o direito de propriedade de ações danosas de terceiros. Neste ponto, a síntese de MARKESINIS e UNBERATH é autoexplicativa:

“impedir o proprietário de usar sua propriedade certamente ensejará reparação de danos, se a privação do uso for total (BGH 21 de Junho, NJW, 2264). Analogamente, a contaminação de mantimentos de animais por produtos farmacêuticos que tornam impossível a ulterior venda das cabeças também será acionável com fulcro neste dispositivo (BGH 8 de Novembro, MDR 1989, 244). Retirar coisa de outrem do local em que seu titular gostaria que ela estivesse pode, também, suscitar responsabilização sob o mesmo argumento, bem assim os danos advindos de pichações. Mesmo o uso de uma coisa sem a permissão de seu dono pode dar ensejo ao surgimento de dever de reparar, por ser uma ilegítima interferência no exercício dos poderes proprietários, mesmo que não implique a destruição da coisa ou sua danificação. Derrubar a aliança do autor no rio ou introduzir animais na propriedade alheia, portanto, também acarretaria em prejuízos abrangidos pelo escopo da regra em comento<sup>183</sup>.

A § 823 I, em sua parte final, alude a “outros direitos” (*sonstige Rechte*). Esta expressão, que consiste em legítima cláusula geral, teve sua abrangência bastante restringida pela jurisprudência majoritária e por

<sup>181</sup> CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. 4 de novembro de 1950. Disponível na Internet via <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Última consulta em 19/12/2013.

<sup>182</sup> FUCHS, Maximilian. *Deliktsrecht*. 7a Ed., revista e atualizada. Heidelberg: Springer, 2009, p.38.

<sup>183</sup> Tradução livre. No original: “preventing an owner from using his property will amount to an actionable interference, certainly if the deprivation of use is total. (BGH 21 June, NJW 1977, 2264) Likewise, the contamination of animal foods by pharmaceutical products which then makes the herd that eat them impossible to sell, will also be actionable under this heading. (BGH 8 November, MDR 1989, 244.) Removing the property from where its owner wished it to be may also be actionable under this heading, as would any defacement or denigration of it, for instance, by means of graffiti. Even the use of a thing without the permission of its owner, would be actionable as an interference with property, although it did not entail its destruction or damage. Dropping the plaintiff’s engagement ring in the river, or grazing one’s animals on the plaintiff’s land without his permission, would thus be covered by this provision” (MARKESINIS, Basil; e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts...*, p.50).

representativa parcela da literatura jurídica<sup>184</sup>. O entendimento, hoje consolidado, é de que “a § 823 I, sob a expressão ‘outros direitos’, protege aqueles direitos que se assemelham ao de propriedade”<sup>185</sup>. Direitos reais limitados, portanto, incluem-se, indubitavelmente, no âmbito de abrangência da *mini cláusula geral* contida no rol de interesses tutelados pelo sistema codificado de responsabilidade civil alemão.

Além dos direitos reais limitados, a posse, enquanto direito subjetivo de índole patrimonial, por se assemelhar, nitidamente, à propriedade, inclui-se entre os *outros direitos* de que fala o BGB. Nesta mesma esteira, aparecem, como interesses tutelados sob esta rubrica, todos os afetos à propriedade intelectual, como marcas, patentes, *copyrights* e direitos patrimoniais do autor<sup>186</sup>.

Há acirrada controvérsia doutrinária quanto a possibilidade de inclusão das relações familiares na acepção de *outros direitos*. Segundo FUCHS, os princípios orientadores do sistema de responsabilidade civil instituído pelo BGB exigem que os aspectos das relações familiares que se pretendem tutelar devem ostentar caráter absoluto. Assim, o direito de guarda seria um destes *outros direitos* contemplados pela § 823 I<sup>187</sup>. O dever de fidelidade dos cônjuges, segundo o entendimento do BGH e da maior parte da doutrina alemã, não se insere no campo dos interesses tuteláveis em tese<sup>188</sup>. A explicação é simples: trata-se de uma posição jurídica relativa – e não absoluta, como capitula a norma.

Não obstante a indicação de que a interpretação destes outros direitos deva ser restritiva, delinearam-se, num paulatino esforço construtivo, duas novas modalidades de interesses mercedores de tutela, talhadas sob a forma de direitos-moldura (*Rahmenrechte*): o dificilmente traduzível *Recht am ein gerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* (direito a um empreendimento

---

<sup>184</sup> Alguns autores, como DEUTSCH e AHRENS (*Deliktsrecht...*, p.87), ao abordar o tema, referem-se a “outros direitos absolutos” (*Absolute sonstige Rechte*). Isto é: limitam, *ab initio*, o escopo tutelar da norma em comento.

<sup>185</sup> Tradução livre. No original: “Als ‘sonstige Rechte’ schützt § 823 Abs. 1 zunächst diejenigen, welche vom Recht nach Art des Eigentums ausgestaltet sind” (DEUTSCH, Erwin e AHRENS, Hans-Jürgen. *Deliktsrecht...* p.87).

<sup>186</sup> “Immateriell Güterrechte wie das Patent, Gebrauchsmuster, Urheberrecht und Leistungsschutzrecht, etwa des ausübenden Künstlers, sind sonstige Rechte. Es handelt sich um absolute Rechte, welche dem Inhaber eine Herrschaft über ein unkörperliches Gut, nämlich die Erfindung, das Werk oder die Leistungen einräumen” (DEUTSCH, Erwin e AHRENS, Hans-Jürgen. *Deliktsrecht...* p.88).

<sup>187</sup> FUCHS, Maximilian. *Deliktsrecht...*, p.33.

<sup>188</sup> FUCHS, Maximilian. *Deliktsrecht...*, p.33-34.

funcional e operante) e os direitos de personalidade em sentido amplo (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*).

O direito a um empreendimento funcional e operante – corolário da livre iniciativa, que tem expressão constitucional – se consolidou como uma espécie de cláusula geral, que visa a proteger a atividade empresarial em face de ingerências bastante diversificadas<sup>189</sup>. Sua formulação remete a pronunciamento do *Reichsgericht* datado de 1904, no qual se decidiu pela responsabilização civil de empresário do ramo têxtil que, mediante ameaças de acionamento judicial fundadas em inexistente registro de *design*, impediu a produção e comercialização de modelos de tapetes por concorrente seu. Entendeu-se que esta medida, de cunho nitidamente antijurídico, teria frustrado o direito deste concorrente a um empreendimento funcional e operante<sup>190</sup>.

“O elemento objetivo do suporte fático do juízo de responsabilidade se reporta, hoje, a ingerências imediatas e diretas no funcionamento da empresa. Esta ênfase no aspecto funcional afastou as incertezas de outrora”<sup>191</sup>. Após quase meio século de construção jurisdicional, o BGH tornou pacífico e uniforme o entendimento de que o direito a uma empresa funcional e operante consiste em um dos *outros direitos* de que fala a § 823 I, do BGB<sup>192</sup>. Apesar das críticas que a doutrina, sem tergiversar, direciona a este entendimento, a prática vem especificando, de modo crescentemente restritivo, as hipóteses em que lesões ao interesse em comento ensejam o surgimento de dever de reparar. Ademais, é cediço que lesões ao direito a uma empresa funcional e operante somente podem ensejar imputação do dever de reparar se não identificada outra norma protetiva que possa dar ensejo a este juízo de responsabilidade. Isto é: este interesse merecedor de tutela é subsidiário em relação aos demais.

Doutra banda, a jurisprudência, inspirada pelos valores existenciais enfatizados pela *Grundgesetz*, consolidou, como interesses merecedores de tutela, os direitos da personalidade em sentido amplo (*allgemeine*

<sup>189</sup> MARKESINIS, Basil; e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts...*, p.71.

<sup>190</sup> RG, 27 de fevereiro de 1904. RGZ 84, 24.

<sup>191</sup> Tradução livre. No original: “Der Tatbestand besteht heute in unmittelbaren oder betriebsbezogen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Statt des unsicheren und unbestimmten Unmittelbarkeit Erfordernisses wird heute eher Betriebsbezogenheit verlangt” (DEUTSCH, Erwin e AHRENS, Hans-Jürgen. *Deliktsrecht...* p.89).

<sup>192</sup> Esta é a opinião de FUCHS, que identifica, no *Constanz-Urteil* (BGH, 26 de outubro de 1951. BGHZ 3, 270), a consolidação deste interesse como um daqueles aprioristicamente merecedores de tutela (FUCHS, Maximilian. *Deliktsrecht...*, p.62).

*Persönlichkeitsrecht*) ou, em tradução literal, o direito geral de personalidade. A reparabilidade apriorística de danos a este interesse é fruto de construção jurisprudencial largamente aplaudida pela doutrina. Enfatiza, portanto, a noção de relação jurídica fundamental enquanto cabedal teórico suficiente e adequado à explicação, sob a ótica da ética e do direito, da responsabilidade civil. É o que se depreende do parecer de FUCHS:

“O direito geral de personalidade é hoje uma das mais solidificadas partes do sistema de direito privado e é reconhecido como um direito absoluto. Sua base ética remete à acepção de indivíduo como pessoa dotada de incondicional dignidade e cuja existência representa um fim em si mesmo. Assim, os desdobramentos da personalidade humana e os valores por ela irradiados encerram imperativo moral de respeito à esfera pessoal de cada sujeito”<sup>193</sup>.

Como se viu, o BGB jamais se omitiu quanto à proteção civil de aspectos da personalidade humana. A enumeração de aspectos desta na § 823 I, contudo, mostrou-se insuficiente ao atendimento à demanda social por resguardo de outros interesses existenciais, que refletem a base antropológica da ordem constitucional alemã: a dignidade da pessoa. Da casuística, então, exsurgiu, como espécie de cláusula geral, o *Rahmenrecht* em questão. Neste trilho, é o entendimento de WALTER e WISCHERHOFF:

“O direito geral de personalidade compreende a prerrogativa de exigir cuidados e abstenções em relação à personalidade de cada indivíduo tanto por parte do Estado quanto por parte de agentes privados (BGHZ 24, 72, 76; BGHZ 27,284, 286). Foi construído a partir da jurisprudência do Tribunal Federal Alemão, à luz do art. 1, 2, da Lei Fundamental (BGHZ 13, 334):

‘Atualmente, após a consagração constitucional da dignidade humana (art. 1, GG) e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um, todos devem zelar por seus direitos, bem como pelos direitos dos demais, à luz das normas de conduta (art. 2, GG). O direito geral de personalidade deve ser respeitado como garantia constitucional’.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> Tradução livre. No original: “*Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist heute gesicherter Bestandteil der Privatrechtsordnung und als absolutes Recht anerkannt. Seine ethische Grundlage ist ein Menschenbild, das den Einzelnen als Person und damit als ein Wesen begreift, dem ein unbedingter Selbstwert zu eigen ist und dessen Dasein schon für sich genommen einen Zweck darstellt. Dieses Verständnisses Person-Seins führt zu der Forderung, der Person einen selbstbestimmten Bereich eigener Entfaltung zuzugestehen und hieran das für jeder Mann geltende moralische Gebot zu knüpfen, die persönliche Sphäre eines jeden Menschen zu respektieren. Rechtspolitisch wirkt das die Frage auf, inwieweit diesem Gebot auch rechtliche Geltung zu verschaffen ist.*” (FUCHS, Maximilian. *Deliktsrecht...*, p.36).

<sup>194</sup> Tradução livre. No original: “*Das Rahmenrecht in Gestalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst das Recht des einzelnen auf Achtung und Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit gegenüber dem Staat und im privaten Rechtsverkehr (BGHZ 24, 72,*

Esta figura, fruto de construção jurisprudencial que reflete a valia da noção de relação jurídica fundamental para o estudo e a operação da responsabilidade, é, assim como o direito a uma empresa funcional e operante, subsidiária aos interesses expressamente tutelados pela legislação alemã. Ou seja: o direito geral de personalidade é invocado apenas naquelas situações em que as opções legislativas de tutela de interesses se mostrarem insuficientes à proteção de uma situação jurídica resguardada pelos efeitos do reconhecimento constitucional da primazia da dignidade humana.

A literatura jurídica, sem embargo dos aplausos à concretização do direito geral de personalidade como interesse digno de tutela, sustenta que, a fim de atingir maior segurança jurídica, a especificação, pela legislação, dos interesses existenciais aptos a suscitar a imputação do dever de indenizar seria necessária<sup>195</sup>.

Ao lado da § 823 I, do BGB, a II parte deste dispositivo ostenta relevância singular, por refletir o esforço do legislador alemão em “garantir ao Código uma ‘alma eterna’, colocando-o a salvo das circunstâncias temporais”<sup>196</sup>. Nela, a tipicidade do sistema codificado dá espaço a outras hipóteses de responsabilização civil, que se reportam a eventos danosos conduzidos em contrariedade a normas – em sentido amplo – protetivas (*verletzung eines Schutzgesetzes*). Isto é: a toda e qualquer norma positivada, de direito público ou privado, que se preste a proteger indivíduos ou grupos de indivíduos ao invés do setor público ou da coletividade como um todo<sup>197</sup>. Neste ponto, a literatura especializada costuma diferenciar duas modalidades de normas protetivas (que remetem, a bem da verdade, a categorias próprias do direito penal): as normas de perigo abstrato (*Abstrakte Gefährdungsnormen*), que estabelecem padrões de comportamento tendentes a afastar o potencial

---

76; BGHZ 27, 284, 286). Es wurde durch die Rechtsprechung des BGH aus Art. 1, 2 GG entwickelt (BGHZ 13, 334): ‘Nach dem nun mehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf die Achtung seiner Würde (Art. 1 GG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jeder Mann zu achtendes Recht nicht die Rechte von anderer verletzt oder gegen das Sitten Gesetz verstoß (art. 2 GG), muss das allgemeine Persönlichkeit recht als ein verfassungsmäßige wahr leistetes Grundrecht angesehen werden’ (WALTER, Tassia; WISCHERHOF, Sina. *Deliktsrecht...*, p.73).

<sup>195</sup> DEUTSCH, Erwin e AHRENS, Hans-Jürgen. *Deliktsrecht...* p.91.

<sup>196</sup> AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil: a culpa, o risco e o medo*. São Paulo: Atlas, 2011, p.141.

<sup>197</sup> KÖTZ, Hein; e ZWEIGERT, Konrad. *Introduction to comparative law*. v.2. Tradução de: Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1987, p.296.

surgimento de situações de risco previstas pelo legislador, e as normas de perigo concreto (*Konkrete Gefährdungsnormen*), que proibem determinados comportamentos em vista do conhecido risco que geram a determinados bens jurídicos<sup>198</sup>. Assim, “é importante verificar o modo com que o prejuízo ocorreu (...), porque só será indenizável o dano que resulte de perigo a cujo afastamento ou extinção a norma protetiva se propõe”<sup>199</sup>.

Enfim, a § 826, o último dispositivo integrante da sistematização dos interesses dignos de tutela (ou dos danos injustos e, pois, indenizáveis) no sistema de responsabilidade civil entabulado pelo BGB, indica que o dever de indenizar surge quando uma pessoa, dolosamente ou em contrariedade aos bons costumes (*boni mores*) causa dano a outrem. Sobre este perceptivo, dizem KÖTZ e ZWEIGERT:

“Os tribunais têm empregado este dispositivo para imputar dever de indenizar em uma ampla gama de casos em que se tenha verificado que uma parte causou dano à outra por intermédio de comportamento impróprio a ponto de gerar grande reprovabilidade segundo os padrões morais da pessoa média em relevante segmento social”<sup>200</sup>.

O elemento subjetivo do suporte fático da norma entabulada na § 826, do BGB, é, certamente, o mais restrito dentre os componentes das demais hipóteses normativas que estruturam o sistema codificado alemão de responsabilidade civil. Isso porque, como asseveram MARKESINIS e UNBERATH, é necessário que a intenção de lesar um interesse juridicamente relevante exista e seja objetivamente recognoscível, quer na forma de dolo direto, quer na forma de dolo eventual<sup>201</sup>. Sem embargo disso, é a hipótese mais abrangente em relação ao elemento objetivo de seu suporte fático. Isso porque os interesses por ela abrangidos não foram enumerados pelo legislador, tampouco são indicados na legislação esparsa. Ficam, isso sim, a cargo do julgador que, ao se deparar com um pedido de reparação civil por conduta dolosa e repulsiva aos bons costumes, verificará, à luz das

<sup>198</sup> DEUTSCH, Erwin e AHRENS, Hans-Jürgen. *Deliktsrecht...* p.96.

<sup>199</sup> Tradução livre. No original: “it is of some importance what form the harm takes (...) for harm is only compensable if it results from the very danger which it was the purpose of the protective statute to diminish or eliminate” (KÖTZ, Hein; e ZWEIGERT, Konrad. *Introduction to comparative law. v.2...*, p.296).

<sup>200</sup> Tradução livre. No original: “The courts have used this provision to impose liability in a whole range of types of case where one party has caused harm to another by behavior so offensive and improper as to incur strong disapprobation from the average person in a relevant section of society” (KÖTZ, Hein; e ZWEIGERT, Konrad. *Introduction to comparative law.v.2...*, p.297).

<sup>201</sup> MARKESINIS, Basil; e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts...*, p.889.

circunstâncias fáticas descritas nos autos e de sua impressão pessoal, se houve violação ao *bonus mores*<sup>202</sup> apta a revestir de injustiça o dano suportado pela vítima.

---

<sup>202</sup> MARKESINIS, Basil; e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts...*, p.889.



## 5 O DANO REPARÁVEL NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRO

### 5.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O sistema de responsabilidade civil brasileiro é atípico. Ao invés de operar segundo hipóteses normativas prefixadas pelo legislador, deixa a seleção dos interesses mercedores de tutela a cargo da magistratura. Isto é: não se fia no arrolamento *in abstracto* dos danos reparáveis, mas em sua definição *in concreto*, à luz dos valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Esta abertura do sistema, inspirada pelo direito francês, dá-se por intermédio de cláusulas gerais, as quais se colocam como “válvulas que permitem ao direito reagir de maneira mais imediata a novas exigências”<sup>203</sup>.

“A rigor, a diferença entre os sistemas fundados sobre a base de uma regra genérica e aqueles estruturados em previsões de figuras típicas se individualiza, principalmente, no *diferente papel atribuído à função pretoriana* pelo sistema, no sentido de que, nos primeiros, cabe ao juiz determinar, caso a caso, as necessárias limitações, especificações e articulações do princípio geral que proíbe causar dano injurídico a outrem; enquanto, nos segundos, este problema se resolve, em grande medida, pela lei e pelos precedentes”<sup>204</sup>.

Sucede que, no direito brasileiro, malgrado a centralidade do dano para fins de atribuição do dever de indenizar, este elemento do juízo de reparação jamais foi legalmente conceituado. Além disso, os tribunais não oferecem parâmetros suficientes à afiguração daquilo que se aceita por dano indenizável – e a estarecedora maior parte da doutrina também deixa a desejar quanto a esse desiderato.

---

<sup>203</sup> Tradução livre. No original: “(...) válvulas *que permitan al modelo reaccionar de manera más inmediata a nuevas exigencias*” (LORENZO, Miguel Frederico de. *El daño injusto en la responsabilidad civil...*, p.33).

<sup>204</sup> Tradução livre. No original: “*En rigor, la diferencia entre los sistemas fundados sobre la base de una regla genérica y aquellos estructurados en previsiones de figuras típicas se individualiza, principalmente, en el diverso rol asignado a la función pretoriana por el sistema, en el sentido que, en los primeros corresponde al juez determinar, caso por caso, las necesarias limitaciones, especificaciones y articulaciones des principio general que prohíbe dañar a otro injustamente; mientras en los segundos este problema se halla y a resuelto, en gran medida, en la ley o en los precedentes*” (LORENZO, Miguel Frederico de. *El daño injusto en la responsabilidad civil...*, p.33).

Apesar disso, é corrente a afirmação de que “o dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida”<sup>205</sup>. Ademais, não são raros os escritos que se vinculam à acepção tradicional de responsabilidade civil, que, no Brasil, identifica dano com *ato ilícito*. E há quem, mesmo hoje, filie-se a essa acepção, a exemplo de VENOSA:

“O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se como um comportamento voluntário que transgrede um dever. Como já analisamos, ontologicamente o ilícito civil não difere do ilícito penal; a principal diferença reside na tipificação estrita deste último.

Na responsabilidade subjetiva, o centro de exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito”<sup>206</sup>.

Outras acepções, de viés mais pragmático, indicam que a noção de dano deva se restringir à ideia de prejuízo, de resultado de uma lesão<sup>207</sup>, e que a grande questão posta ao estudioso da responsabilidade civil diria respeito ao momento de identificação do dano. Assim, “o problema que imediatamente se propõe a quem intenta investigar o dano é resolver entre estes dois pontos de vista: ou aguardar o fim do ciclo de consequências provocadas pelo dano, ou proceder desde logo a sua delimitação”<sup>208</sup>. Avante, AGUIAR DIAS alerta acerca dos riscos de se levar essa construção aos extremos:

“Por outro lado, entretanto, é preciso não levar esses princípios aos últimos extremos. Na maioria dos casos, o dano não se oferece com caráter tão definitivo que estabeleça a impossibilidade de alteração futura. Se, tendo isso em vista, se considera depois a irremediável limitação humana quanto ao conhecimento do futuro, então não se pode correr o risco de sustar a avaliação do dano até que se feche o ciclo em que ele se desenvolve, ao influxo dos caprichos do futuro. Pensar assim seria dilatar tão indefinidamente o momento de deferir a indenização que equivaleria a privá-lo de reparação”<sup>209</sup>.

---

<sup>205</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil...*, p.77.

<sup>206</sup> VENOSA, Silvio Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil...*, p.25.

<sup>207</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. v.2. 7ª Ed., revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.794.

<sup>208</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil...*, p.796.

<sup>209</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil...*, p.797.

A vetusta construção de AGUIAR DIAS parece adequar-se melhor ao contemporâneo desenho da responsabilidade civil. Isso porque, como se viu, o elemento central do juízo de reparação, hoje, só pode ser o *dano injusto*. Isto é: o cerne da responsabilidade civil contemporânea consiste em *lesão, advinda de comportamento humano lícito ou ilícito, a determinado interesse eleito pela ordem jurídica como superior em relação àquele que conduz a ação lesiva*. Esta, aliás, é a orientação de PONTES DE MIRANDA, consoante se depreende da seguinte passagem:

“O sistema jurídico traça as linhas de onde começa a responsabilidade pelo dano. A imputabilidade, a atribuição do dever de prestar indenização, nem sempre coincide com a antijuridicidade, nem com algum ‘ato’ que a lei repute ilícito. Às vezes há regra jurídica que, para proteger algum interesse de outrem, permite que se atinja a esfera jurídica de alguém, e estabelece, para equilíbrio, que o favorecido pela lei excepcional indenize o dano causado. Trata-se, aí, de *intromissão permitida*. Outras vezes, há regra jurídica que não veda que se mantenha ou crie riscos para outrem, ou para outros, mas cogita a reparação dos danos que provêm desses riscos. (...) Tem-se, então, a dita *responsabilidade pelo risco*. Assim, a responsabilidade pelo ato ilícito, com o elemento do ato positivo ou negativo, voluntário, no suporte fático, é uma das espécies, pôsto que as leis costumem falar, em geral, de responsabilidade por atos ilícitos. Nem sempre há o ato, nem sempre há, sequer, a ilicitude”<sup>210</sup>.

No vigente Código Civil brasileiro, a viga-mestra do sistema de responsabilidade civil é o artigo 927, que ostenta a seguinte redação:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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.

Este dispositivo, que remete à categoria de *ato ilícito*<sup>211</sup> pronunciada pela parte geral do Código, consagra, à margem de qualquer hierarquização, regras referentes às modalidades de responsabilidade subjetiva e objetiva<sup>212</sup>. Apesar da existência de variadas hipóteses de responsabilidade objetiva na

<sup>210</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LIII. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp.276-277.

<sup>211</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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.

<sup>212</sup> PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado...*, p.923.

legislação esparsa, portanto, o próprio sistema codificado trabalha com esta categoria<sup>213</sup>, na perspectiva de socialização dos riscos naturais à vida em relação em sociedades complexas. O problema referente à fluidez dos contornos do dano indenizável, contudo, persiste – e potencializa os perigos advindos da aplicação, pelos tribunais, da responsabilidade objetiva a situações em que a ocorrência de dano reparável é incerta.

## 5.2 OS DANOS REPARÁVEIS NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL ENTABULADO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

À luz da teoria do fato jurídico, o dano pode ser entendido como o “fato jurídico (...) em virtude do qual o ordenamento atribui ao ofendido o direito de exigir a reparação, e ao ofensor a obrigação de repará-lo”<sup>214</sup>. Neste diapasão, o dano é um fato jurídico em sentido estrito que advém de outro fato jurídico que lhe seja antecedente, de modo que:

“os fatos jurídicos ilícitos no sentido lato (fatos, atos e atos-fatos ilícitos) produzem em geral o *dano ilícito (fato jurídico stricto sensu ilícito)*; enquanto os fatos jurídicos lícitos *lato sensu* (atos e atos-fatos lícitos) podem eventualmente gerar o *dano lícito (fato jurídico stricto sensu lícito)*”<sup>215</sup>.

“O *objeto* do dano se identifica com o objeto da *tutela jurídica*, e conseqüentemente, é sempre um *interesse humano*”<sup>216</sup>. Segundo as lições de DE CUPIS, os interesses juridicamente tutelados se definem a partir da idoneidade do bem a que se reportam para fins de atendimento das necessidades humanas. O objeto de tutela jurídica é circunstancial. Ou seja: varia conforme as particularidades verificadas em cada situação fático-jurídica,

---

<sup>213</sup> Apenas para que se registre, o Código Civil Brasileiro consagra hipóteses específicas de responsabilidade civil objetiva nos artigos 932 e 933, 936, 937 e 938. Trata-se das conhecidas espécies de responsabilidade por fato de outrem, por fato do animal e por fato da coisa, exaustivamente trabalhadas tanto pelos autores tradicionais como pelos de inclinações mais contemporâneas.

<sup>214</sup> BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano...*, p.43.

<sup>215</sup> BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano...*, p.44.

<sup>216</sup> Tradução livre. No original: “*El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y consiguientemente, es siempre un interés humano*” (CUPIS, Adriano de. *El daño...*, p.107).

quanto aos sujeitos, as necessidades e os bens envolvidos<sup>217</sup>. O prejuízo fático é juridicamente qualificado como *dano* sempre que atingir um interesse juridicamente tutelado; sempre que o potencial atendimento a necessidades humanas for obstado por evento que destrua o bem a esta finalidade afetado ou quando o acesso a tal bem restar dificultado. Esta ingerência pode decorrer de fato lesivo lícito ou ilícito – sendo que, como se sabe, a mera ilicitude de determinado ato não basta para dar ensejo ao surgimento da obrigação de reparar.

A qualificadora *injusto* é atribuída ao prejuízo causado em desfavor de um interesse humano compreendido pelo escopo de proteção de normas jurídicas. Em regra, identifica-se a partir da antijuridicidade do fato jurídico que lhe deu azo, mas pode decorrer de fato lícito sempre que “a lei, ao mesmo tempo em que autoriza a violação do interesse de outrem, atribui ao prejudicado o poder de exigir indenização”<sup>218</sup>.

A estruturação de um sistema de responsabilidade civil a partir de cláusulas gerais, como se viu, desloca a identificação dos interesses dignos de tutela do poder legislativo para o judiciário. Além disso, como estas normas abertas não estabelecem o referencial axiológico que deve nortear a eleição do interesse preponderante *in concreto*, o intérprete deve buscá-lo no sistema jurídico, considerado como um todo. Esta é a essência do pensamento sistemático, que inspirou a vigente codificação civil.

Sem embargo desta notável diferença estrutural entre o vigente e o revogado Código Civil, PONTES DE MIRANDA, ainda sob a égide do Código de 1916, enfatizou, no âmbito da responsabilidade aquiliana, os *danos e ofensas com ilicitude absoluta*. Isto é: os interesses humanos ligados a direitos absolutos, se lesados, dão ensejo à reparação civil. O rol enunciado pelo autor, talvez por seu amplíssimo conhecimento acerca do direito alemão, corresponde, em larga medida, aos interesses enumerados pela § 823, do BGB<sup>219</sup>. A jurisprudência recente não afirma, expressamente, a proteção privilegiada que recebem tais interesses absolutos, mas não deixa de outorgar-lhes proteção civil ímpar.

---

<sup>217</sup> CUPIS, Adriano de. *El daño...*, p.111.

<sup>218</sup> BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano...*, p.57.

<sup>219</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo III..., pp.307-344.

Ao lado dos ditos interesses absolutos, a maleabilidade do sistema de responsabilidade civil do Código Civil de 2002 acompanha o surgimento de novas situações danosas na dinâmica social. Deste modo, apesar da inexistência de uma acepção apriorística suficiente de *interesse merecedor de tutela*, é admissível sua definição pela casuística, à luz dos valores predominantes em cada contexto histórico, econômico e social. É que, como bem salienta BODIN DE MORAES, a noção de dano, assim como qualquer outro instituto jurídico, varia ao sabor da história e dos valores predominantes em cada tempo. Por isso, é imperativo reconhecer que “cada época tem seus danos indenizáveis e, portanto, cada época cria seu instrumental, teórico e prático, além dos meios necessários para repará-los”<sup>220</sup>.

Neste quadrante, não apenas mudanças ocorridas no sistema jurídico formal podem implicar o surgimento de novas hipóteses de dano indenizável, como também alterações sensíveis nos valores compartilhados pela comunidade de destinatários da norma, já que é direito “aquilo que uma comunidade manifesta reconhecer como tal”<sup>221</sup>.

Assim, o primeiro aspecto a ser levado em conta no juízo concreto de atribuição do dever de indenizar, é a observância do dever de respeito recíproco demandado pela relação jurídica fundamental (que se reporta tanto à esfera personalíssima de cada sujeito quanto à patrimonial, porquanto o interesse humano tutelável diz respeito à idoneidade do bem que tem por objeto para fins de atendimento de necessidades humanas). Se a alegada lesão põe em xeque um interesse tutelado pelo direito, tem-se um forte indicativo de que se está diante de uma hipótese ensejadora de responsabilidade civil. Se não houve, nesta primeira análise, inobservância ao dever universal de respeito, prossegue-se à etapa seguinte, a qual consiste em “verificar se o interesse dito lesado (...) vem protegido por alguma norma do ordenamento jurídico”<sup>222</sup>. Assim, se houver norma jurídica protetiva ao interesse lesado, prossegue-se à próxima etapa. Caso contrário, não há dano reparável.

À mesma análise que se fez do interesse da vítima deve se submeter o

---

<sup>220</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.150.

<sup>221</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Anablumme, 2013, p.141.

<sup>222</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.162.

interesse do lesante. Destarte, se a conduta lesiva for vedada pelo ordenamento jurídico, o dano gerado poderá ensejar reparação. Se, por outro lado, não houver proibição ou o interesse do lesante for, também, protegido pelo Direito, prossegue-se à verificação da existência de norma jurídica determinadora de prevalência entre os interesses conflitantes<sup>223</sup>. Nesta análise, para além da interpretação literal de enunciados normativos que atribuem ao vetor do fato danoso o dever de compensar os danos suportados por outrem ou outros, entram em cena os variados critérios hermenêuticos de afastamento de conflitos aparentes: norma posterior prevalece sobre norma anterior (critério cronológico); norma especial prevalece sobre norma geral (critério da especialidade); e norma superior prevalece sobre norma inferior (critério hierárquico). Acaso um dos interesses possa ser afastado mediante aplicação destes critérios interpretativos, a lesão a interesse juridicamente tutelado de determinada pessoa pode configurar dano reparável, dependendo, apenas, da existência de lesão concreta. Diferentemente, se o conflito permanecer, segue-se a derradeira etapa: a ponderação judicial dos interesses contendentes, “definindo a relação de prevalência ente eles, com base na leitura das circunstâncias concretas à luz do ordenamento jurídico”<sup>224</sup>.

Assim, por exemplo, é que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a publicação de matéria jornalística baseada em fontes fidedignas que confirmam o envolvimento de agente político envolvido em grande esquema de corrupção, apesar de impactar no direito de imagem do sujeito objeto da reportagem, não enseja a atribuição de dever de reparar os prejuízos à personalidade daquele. A liberdade de imprensa e o direito à informação prevaleceram, neste embate de interesses juridicamente tutelados, sobre o direito de imagem<sup>225</sup>.

Em oportunidade diversa o mesmo Tribunal Superior entendeu que a publicação não consentida de imagem de determinada pessoa em circunstâncias chocantes ou socialmente repugnantes em veículo de comunicação em massa gera dano indenizável. Isto é: a liberdade de imprensa e o direito à informação cedem, neste embate de interesses juridicamente

---

<sup>223</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, pp.163-164.

<sup>224</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.166.

<sup>225</sup> STJ. REsp 1414887/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 28/11/2013.

tutelados, ao direito de imagem<sup>226</sup>.

Apesar da singeleza do raciocínio descrito e do acerto de variados julgados quanto à complexa inter-relação de interesses juridicamente tutelados, a jurisprudência brasileira – que vem fazendo jus à alcunha que lhe atribuem Cândido DINAMARCO e Eduardo CAMBI – afirma a existência de dano reparável em situações esdrúxulas ou nega a reparação de danos que vilipendiam interesses indubitavelmente tutelados pela ordem jurídica. Ainda, à falta de um modelo que prestigia a hierarquia e a força vinculante dos precedentes, alguns Tribunais (às vezes através de uma mesma Câmara, sob relatoria de um mesmo Desembargador) posicionam-se de maneira diametralmente oposta diante de casos evidentemente similares, ao arrepio da isonomia<sup>227</sup>.

A título de exemplo, os citados entendimentos do STJ acerca da existência circunstancial de dano indenizável em situações de conflito entre, de um lado, a liberdade de imprensa e o direito à informação e, doutro, o direito de imagem acertam em buscar, nas circunstâncias fático-jurídicas subjacentes às controvérsias analisadas, elementos aptos a atribuição ou ao afastamento do dever de indenizar. Não obstante, a Súmula 403 da Corte de Vértice consolida, incondicionalmente, o entendimento de que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. Este enunciado sumular, por imperativo de isonomia, deveria ter sido aplicado a ambos os casos, ainda que, em concreto, as soluções a eles emprestadas pelo STJ sejam acertadas. Isso porque o suposto fático da hipótese normativa nela encartada (publicação não autorizada de imagem, para fins econômicos ou comerciais) está presente nos dois casos. Pior: a súmula 403 sequer foi mencionada no corpo do acórdão que julgou o caso do agente político, tampouco foram oferecidas justificativas idôneas a sua inaplicabilidade.

Além disso, não são raros os acórdãos que afastam a ocorrência de dano indenizável a partir de inacreditáveis justificativas, como no célebre caso da atriz que teve frustrada sua pretensão à reparação civil por danos morais

---

<sup>226</sup> STJ. REsp 1082878/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 18/11/2008.

<sup>227</sup> O tema dos precedentes, apesar de digno de nota, foge ao escopo deste trabalho. Permita-se, assim, remeter à obra MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



decorrentes do uso indevido de sua imagem, pelo fato de ser considerada uma mulher atraente<sup>228</sup> – este julgado, felizmente, foi reformado pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>229</sup>, mas não deixa de ser exemplo das impropriedades a que a falta de critérios para identificação de danos reparáveis pode conduzir.

Nessa mesma esteira, ganhou destaque nos tabloides a sentença que, proferida pelo juiz de Direito da Vara Cível do Foro da Comarca de Tubarão, pôs termos à controvérsia cingida em identificar dano indenizável na situação vivenciada por jovem que foi barrada na entrada de evento festivo que exigia traje “Gala a Rigor” por não ter se vestido adequadamente. São os termos da sentença:

“(…) o julgamento da lide cinge-se a verificar se o fato de a autora ser barrada na entrada do baile constitui-se em um ilícito capaz de gerar danos morais.

(…)

Como determinar quem tem razão? Nomear um estilista ou um colunista social para, cientificamente, verificar se o vestido portado pela autora era ou não de gala a rigor? Ridículo seria isto.

Sob meu ponto de vista, quem consente com a futilidade a ela está submetida. Ora, no momento que uma pessoa aceita participar destes tipos de bailes, aliás, nos quais as indumentárias, muitas vezes, se confundem com fantasias carnavalescas, não pode, após, insurgir-se contra as regras sociais deles emanadas. Se frívolo é o ambiente, frívolos são todos seus atos.

(…)

Apenas entenderam que o traje da autora não se enquadrava no conceito de gala a rigor e, por conseguinte, segundo as regras do baile, sua entrada não foi permitida. Isto, sob meu julgamento, não gera danos morais, pois não se trata de ato ilícito. Para quem tem preocupações sociais, pode até ser um absurdo o ocorrido, mas absurdo também não seria participar de um evento previamente organizado com regras tão estultas?

(…)

Cada cidadão e cidadã é livre para escolher seu próprio caminho. Mas quem trilha as veredas das galas de rigor e das altas sociedades, *data venia*, que aceite seu tempos e contratempos, e deixe o Poder Judiciário cuidar dos conflitos realmente importantes para a comunidade em geral”<sup>230</sup>.

<sup>228</sup> TJRJ. EI 0011236-18.1998.8.19.0000, Rel. Des. Wilson Marques. Julgado em 29/09/1999.

<sup>229</sup> STJ. REsp 270730/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/12/2000, DJ 07/05/2001, p. 139.

<sup>230</sup> Trata-se de sentença proferida nos autos de ação reparatória autuada sob o número 075.99.009820-0/0000, disponível na Internet via

Ainda que, aparentemente, a conclusão a que chegou o togado tenha sido acertada, sem embargo da filiação aos obsoletos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil, seu desabafo oferece fundamentação, no mínimo, esdrúxula. A um, porque, independentemente da futilidade de determinados setores da sociedade, é certo que eles integram a comunidade de destinatários das normas jurídicas e, pois, ostentam o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva de seus direitos, por mais mesquinhos que possam ser. A dois, porque não se perfez o caminho da apreciação cotejada dos interesses em jogo. Ao contrário: apenas foi enxovalhada a pretensão (fútil, é certo) da autora e julgado improcedente seu pedido com base em argumentos estranhos ao processo, além da simples negativa da existência de ato ilícito.

Decisões absurdas quanto à (in)existência de dano reparável, especialmente em matérias afetas aos ditos *novos danos* (que são consequência de fatos jurídicos em sentido amplo que lesionam interesses cujo merecimento de tutela ainda é dúbio, em virtude de sua novidade), não são raras, consoante demonstra, com muita felicidade, a literatura especializada<sup>231</sup>.

Na seara dos danos à propriedade, não tanto pela identificação do dano indenizável, mas pela atribuição do dever de indenizar, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que os danos causados por reses de determinado proprietário à lavoura de seu vizinho em virtude da destruição das cercas divisórias por integrantes de movimento social são imputáveis ao dono dos animais, em solidariedade com o Estado. Não obstante a nítida ocorrência de fato de terceiro, que fulmina a relação de causalidade e qualquer possibilidade de imputação dos danos ao proprietário dos animais, entendeu-se pela existência de dano indenizável a ele imputável – e não às pessoas que destruíram as cercas lindeiras<sup>232</sup>.

Apesar dos graves problemas de que estas decisões são reflexo, parece certo que o dano deva, a partir dos critérios sugeridos, ser compreendido como mecanismo de seleção dos interesses mercedores de

---

<<http://www.lediorosa.com.br/direito/deciso/es/sentenca-vestido-de-baile/>>. Última consulta em 01/06/2014.

<sup>231</sup> Especialmente BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana...*, pp.141-192.

<sup>232</sup> TJSP. AC 271.309-5/1, Rel. Des. Guerrieri Rezende, Julgado em 17/11/2005, DJ 13/12/2005.

tutela operado por intermédio da atividade jurisdicional. Não é outra, aliás, a posição de Anderson SHCREIBER:

“Não há dúvida de que, em um cenário de gradual objetivação da responsabilidade civil e de flexibilização da prova do nexo causal, a aferição do dano se eleva a único filtro capaz de, legitimamente, funcionar como instrumento de seleção das demandas de responsabilização. A melhor via parece ser, portanto, a de reconhecer o dano ressarcível como cláusula geral, operando uma efetiva ponderação de interesses em conflito para fins de configuração de elemento imprescindível à deflagração do dever de reparar”<sup>233</sup>.

A efetividade deste modelo, malgrado a recente compleição de seu primeiro decênio de vigência, remanesce dependente de um sensato exercício de judicatura<sup>234</sup>, com cuja concretização os parâmetros propostos pretendem, muito modestamente, colaborar.

---

<sup>233</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.193.

<sup>234</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths e ARNT RAMOS, André Luiz. A propósito do novo código civil brasileiro. In: DELLAGRAVE NETO, José Afonso e GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords). *O impacto do novo código civil no direito do trabalho*. 2ª Ed, no prelo.

## 6 APONTAMENTOS CONCLUSIVOS: A DIFERENÇA ESTRUTURAL DOS SISTEMAS ANALISADOS E SUA APROXIMAÇÃO FUNCIONAL

“Um dos problemas mais delicados e difíceis que se apresenta ao direito privado contemporâneo consiste em determinar quais são os danos injustos”<sup>235</sup>. Consoante se procurou demonstrar, a tradição romano-germânica ocidental oferece dois modelos de resposta a este problema: (i) a previsão, ao lado de pontuais disposições regulamentares, de normas abertas que permitam a atribuição do dever de indenizar em face de qualquer dano a interesse juridicamente tutelado; e (ii) a regulamentação de hipóteses típicas e apriorísticas de interesses tuteláveis e, pois, de danos reparáveis.

Estas propostas correspondem, respectivamente, aos modelos brasileiro e alemão. Evidentemente, essas experiências jurídicas não concretizam cada proposta em sua pureza, posto ter a praxe descortinado a inocuidade da tipificação, que engessa o sistema, e da cláusula aberta, que, de tão maleável, sacrifica a segurança jurídica. Assim é que, na Alemanha, doutrina e jurisprudência construíram a figura dos *Rahmenrechte* (que congloba o direito geral de personalidade – *allgemeiner Persönlichkeitsrecht* – e o direito a uma empresa funcional e operante – *Recht am ein gerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*), que, ao lado de dispositivos legais contidos no próprio BGB, opera flexibilização do sistema, com o fito de contemplar as necessidades da sociedade contemporânea. Em sentido contrário, a loteria jurisprudencial propiciada pela maleabilidade do modelo brasileiro e pelo desprestígio do precedente judicial nos tribunais pátrios impele algumas vezes a reclamar maior certeza quanto aos interesses merecedores de tutela<sup>236</sup> ou a fixação *top-down* de hipóteses de dano injusto e do *quantum* reparatório<sup>237</sup>.

---

<sup>235</sup> LORENZO, Miguel Frederico de. *El daño injusto en la responsabilidad civil...*, p.31.

<sup>236</sup> Neste aspecto, salta aos olhos os incansáveis esforços doutrinários no sentido de superar o critério da dor como parâmetro de identificação do dano existencial, que, a rigor, deve ser tido como ofensa à personalidade do ofendido. A título de exemplo, é a posição de Anderson SCHREIBER (*Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, pp.129-135) e de Maria Celina BODIN DE MORAES (*Danos à pessoa humana...*, pp.143-192).

<sup>237</sup> Cite-se, neste quadrante, a malfadada tabela que indica faixas de indenização para fins de quantificação do dano moral em diversas hipóteses de danos tidos por ressarcíveis (*STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais*. [online]. Disponível na Internet via: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679)>. Publicado em 13/09/2009. Última consulta em: 19/12/2013).

As diferenças estruturais e de técnica legislativa<sup>238</sup>, portanto, não obstam a convergência dos modelos analisados em relação ao problema da seleção dos interesses merecedores de tutela. Sob a perspectiva funcional, valorizada pelo *problem-solving approach* comparatista, as diferentes técnicas empregadas pelos sistemas de responsabilidade civil codificados brasileiro e alemão conduzem a soluções semelhantes, sempre centradas no casuísmo e na determinação, *in concreto*, do dano injusto. Esta convergência, aliás, não se limita aos sistemas predominantemente típicos e atípicos, mas compreende também os sistemas mistos, com o italiano, a cujo respeito Anderson SCHREIBER traça a seguinte consideração, que compreende os contrastes propostos neste trabalho:

“Sem embargo, portanto, de seus pontos de partida diferenciados, o certo é que, hoje, juristas italianos e brasileiros, alemães e franceses, americanos e ingleses, juristas, enfim, de ordenamentos típicos e atípicos defrontam-se com um mesmo problema, sobretudo em matéria de dano não patrimonial, a seleção dos interesses merecedores de tutela”<sup>239</sup>.

A solução deste problema, em qualquer experiência jurídica, orbita em torno do papel desempenhado pela jurisdição e da maneira com que a casuística define, com alguma estabilidade, os interesses merecedores de tutela que, se lesionados, ensejam dano injusto e, pois, reparável. As diretrizes extraídas da noção de relação jurídica fundamental e da compreensão de dano injusto como fato jurídico lícito ou ilícito derivado de um fato antecedente que lesione interesse tutelado pelo ordenamento jurídico servem de parâmetros para consagração doutrinária e jurisprudencial, no Brasil e na Alemanha, de cenário jurídico mais favorável à segurança em matéria de responsabilidade civil, independentemente da técnica legislativa empregada em cada sistema de direito. E é aqui que o instrumental teórico do direito comparado ganha força, pois permite, a um só tempo, desvendar experiências jurídicas as mais diversas e, a partir do contraste, melhor conhecer as peculiaridades do sistema de direito em que o estudioso do direito se insere.

A responsabilidade civil é o setor do ordenamento mais sensível à dinâmica social. Analogamente, é o espaço de afirmação do direito oficial que

---

<sup>238</sup> WAGNER, Gerhard. Comparative tort law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p.1013.

<sup>239</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.118.

ostenta maior possibilidade de irritação da sensibilidade comunitária e individual. A observância, quando da verificação da reparabilidade de determinado dano à luz dos valores consagrados pelo ordenamento jurídico e reconhecidos pela comunidade de destinatários como válidos e vigentes, é crucial para recuperar e preservar a legitimidade do sistema jurídico oficial, pois lhe viabiliza o atingimento de seu desiderato de assegurar, a esta comunidade, alguma previsibilidade quanto à operabilidade da ordem normativa que regula a dinâmica social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. v.2. 7ª Ed., revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1983

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: CJP, 2012

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil: a culpa, o risco e o medo*. São Paulo: Atlas, 2011

ALTHEIM, Roberto. *Atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil*. Curitiba, 2006. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª Ed. revista, modificada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

ATIYAH, Patrick Selim. *The damages lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997

BAPTISTA, Silvio Neves. *Ensaio de direito civil*. São Paulo: Método, 2006

BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano: de acordo com o novo código civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Humor, liberdade de expressão e responsabilidade*. Palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Civil, Curitiba-PR, em 11 de junho de 2013

BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da mitologia: histórias de deuses e heróis*. 34ª Ed. Tradução de David Jardim. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade*. FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE

COIMBRA. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989

CAPELOTTI, João Paulo. *O nexu causal na responsabilidade civil: entre a certeza e a probabilidade*. 2012. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2ª Ed. Coimbra: Centelha, 1981

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012

CHAVEZ, César. Responsabilidad del Estado. El deber de Reparación del Estado em la Delegación Transestructural de Cometidos. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración. n. 223, ano 19, 1997

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. v.2. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

CORTIANO JUNIOR, Eroulths e ARNT RAMOS, André Luiz. A propósito do novo código civil brasileiro. In: DELLAGRAVE NETO, José Afonso e GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords). *O impacto do novo código civil no direito do trabalho*. 2ª Ed, no prelo

COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

CUPIS, Adriano de. *El daño: teoria general de la responsabilidad civil*. Tradução de Angel Martínez Sarrión. 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 1975

DEUTSCH, Erwin e AHRENS, Hans-Jürgen. *Deliktsrecht: Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld*. 5ª Ed., revista, atualizada e ampliada. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2009

EBERT, Kurt Hanns. *Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen*. Berna: Stämpfel, 1978



FACHIN, Luiz Edson. *Função social da posse e da propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3ª Ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2001

FUCHS, Maximilian. *Deliktsrecht*. 7ª Ed., revista e atualizada. Heidelberg: Springer, 2009

GLASER, Julins. *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrechts I*. Viena: Tender & Comp, 1858

GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance*. Curitiba, 2010. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Tradução de: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008

HESPANHA, Antonio Manuel. *Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX*. Separata de: Vértice, n. 340. Coimbra: Atlântida Editora, 1972.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Anablumme, 2013

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de João Vergílio G. Cutter. São Paulo: Martins Fontes, 2000

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1995

JOSSERAND, Louis. *Evolução histórica da responsabilidade civil*. *Revista forense*. Rio de Janeiro: Forense. v. 8, n. 454, 1941

KANT, Immanuel. *Groundwork for the metaphysics of morals*. Tradução de: H. J. Paton. Nova Iorque: Harper Torchbooks, 1964

KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Hamburg: Felix Meiner, 1952

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica juridica*. Tradução de: Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993

LIMA LOPES, José Reinaldo de; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de história do direito*. 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Método, 2009

LORENZO, Miguel Frederico de. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996

MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido e ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian law: a comparative outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005

MARKESINIS, Basil; e UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise*. Oxford: Hart Publishing, 2002

MERCADANTE, Paulo. *A coerência das incertezas: símbolos e mitos na fenomenologia histórica luso-brasileira*. São Paulo: É realizações, 2001

MONTEIRO, Antonio Pinto. A parte geral do código, a teoria geral do direito civil e do direito privado europeu. FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil brasileiro*. v.4. São Paulo: Saraiva, 1979

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992

ÖRÜCÜ, A. Esin. Methodology of comparative law. In: SMITS, Jan M. (Org). *Elgar encyclopedia of comparative law*. Northampton: E. Elgar, 2006

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Atlas, 2007

PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado*. 6ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Manole, 2012

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª Ed., revista. Rio de Janeiro: Forense, 1998

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A importância de uma teoria (geral) do Direito Civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo LIII. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

RABEL, Ernst. *Das Recht des Warenkaufs*. V. 1. Berlin: Walter de Gruyter, 1936

REALE, Miguel e MARTINS-COSTA, Judith (Coords.). *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª Ed, 8ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010
- REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968
- REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006
- ROBBERS, Gerhard. *Introduction to German Law*. 5ª Ed. Munique: Nomos, 2012
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de: Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
- SANDEL, Michael J. *Justice: what's the right thing to do?*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009
- SANTOS, Mario Ferreira dos. *Lógica e dialética: lógica, dialética e decialética*. São Paulo: Paulus, 2007
- SANTOS, Mário Ferreira dos. *Teoria do conhecimento (gnosologia e criteriologia)*. 3ª Ed. São Paulo: Logos, 1952
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012
- SCRUTON, Roger. *A short history of modern philosophy*. 2ª Ed. Londres: Routledge, 2002
- SGARBOSA, Luís Fernando; e JENSEN, Geziela. *Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008
- SILVA, Ovídio A. Batista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª Ed., revista. Rio de Janeiro: Forense, 2007
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 2ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2012
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista jurídica*. a. 50, n. 296, junho de 2002
- VENOSA, Silvio Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 6. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009
- WALTER, Tassia e WISCHERHOF, Sina. *Deliktsrecht. Schuldrecht Besonderer Teil*. Stuttgart: AchSo!, 2006

WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 2ª Ed. Londres: University of Georgia Press, 1974

ZEKOLL, Joachim; REIMANN, Mathis (orgs.). *Introduction to German Law*. Munique: Kluwe Law International, 2005

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law.v.1*. 2ª Ed., revista e atualizada. Tradução de Tony Weir. Oxford: Claredon Press, 1987