

ROBERTO ALTHEIM

**A ATRIBUIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR
NO DIREITO BRASILEIRO
SUPERAÇÃO DA TEORIA TRADICIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior

CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTO ALTHEIM

A ATRIBUIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR

NO DIREITO BRASILEIRO

SUPERAÇÃO DA TEORIA TRADICIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de de 2006

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço aos meus familiares, que durante toda a minha vida me deram o suporte necessário para minhas jornadas.

Sou muito grato aos professores José Antonio Peres Gediél, Sérgio Seleme e Luiz Edson Fachin pelas lições e estímulos à pesquisa durante a graduação e pós-graduações cursadas.

Agradeço ao meu orientador, professor Eroulths Cortiano Júnior, pela amizade, paciência e dedicação. Além disto, e sobretudo, por ser o exemplo de mestre e pesquisador a ser seguido.

Por fim, meus sinceros agradecimentos aos amigos Alexandre Pydd, Aline Fabiana Campos Pereira, Daniel Correa Polak, Fabiane Seniski, Karina Magatão e Weslei Vendruscolo, por terem despendido tempo lendo e criticando este trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
RESUMEN	viii
INTRODUÇÃO	1
1 A SUPERAÇÃO DA ERA DA SEGURANÇA E O TRATAMENTO DO DEVER DE INDENIZAR PELO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	10
1.1 A MODERNIDADE E O TRATAMENTO DO DEVER DE INDENIZAR PELO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916.....	10
1.2 A SUPERAÇÃO DA "ERA DA SEGURANÇA"	20
1.2.1 A Desconfiança nos "Sistemas-Perito"	25
1.2.2 Mal-Estar na Modernidade	31
1.3 A CONTEMPORANEIDADE E A REGULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL....	37
2 DA POSTURA LÓGICO-DEDUTIVA À TÓPICO-INDUTIVA	52
2.1 O DIREITO COMO UM SISTEMA FECHADO E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916.....	52
2.2 A SUPERAÇÃO DA IDÉIA DO DIREITO COMO SISTEMA FECHADO	62
2.3 NECESSÁRIA CONJUGAÇÃO DAS POSTURAS TÓPICO-INDUTIVA E LÓGICO-DEDUTIVA.....	70
3 SUPERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	82
3.1 PRESSUPOSTOS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	83
3.1.1 Dano.....	84
3.1.2 Ato Ilícito ou Risco Reconhecido em Lei.....	86
3.1.3 Nexo de Causalidade	97
3.2 CRISE DOS PRESSUPOSTOS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – UMA VISÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA	102
3.3 PRESSUPOSTOS CONTEMPORÂNEOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	113
3.3.1 Antijuridicidade	116
3.3.2 Dano Injusto	122

3.3.3	Nexo de Imputação (ou Fator de Atribuição)	127
3.3.4	Nexo de Causalidade	145
3.4	OS PRESSUPOSTOS CONTEMPORÂNEOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A POSTURA TÓPICO-INDUTIVA	150
4	A CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002.....	159
	CONCLUSÃO	169
	REFERÊNCIAS	177
	ANEXO - DECISÕES MENCIONADAS NA SEÇÃO 3.2.....	183

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a teoria da responsabilidade civil. Conforme os pensamentos tradicionais a respeito do tema são apontados como pressupostos para o surgimento da obrigação jurídica de indenizar a ocorrência de uma conduta, de um dano e de nexos causal entre eles. Estes pressupostos foram construídos em consonância com os ideais defendidos pela modernidade, visando à implementação para o Direito do que aqui se denomina mundo da segurança. A partir das idéias de sistemas-perito de Anthony Giddens e de mal-estar na modernidade de Sérgio Paulo Rouanet demonstra-se que esta segurança sobre a qual os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil foram construídos desabou. Defende-se, então, a necessidade de o aplicador do direito conjugar as posturas tópico-indutiva e lógico-dedutiva. No que tange à responsabilidade civil isto significou o necessário abandono dos pressupostos tradicionais. Relata-se que, apesar desta constatação, os tribunais brasileiros continuam apegados à teoria tradicional da responsabilidade civil, o que gera decisões que não parecem adequadas aos pressupostos do dever de indenizar nelas mencionados. São apontados como pressupostos contemporâneos da responsabilidade civil a antijuridicidade, o dano injusto, o nexo de imputação e o nexo de causalidade. Por fim, expõe-se que a cláusula geral prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro de 2002 tornou ainda mais clara a superação dos pressupostos tradicionais do dever jurídico de reparar danos.

Palavras-chave: Direito, responsabilidade, pressupostos, conduta, ilícito, dano, causalidade, antijuridicidade, imputação, atribuição, risco.

ABSTRACT

The purpose of this paper is the civil liability theory. According to the traditional thinking on the topic, the presuppositions for the uprising of the juridical obligation to offer indemnity are the occurrence of a conduct, damage and the causal nexus between. Such presuppositions were constituted in accordance with the ideals cherished by modernity, aiming at the implementation – for the Law – of what here is denominated as the security world. From such ideals of expert-systems, by Anthony Giddens and of dissatisfaction in modernity, by Sérgio Paulo Rouanet it is shown that security, on which the traditional presuppositions of civil liability were built, has tumbled down. It is advocated, then, the need of the Law applier to conjugate the topic-inductive and logic-deductive attitudes. For civil responsibility it brings the necessary abandonment of the traditional presuppositions. It is reported that Brazilian courts are still attached to the traditional civil liability theory, which generates decisions that seems not adequate to the presuppositions of the duty to indemnify within. As contemporary presuppositions for the civil liability there are the anti-juridicity, unfair damage, imputation nexus and causality nexus. Finally, it is said that the general clause foreseen in the sole paragraph of the 927th article of the Brazilian Civil Code, 2002 edition, makes it even more clear the outdated of the traditional presuppositions in connection with the legal duty to repair damages.

Key-words: Law, liability, presuppositions, conduct, illicit, damage, causality, anti-juridicity, imputation, attribution, risk.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto de estudio la teoría de la responsabilidad civil. Según los pensamientos tradicionales a respecto del tema son señalados como presupuestos para el apareamiento de la obligación jurídica de indemnizar la ocurrencia de una conducta, de un daño y de nexo causal entre ellos. Estos presupuestos fueron contruidos en consonancia con los ideales defendidos por la modernidad, teniendo por objeto la implementación para el Derecho que aquí se denomina mundo de la seguridad. A partir de las ideas de sistemas-perito de Anthony Giddens y de malestar en la modernidad de Sérgio Paulo Rouanet se demuestra que esta seguridad, sobre la que los presupuestos tradicionales de la responsabilidad civil fueron contruidos, se desplomó. Se defiende, entonces, la necesidad del aplicador del derecho de conjugar las posturas tópico-inductiva y lógico-deductiva. En lo que se refiere a la responsabilidad civil esto significó el necesario abandono de los presupuestos tradicionales. Se relató que, pese a esta constatación, los tribunales brasileños continúan apegados a la teoría tradicional de la responsabilidad civil, lo que produce decisiones que no parecen adecuadas a los presupuestos del deber de indemnizar; que en ella se mencionan. Se señalan como presupuestos contemporáneos de la responsabilidad civil la antijuridicidad, el daño injusto, el nexo de imputación y el nexo de causalidad. Finalmente, se expuso que la cláusula general prevista en el párrafo único del artículo 927 del Código Civil brasileño de 2002 hizo aún más clara la superación de los presupuestos tradicionales del deber jurídico de reparar daños.

Palabras Clave: Derecho, responsabilidad, presupuestos, conducta, ilícito, daño, causalidad, antijuridicidad, imputación, atribución, riesgo.

INTRODUÇÃO

A teoria da responsabilidade civil é o objeto de estudo desta dissertação. Não se pretende abranger todos os detalhes dogmáticos da matéria, mas sim demonstrar que tal teoria não mais pode ser pensada como consta nas lições tradicionais a respeito¹.

Entende-se por "teoria da responsabilidade civil" o estudo das situações em que é imposto a alguém dever jurídico de responder pelas conseqüências desfavoráveis sofridas pela vítima de um fato danoso. É o campo de análise das hipóteses a partir das quais surge a obrigação de indenizar². "Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil."³

Em outras palavras, mas na mesma esteira, pode-se definir a responsabilidade civil como "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 norma imputa a obrigação"⁴.

A responsabilidade civil, pois, é associada à idéia de reparabilidade do dano por meio da imposição do dever de indenizar em razão da prática de um ato contrário ao ordenamento, nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, ou de um ato previsto em lei como ensejador de responsabilização apesar de lícito, como ocorre nas situações de responsabilidade objetiva⁵.

¹Utiliza-se aqui o adjetivo "tradicional" para diferenciar as idéias expostas daquelas surgidas após a "crise dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil", o que será analisado em momento futuro do trabalho.

²MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Anaconda Cultural, 1986. p.16.

³PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.11.

⁴BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003. p.60.

⁵BUERES, Alberto J. **Derecho de daños**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p.441.

Assim, afirma-se que "a doutrina da responsabilidade civil tem por fim determinar quem é o devedor da obrigação de indenizar quando um dano é produzido"⁶, de forma que "quando a lei impõe ao autor de certos factos ou ao beneficiário de certa actividade a obrigação de reparar os danos causados a outrem, por esses factos ou por essa actividade, depara-se-nos a figura da responsabilidade civil"⁷.

Ciente da complexidade da matéria, este estudo pretende expor a travessia entre a teoria tradicional e contemporânea no que tange apenas aos pressupostos do dever de indenizar. Isto a partir da constatação⁸ de que em algumas situações indenizatórias não estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil normalmente apontados pela doutrina tradicional (conduta ilícita ou ato previsto em lei como de responsabilidade objetiva, dano e nexos causal entre os primeiros⁹).

Parte-se da premissa de que os elementos da teoria da responsabilidade civil não são imutáveis. São eles na realidade vinculados a conjunturas temporais e espaciais, de forma que variam com o decorrer do tempo e são diferentes para cada local. Um dano que hoje é indenizável por determinada pessoa no Brasil pode não sê-lo em outro país ou em outro tempo.

Com isto quer-se dizer que a eleição feita pelo ordenamento jurídico a respeito de quem deve indenizar e quais danos devem ser reparados "varia no tempo e no espaço, de acordo com os avanços e retrocessos de cada sistema jurídico, ao sabor de fenômenos políticos, econômicos e culturais"¹⁰.

⁶GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.491.

⁷MOTA PINTO, Carlos Alberto da; MONTEIRO, António Pinto. **Teoria geral do direito civil**. 4.ed. Coimbra, Editora Coimbra, 2005. p.128.

⁸Vide seção 3.2.

⁹Os chamados pressupostos "tradicionais" da responsabilidade civil serão melhor analisados na seção 3.1.

¹⁰MONTENEGRO, **Responsabilidade civil**, p.15.

Da mesma forma, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que:

...o problema da responsabilidade civil não traduz outra exigência senão aquela de determinar – segundo critérios temporais de conveniência – as condições em relação às quais um dano deve ser suportado por um sujeito ou por outro. (...)

A disciplina da responsabilidade civil, portanto, deve muito mais a escolhas político-filosóficas do que a evidências lógico-rationais, decorrentes da natureza das coisas. (...) Assim é que há danos que são passíveis de indenização em determinados países e não o são em outros, embora se trate de sistemas jurídicos da mesma família e muito semelhantes entre si.¹¹

É por esta razão que, por exemplo, os danos extrapatrimoniais outrora não recebiam indenização. Da mesma forma, os prejuízos sofridos por consumidores em decorrência de defeitos nos produtos eram antes suportados por eles próprios¹² e passaram, a partir do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), a serem imputados aos fornecedores¹³. As vítimas de acidentes de trânsito na França, diferentemente do que ocorre no Brasil, são indenizadas pelo motorista mesmo que os danos por elas sofridos sejam decorrentes de fato de terceiro ou força maior, uma vez que de acordo com a Lei Badinter apenas desaparecerá o dever reparatório se

¹¹MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.20-21.

¹²Isto porque cabia aos consumidores provar dolo ou culpa dos fornecedores para que então tivessem direito a indenização, nos termos do artigo 159 do Código Civil de 1916, uma vez que não havia nenhuma hipótese legal de responsabilidade objetiva para vícios dos produtos. E "demonstrar que o produtor agira de forma culposa ainda no momento da produção do bem tornava-se excessivamente custoso para o adquirente, verdadeira probatio diabolica, em especial se for considerado o fato de que a produção é em grande escala e realizada por máquinas e não pelo homem" (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelo risco do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.72).

¹³Artigo 12 da Lei n.º 8.078/90: "*O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos*".

houver culpa exclusiva da vítima¹⁴. Ainda de acordo com os "critérios temporais de convivência", para o ordenamento brasileiro o regramento da reparação dos danos causados em razão de acidentes de trabalho é diferente, por exemplo, daquele destinado aos acidentes de trânsito ou aos danos nucleares.

Os exemplos mencionados demonstram que, de acordo com as escolhas realizadas pelo ordenamento em cada espaço e tempo, surgem mecanismos de responsabilidade civil distintos para diferentes ramos da sociedade.

Os diferentes regramentos da responsabilidade civil surgem em decorrência de leis específicas ou de trabalho jurisprudencial. A este fenômeno Ricardo Luis Lorenzetti denomina "direito estatutário da responsabilidade civil"¹⁵.

A partir da verificação da diferença de tratamento da responsabilidade civil para cada espécie de danos pode-se defender a existência de uma pluralidade de sistemas compensatórios, cada um com seu regramento próprio. Há a impressão de que para cada espécie de dano há pressupostos próprios para que surja o dever de indenizar.

Em razão disto Ricardo Luis Lorenzetti afirma que "percebemos uma crise da 'teoria geral da responsabilidade civil', a qual, com o fito de manter a vigência dos princípios conceituais amplamente elaborados, acaba por dotá-los de uma abstração cada vez maior, com o fito de abranger hipóteses heterodoxas. Deste modo perdem sua unidade normativa"¹⁶. Conclui então o professor argentino com a afirmação de que é necessária a "reconstrução" teórica da responsabilidade por danos.

¹⁴HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.101-102.

¹⁵LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.50.

¹⁶LORENZETTI, op. cit., p.50.

A partir desta constatação de que as hipóteses de indenização são relativizadas de acordo com o tempo e o espaço, questiona-se se os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil são ainda suficientes e adequados às relações indenizatórias. Principalmente porque, como exposto por Ricardo L. Lorenzetti, esses pressupostos são muito abstratos, tendo perdido sua "unidade normativa".

De fato, conduta ilícita ou prevista em lei como de responsabilidade objetiva, dano e nexo causal entre este e aquela certamente não são adequados e suficientes para justificar diversas situações de indenização vivenciadas pelos tribunais.

Os mencionados elementos tidos como necessários para que surja o dever de indenizar foram construídos num momento em que a teoria da responsabilidade civil tinha como foco principal a sanção aos atos ilícitos ou às condutas reprováveis. Desta forma, foram os pressupostos tradicionais construídos a partir dos possíveis comportamentos dos causadores de dano.

Ocorre que hodiernamente se percebe com clareza que a atenção da responsabilidade civil passou do comportamento lesionante para o evento lesivo em si, para o dano injusto sofrido pelo sujeito lesionado¹⁷.

Há uma nova concepção da responsabilidade civil pela qual se visualiza o fenômeno como reparação do dano injusto à vítima e não como uma sanção à conduta contrária ao direito¹⁸. Em outras palavras, preocupa-se com o dano, que na hipótese de injusto merecerá reparação, cabendo então ao direito apontar o

¹⁷LORENZO, Miguel Federico de. **El daño injusto em la responsabilidad civil**: alterum non lardere. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.d. p.13-15.

¹⁸No que tange à reparação ao dano extrapatrimonial sofrido pela vítima, há discussão na doutrina a respeito da possibilidade de adicionar-se ao valor da indenização uma parcela destinada a punir o causador do dano. Por todos: MORAES, op. cit.

responsável. Assim, se antes se dizia que "não há responsabilidade sem culpa", agora pode-se afirmar que "não há responsabilidade sem dano injusto"¹⁹.

Ademais, há a tendência atual de se exigir a seguridade plena, no sentido de que para qualquer dano se busca um responsável. Nas situações em que ontem se suportava o dano como uma situação corriqueira da vida, e que portanto deveria ser digerida pela vítima, agora se intenta encontrar um responsável pela correspondente reparação²⁰.

Neste ambiente o ordenamento jurídico prevê uma multiplicidade de critérios para atribuição da responsabilidade civil que se vinculam somente por uma única finalidade: reparar o dano injusto²¹.

Sendo assim, com o objetivo de colaborar com a "reconstrução teórica da responsabilidade civil" sugerida por Ricardo L. Lorenzetti, apontam-se neste estudo como pressupostos contemporâneos da responsabilidade civil a antijuridicidade, o dano injusto, o nexo de imputação e o nexo de causalidade²².

O trabalho está, então, organizado em quatro partes principais.

A primeira se refere à superação da "era da segurança" pelo direito privado²³ e as conseqüências para o tratamento jurídico do dever de indenizar no

¹⁹FERREYRA, Roberto A. Vázquez. **Responsabilidad por daños (elementos)**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p.17.

²⁰Roberto Vázquez Ferreyra aponta como um exemplo desta tendência a responsabilidade dos médicos, uma vez que em épocas passadas se entendia que os prejuízos sofridos pelos enfermos no decorrer de tratamentos eram devidos ao destino destes, sendo que atualmente se intenta atribuir grande parte desses prejuízos a erros médicos (FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.11-12).

²¹LORENZO, op. cit., p.23.

²²Estes pressupostos serão melhor analisados na seção 3.3.

²³"Direito privado" é aqui entendido como o ramo do direito que trata do regramento do trânsito jurídico, das relações parentais e das titularidades (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro; Renovar, 2003. p.12). Tendo em vista que as relações indenizatórias acarretam transferência de propriedade, fazem parte de tal noção de "direito privado" por implicarem "trânsito jurídico", mesmo que envolvam pessoas jurídicas de direito público. Vale ainda expor a superação da dicotomia direito público/privado, uma vez que no "direito privado" como aqui

Brasil. Neste momento inicial expõe-se de forma breve qual era o caldo cultural que embasava o direito privado moderno e a teoria tradicional da responsabilidade civil, bem como a superação deste modelo vivenciada na contemporaneidade.

No segundo momento se demonstra a necessária modificação na postura do aplicador do direito em razão da superação do caldo cultural em que se baseava a teoria tradicional da responsabilidade civil. Assim, fala-se em conjugação das posturas lógico-dedutiva e tópico-indutiva.

A terceira parte do texto destina-se à demonstração da superação dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil, analisando-se cada um dos elementos necessários para que surja o dever de indenizar apontados pela teoria tradicional, bem como aqueles tidos como contemporâneos, passando pela verificação da superação dos primeiros expressa em decisões judiciais brasileiras.

Neste ponto é notável o recurso à doutrina argentina, onde a teoria da responsabilidade civil há muito é tratada a partir de pressupostos diferentes daqueles tradicionalmente expostos nos manuais brasileiros a respeito do tema²⁴. Já

visualizado há inúmeras normas de ordem pública, preceitos de interesse geral e institutos de marcada função social, dados estes que outrora eram vistos como exclusivos do "direito público" (LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.99). Fala-se em "constitucionalização do direito privado" no sentido de reconhecer-se a incidência de valores e princípios constitucionais no direito civil, não somente quando assimilados pelo legislador ordinário, mas também como balizadores das relações privadas, de forma a superar-se "a lógica patrimonial pelos valores existenciais da pessoa humana, que se tornam prioritários no âmbito do direito civil, porque privilegiados pela Constituição" (MATTIETO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.170).

²⁴Foi talvez em decorrência do que está positivado no Código Civil daquele país que a ciência jurídica lá se desenvolveu diferentemente do que ocorreu no Brasil no que tange à responsabilidade civil. O artigo 1.066 estabelece que "*ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, so no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto*". Já o artigo 1.109 determina que "*todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil*". Tendo em vista que o citado artigo 1.066 estabelece que não haverá ato ilícito sem

em 1971 as *Quintas Jornadas de Derecho Civil*, realizadas na Universidade Nacional de Rosário, concluíram pelas seguintes recomendações:

1. *Para un enfoque de la materia, debe partirse de la unicidad del fenómeno resarcitorio que requiere un tratamiento sistemático e genérico, que contemple todas las situaciones de en las cuales existe una atribución del daño por e ordenamiento jurídico que impune el deber de resarcirlo.*
(...)
3. *La obligación de resarcir reconoce como regla nos siguientes presupuestos:*
 - a) *antijuridicidad;*
 - b) *daño;*
 - c) *causalidad;*
 - d) *factores de atribución.*
 (...)

voluntariedade do agente e não será nenhum ato sancionado se não houver uma lei ou regramento de polícia expressamente proibindo a conduta é necessário um esforço hermenêutico para que se permita a indenização de danos gerados por atos permitidos pelo ordenamento. Isto porque à primeira vista entende-se que existirá dano ressarcível apenas se houver lesão a direito subjetivo da vítima (SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.52, ano 13, out./dez. 2004. p.281). Assim, os referidos dispositivos legais levaram a doutrina argentina a responder à seguinte indagação: o Código Argentino instaurou um sistema de responsabilidade com as rígidas limitações impostas nos artigos aqui transcritos? (BUERES, Alberto J. **El acto ilícito**. Buenos Aires: Hammurabi, 1986. p.46). No caso de resposta afirmativa "*quedaría expulsada de nuestro ordenamiento, la posibilidad de resarcir la lesión de intereses de hecho merecedores de protección, pues la referencia al artículo 1066 del Código Civil, limitaría la tutela a aquellos intereses que ya gozan de reconocimiento*" (LORENZO, op. cit., p.72). Talvez para fugir desta situação os estudiosos argentinos tenham desenvolvido a sua teoria da responsabilidade civil por trilhos diferentes dos brasileiros. Seja como for, por meio deste estudo pretende-se demonstrar que os pressupostos da responsabilidade civil citados pelos argentinos são plenamente aplicáveis à realidade brasileira e podem servir de satisfatória explicação para diversas situações que não ficavam bem resolvidas no direito brasileiro. Vale expor, por fim, que tais dispositivos do Código Civil Argentino têm sua fonte na esboço de Teixeira de Freitas, que estabelecia no artigo 822 que "nenhum ato voluntário terá o caráter de ilícito, se não for expressamente proibido", no artigo 823 que "a nenhum ato ilícito será aplicável qualquer pena ou sanção deste Código, se não houver disposição de lei que a tenha imposto", e no artigo 827 estabelece que "não haverá delito, ofensas, ou falta, para os efeitos deste Código sem que tenha havido dano causado, ou outro ato exterior que o possa causar; sem que aos agentes se possa imputar culpa" (FREITAS, A. Teixeira de. **Código civil**: esboço. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. p.332-333).

8. *El factor de atribución subjetiva, la culpabilidad, constituye la regla general de la responsabilidad civil.*
9. *Existen además factores de atribución de responsabilidad objetiva (sin culpa). Están especialmente previstos, dentro del sistema general, el riesgo y la garantía.*²⁵

Por fim, na quarta fase é feita análise do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, que, de forma inovadora ao ordenamento jurídico brasileiro, positivou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades arriscadas exercidas profissionalmente. Neste último momento se pretende demonstrar a decisiva influência das idéias antes expostas para a concreção de tal norma.

Assim estruturado, este trabalho visa expor o que significou a superação do direito privado baseado nos ideais modernos aqui denominados racionalismo, individualismo e universalismo²⁶ para o tratamento do dever de indenizar. Demonstra-se o que esta travessia significa para a atividade de aplicação do direito e para o direito das indenizações, em especial no que diz respeito aos pressupostos do dever de indenizar.

Os assuntos têm o mesmo pano de fundo: a superação do direito privado do mundo da segurança construído sobre os pilares da modernidade. Intenta-se então que as partes se complementem para formar a idéia central deste trabalho: a superação dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil por outros que exigem diferente postura do aplicador do direito.

²⁵GESUALDI, Dora M. **Responsabilidad civil**: factores objetivos de atribución – relación de causalidad. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p.110.

²⁶Estas noções serão melhor analisadas na seção 1.1.

1 A SUPERAÇÃO DA ERA DA SEGURANÇA E O TRATAMENTO DO DEVER DE INDENIZAR PELO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Denomina-se "era da segurança" o período em que o direito privado tinha como escopo principal assegurar os efeitos da autonomia da vontade. Fala-se em segurança porque se admitia que todas as pessoas conheciam todo o direito (*segurança a respeito do que é o direito*) e então, de acordo com as normas jurídicas, poderiam estabelecer obrigações e gerir todos os atos de suas vidas, de forma que o ordenamento garantiria que fossem respeitadas as emanações da vontade (*segurança de que os atos praticados de acordo com as normas não trariam conseqüências indesejáveis*).

Esta era da segurança foi construída sobre os pilares da modernidade, analisados a seguir.

1.1 A MODERNIDADE E O TRATAMENTO DO DEVER DE INDENIZAR PELO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916

Denomina-se modernidade a ordem social surgida como antítese ao mundo medieval a partir da Ilustração européia²⁷.

Apenas como uma aproximação inicial pode-se afirmar que modernidade "refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua

²⁷FARIA, Ricardo de Moura. **História**. Belo Horizonte (MG): Lê, 1989. v.3. p.131: "Em fins do século XVII, na Inglaterra, tinha início um movimento intelectual que ficou conhecido como Iluminismo ou Ilustração. Este movimento alcançou sua maior expressão na França, durante o século XVIII. As idéias defendidas pelos filósofos iluministas iam de encontro às aspirações da burguesia em ascensão, pois criticavam as instituições do Antigo Regime e refletiam as transformações de todas as ordens por que passava a sociedade européia, preparando, assim, o caminho ao movimento revolucionário burguês".

influência"²⁸, ou como "o projeto moderno de civilização, elaborado pela Ilustração européia a partir de motivos da cultura judeo-clássico-cristã e aprofundado nos dois séculos subseqüentes por movimentos como o liberal-capitalismo e o socialismo"²⁹.

Para que se entenda com clareza o que significou a modernidade para o direito e para a regulamentação jurídica do dever de indenizar deve-se antes, rapidamente, referir-se ao direito medieval³⁰.

A Idade Média era marcada por uma organização social particularista, o que significa que a sociedade era vista de forma dividida. Cada grupo social era visualizado de forma autônoma, como se fossem diversas sociedades independentes. Assim, havia as corporações de ofício, as ordens de cavalaria, o clero, a nobreza, os servos etc. "Nas sociedades tradicionais, o homem só existe como parte do coletivo."³¹ O estatuto jurídico aplicável a cada pessoa dependia do grupo em que estava inserida. Não havia direitos subjetivos individuais, mas sim deveres decorrentes da classe em que o indivíduo se inseria.

Para o direito esta organização social significava pluralidade de fontes de produção jurídica, de forma que o estatuto jurídico de cada indivíduo dependia completamente de sua situação de origem (territorial, étnica, familiar, profissional

²⁸GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. p.11.

²⁹ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p.9.

³⁰Vale aqui fazer a ressalva de Anthony Giddens a respeito das limitações na análise do período medieval: "...as mudanças ocorridas durante os últimos três ou quatro séculos – um diminuto período de tempo histórico – foram tão dramáticas e tão abrangentes em seu impacto que dispomos apenas de ajuda limitada de nosso conhecimento de períodos precedentes de transição na tentativa de interpretá-las" (GIDDENS, op. cit., p.14).

³¹ROUANET, op. cit., p.15.

etc.) e de sua inserção nos diversos estamentos sociais (servo, senhor de terras, artesão, membro da igreja etc.)³².

Alguns fatores fizeram nascer a necessidade de superação desta ordem³³. O desenvolvimento inicial da economia mercantil e monetária europeia necessitava de um direito estável, único e individualista, que garantisse a segurança necessária à previsão e ao cálculo mercantil capitalista, bem como possibilitasse o desenvolvimento do comércio sem os percalços criados pela multiplicidade de ordenamentos. Tal direito único e estável forneceria a base adequada para a atividade dos empresários (banqueiros e comerciantes), de modo a deixá-los livres das limitações de ordem comunitária e dos privilégios locais³⁴.

A partir de então surge a tensão por uma ordem jurídica de fonte única, afastada dos particularismos característicos da Idade Média.

Na palavras de Carmem Lucia Silveira Ramos:

Preocupado em romper com o regime absolutista e seus privilégios de classe, eliminando, ao mesmo tempo, o que foi qualificado como o caráter dispersivo e inseguro do direito do medievo, pelas peculiaridades de sua conotação pluralista, o liberalismo jurídico consagrou, no século XIX, a completude e unicidade do direito, que passou a ter como fonte única o Estado, com seu poder ideologicamente emanado do povo, a neutralidade das normas com relação a seu conteúdo, e a concepção do homem como sujeito abstrato, como os postulados fundamentais do Estado de Direito.³⁵

³²MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.45, 55.

³³Aqui foram mencionadas apenas algumas necessidades de alteração do direito entre a Idade Média e a Modernidade. Certo é que se sentiram necessidades de modificações nas mais diversas áreas da organização social, e não somente em relação ao direito.

³⁴MARTINS-COSTA, op. cit., p.71.

³⁵RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.4.

No mesmo sentido, John Gilissen:

O período dos séculos XII e XIII é um dos mais importantes na formação dos direitos europeus. As transformações, aparentemente lentas e progressivas, conduzem a uma verdadeira revolução na concepção jurídica e também política, econômica e social. Passa-se dum sistema de direito feudal ou, no Norte e no Leste, de direito arcaico para um sistema desenvolvido e evoluído, racional e equitativo, de tendência individualista e liberal.³⁶

Este "novo direito" sedimentou-se, assim, em conformidade com o que Sérgio Paulo Rouanet denomina "pilares da modernidade"³⁷:

- universalismo: o projeto civilizatório da Modernidade via todos os seres humanos como iguais, independentemente de barreiras nacionais, étnicas e culturais, de forma que tal projeto seria válido para todos, indistintamente;
- individualismo: esses seres humanos são considerados como pessoas concretas, e não como integrantes de uma coletividade, de forma que se atribui valor ético positivo à sua crescente individualização; o homem vale por si mesmo, e não pela comunidade em que está inserido; isto significa ruptura com a situação anterior pela qual o homem só valia como parte do coletivo (clã, tribo, pólis, feudo etc.); e
- racionalismo³⁸: esses seres humanos individualizados são aptos a pensarem por si mesmos, sem a tutela da religião, da ideologia ou da tradição; a partir da plena capacidade de compreender a realidade pelo pensamento os homens podem agir no espaço público e adquirir pelo seu trabalho os bens e serviços necessários à sobrevivência material.

De forma resumida, a sociedade passou a ser pensada a partir dos indivíduos, que por meio de sua razão poderiam compreender completamente o mundo e, a

³⁶GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p.205.

³⁷ROUANET, op. cit., p.97.

³⁸Também denominado "autonomia" por Sérgio Paulo Rouanet.

partir desta compreensão, manifestar suas intenções e exercer suas vontades. As normas jurídicas³⁹ decorrentes da soma dessas vontades individuais formariam regras universalmente válidas.

No seio deste projeto civilizatório se pressupunha que as leis criadas pela somatória das razões dos sujeitos autônomos poderiam prever qualquer problema surgido na sociedade, de forma a antecipadamente estabelecer os mecanismos adequados de pacificação social. Isto porque tais sujeitos autônomos poderiam, por meio da razão, entender completamente o mundo.

O direito assim elaborado tinha a pretensão de submeter a realidade aos conceitos racionalmente formulados, e não o contrário⁴⁰. Pretendia-se previamente estabelecer as normas jurídicas e então aplicá-las à vida concreta. Desejava-se que os fatos da vida real não influenciassem as regras do direito.

O Código Civil brasileiro de 1916 foi pensado e redigido em consonância com esta ordem social que se denomina modernidade⁴¹, apesar de alguns resquícios pré-modernos⁴².

³⁹Entende-se aqui a expressão "normas jurídicas" em seu sentido amplo, abrangendo aquelas decorrentes da atividade interpretativa aplicada às leis, bem como aquelas criadas entre as Partes, como os contratos.

⁴⁰FACHIN, **Teoria crítica...**, p.59.

⁴¹TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.2.

⁴²De acordo com a lições de Orlando Gomes, o Brasil demorou para abraçar legislativamente a Modernidade porque havia interesses fortes e contrários a esta nova ordem que defendiam ainda o escravagismo e as relações de servidão. Assim, mesmo tendo sido o Código Civil promulgado em 1916 não foi totalmente "moderno", pois havia no seu texto preocupação com o círculo social da família ainda despoticamente patriarcal, de forma a não reconhecer a condição de indivíduo a mulheres e filhos adúlteros, por exemplo. Ademais, a sociedade da época era ainda essencialmente agrária e patriarcal, e vivia num estilo colonial. Era uma organização social imune à politização, sendo esta uma barreira às idéias européias. A esses fatos Orlando Gomes denomina "privatismo doméstico", o que representaria um conservadorismo do Código Civil de 1916 em relação à Modernidade (GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.24-31). No mesmo sentido: REALE, Miguel. Prefácio. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.ix.

Ao direito privado cabia assegurar a plena realização da autonomia da vontade dos indivíduos racionais. Já que a razão era tida como plena, cabia ao direito apenas e tão-somente garantir que as obrigações oriundas desta vontade fossem devidamente observadas no mundo real.

No que tange às indenizações por danos, em conformidade com os pilares da modernidade tinha-se a vontade como básico fundamento para o surgimento de uma obrigação indenizatória⁴³. A responsabilidade civil pressupunha indivíduos autônomos e racionais, de forma que o dever de indenizar só poderia surgir da exteriorização da razão realizada pelos sujeitos.

Especialmente em decorrência do racionalismo não se admitia o dever de indenizar sem um ato de vontade livre do sujeito, contrário aos deveres gerais de cautela (fixados com pretensão de validade universal) e que violasse o direito de outrem.

Para que surgisse o dever de indenizar era necessária a transgressão consciente de um dever jurídico. Ou seja, só ocorria a responsabilidade civil quando fosse exigível da pessoa um comportamento diverso daquele causador do dano.

O Código Civil brasileiro de 1916, neste tema, foi também construído conforme os pilares da modernidade, permitindo como regra geral a responsabilização apenas nas hipóteses de dolo ou culpa⁴⁴.

Mesmo quando aquele Código imputava a terceiros o dever reparatório o texto legal era claro ao afirmar que estava "*verificando a culpa*", conforme artigo 159, segunda parte⁴⁵. O legislador de 1916 pretendia então deixar fora de dúvida que até

⁴³NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v.761, mar. 1999. p.33.

⁴⁴Neste sentido o artigo 159 do Código Civil de 1916 era claro: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*".

⁴⁵Artigo 159 do Código Civil de 1916, *in fine*: "*A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553*".

mesmo quando houvesse a imputação do dever de indenizar a pessoas que não praticassem nenhuma conduta danosa, mas que fossem responsáveis pelo agente, haveria "verificação da culpa".

Assim, mesmo quando o dever de indenizar era imputado a pessoas não envolvidas com os fatos danosos pregava-se a existência de um ato volitivo contrário aos deveres gerais de cautela. Presumia-se a culpa⁴⁶. Quando o artigo 1.521 do Código Civil de 1916⁴⁷ imputava aos pais, tutores, curadores, empregadores e donos de hotéis o dever de indenizar por danos causados por filhos, tutelados, curatelados, prepostos e hóspedes falava-se em culpa *in elegendo*⁴⁸ ou *in vigilando*⁴⁹. Neste sentido o artigo 1.523 do antigo *Codex* era claro⁵⁰.

⁴⁶MONTENEGRO, **Responsabilidade civil**, p.36; PEREIRA, op. cit., p.87.

⁴⁷Artigo 1.521 do Código Civil de 1916: "*São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o patrão, o amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo que para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia*".

⁴⁸CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.50: "Quando o fato é praticado por terceiro, chama-se culpa *in elegendo* aquela que se caracteriza pela má escolha do preposto. A culpa do patrão ou comitente é presumida pelo ato culposo do empregado ou preposto, consoante a súmula n.º 341 do Supremo Tribunal Federal, em razão da má escolha do mesmo".

⁴⁹CAVALIERI FILHO, op. cit., p.50: "A culpa *in vigilando*, por sua vez, decorre da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem que está sob a guarda ou responsabilidade do agente. Os pais respondem pelos atos dos filhos menores, via de regra pela falta de vigilância".

⁵⁰Art. 1.523 do Código Civil de 1916: "*Excetuadas as do artigo 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte*". Para deixar ainda mais claro que a responsabilidade dos pais ou responsáveis pelos menores era subjetiva havia Código de Menores de 1927 (Decreto-lei n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), que permitiu aos pais provarem que não agiram com culpa ou negligência para eximirem-se do dever reparatório (PEREIRA, op. cit., p.89).

Alvino Lima, comentando tais hipóteses de reparação de danos, ensinava que "a responsabilidade das pessoas enumeradas no art. 1.521, ns. I a IV, resulta da culpa própria, embora o dano seja consequência de ato material de terceiro. (...) Só no caso de culpa provada das pessoas referidas no art. 1.521, ns. I a IV, surgirá a responsabilidade pelos atos dos terceiros ali enumerados"⁵¹.

Em relação aos danos causados por animais, o Código Civil de 1916, no artigo 1.527, presumia a culpa *in custodiando*⁵² daquele que tinha a obrigação de vigiá-lo⁵³. Para esta hipótese, então, o ordenamento previa uma presunção *juris tantum* de culpa em face de seu dono⁵⁴.

Também no que tange aos danos decorrentes da ruína de um prédio ou construção, o artigo 1.528 do antigo Código⁵⁵ estabelecia uma presunção de culpa contra seu proprietário, entendendo-se ele negligente quanto às reformas necessárias até prova em contrário⁵⁶.

⁵¹LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p.262.

⁵²CAVALIERI FILHO, op. cit., p.50: "a culpa *in custodiando* caracteriza-se pela falta de atenção em relação a animal ou coisa que estavam sob o cuidado do agente".

⁵³Art. 1.527 do Código Civil de 1916: "O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar: I - que o guardava e vigiava com cuidado preciso; II - que o animal foi provocado por outro; III - que houve imprudência do ofendido; IV - que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior".

⁵⁴CAVALIERI FILHO, op. cit., p.52.

⁵⁵Artigo 1.528 do Código Civil de 1916: "O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem da sua ruína, se esta provier da falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta".

⁵⁶PEREIRA, op. cit., p.112.

A revogada legislação admitia apenas as seguintes hipóteses de responsabilidade civil independente de culpa⁵⁷, em que não era necessária a ilicitude da conduta: a responsabilidade pelas coisas que caíssem ou fossem lançadas de prédios⁵⁸, a responsabilidade dos farmacêuticos por erros e enganos de seus prepostos⁵⁹ e a responsabilidade pelos danos decorrentes de legítima defesa, exercício regular de direito e estado de necessidade⁶⁰.

Na primeira hipótese, apesar da inegável imprudência daquele que arremessa algo de uma janela, surgia ao habitante do imóvel o dever de reparar o dano independentemente de qualquer ato doloso ou culposo, pois o arremesso poderia ter sido praticado por terceiro, sem o conhecimento do habitante do prédio⁶¹.

⁵⁷Além das situações aqui mencionadas, parte da doutrina admitia como hipóteses de responsabilidade objetiva também aquela decorrente de "fato do animal" e pela ruína de prédios (arts. 1.527 e 1.528 do Código Civil de 1916). Neste sentido: PEREIRA, op. cit., p.111; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.23.

⁵⁸Art. 1.529 do Código Civil de 1916: "*Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido*".

⁵⁹Art. 1.546 do Código Civil de 1916: "*O farmacêutico responde solidariamente pelos erros e enganos do seu preposto*".

⁶⁰Art. 160 do Código Civil de 1916: "*Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - A deterioração ou destruição de coisa alheia, a fim de remover perigo iminente*". Apesar de a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular de direito afastarem a ilicitude do ato, os artigos 1.519 e 1.520 do Código Civil de 1916 estabeleciam que "*se o dono da coisa, no caso do artigo 160, II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização, que sofreu. Se o perigo correr por culpa de terceiro, contra este ficará com a ação regressiva, no caso do artigo 160, II, o autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se danificou a coisa (art. 160, I)*".

⁶¹LIMA, **A responsabilidade**..., p.269. CAVALIERI FILHO, op. cit., p.171. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.1 e 2. p. 511. PEREIRA, op. cit., p.113.

Em relação ao farmacêutico, o legislador de 1916 tratou-o diferentemente da responsabilidade dos empregadores por atos de seus prepostos, o que representou a clara intenção de criar uma hipótese de responsabilização independente de culpa⁶².

Já para as situações de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular do direito, o legislador do antigo Código estabeleceu tais situações como excludentes do caráter ilícito do ato, de forma que "*não se pode inculpar o agente*"⁶³. Aquele que causou um dano agindo em estado de necessidade deveria reparar os prejuízos se a vítima não fosse a culpada pelo perigo⁶⁴, ressalvando-se o direito de regresso contra aquele que efetivamente o gerou⁶⁵. Já para aquele que agiu em legítima defesa e acabou prejudicando alguém que não era o próprio agressor, surgiria o dever de indenizar a pessoa vitimada, assegurando-se ainda o direito de regresso contra o agressor⁶⁶. O mesmo ocorria com aquele que agisse em exercício regular de direito e danificasse coisa alheia⁶⁷. Assim, nestas hipóteses, o agente causador dos danos seria chamado a indenizar mesmo sem ter praticado qualquer ato ilícito⁶⁸.

Fernando Noronha resume o assunto de forma clara, ensinando que sempre que um ato justificado (legítima defesa, estado de necessidade ou exercício

⁶²LIMA, **A responsabilidade...**, p.270; MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Do ressarcimento de danos pessoais e materiais**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992. p.48.

⁶³PEREIRA, op. cit., p.275.

⁶⁴Artigo 1.519 do Código Civil de 1916: "*Se o dono da coisa, no caso do artigo 160, II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo, que sofreu*".

⁶⁵Artigo 1.520 do Código Civil de 1916: "*Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com a ação regressiva, no caso do artigo 160, II, o autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa*".

⁶⁶Parágrafo único do artigo 1.520 do Código Civil de 1916: "*A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se danificou a coisa (art. 160, I)*".

⁶⁷PEREIRA, op. cit., p.275.

⁶⁸PEREIRA, op. cit., p.275; MONTENEGRO, **Do ressarcimento...**, p.47-48; LIMA, Alvinio. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p.323/327.

regular de um direito) causar danos a terceiros, "isto é, outras pessoas, que não aquelas geradoras da situação contra a qual se possa falar em atuação justificada", surgirá o dever de indenizar, mesmo sem a ocorrência de um ato ilícito⁶⁹.

Cumpre também lembrar que o caso fortuito⁷⁰, a força maior⁷¹ e a culpa exclusiva da vítima eram sempre tratadas como excludentes de responsabilidade⁷².

Em linhas gerais essas eram as características do dever de indenizar planejadas pelo Código Civil de 1916. De acordo com os pilares da modernidade o dever de reparação decorria da manifestação de vontade (mesmo que presumida) do imputado no sentido de causar um dano à vítima (dolo) ou violar um dever geral de cautela⁷³, salvo as poucas exceções mencionadas.

1.2 A SUPERAÇÃO DA "ERA DA SEGURANÇA"

O direito civil brasileiro construído a partir do Código Civil de 1916 refletiu, como já exposto, os pilares da modernidade.

Francisco Amaral expõe com clareza a maneira como esse direito moderno se enquadrava aos interesses então dominantes:

⁶⁹NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p.373. Apesar de o mencionado autor estar se referindo ao Código Civil de 2002, o raciocínio pode ser integralmente aplicado ao antigo Código, pois o artigo 160 daquela lei tinha redação igual à do artigo 188 do atual Código.

⁷⁰"O caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra." (GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.736).

⁷¹"Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto" (GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.736).

⁷²DIAS, op. cit., p.802-816; GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.737.

⁷³O que equivale à noção de "culpa *stricto sensu*". Agir contra os "deveres gerais de cautela" é o atuar com falta de destreza, de habilidade, de diligência ou de prudência, de forma a produzir um dano que poderia, ao menos implicitamente, ser previsto.

O racionalismo jurídico está, assim, na própria base do Estado moderno, e suas manifestações intelectivas, como a construção dos conceitos e dos sistemas, são expressão do predomínio de uma nova classe, a burguesia racionalista e calculadora, que vê como possível uma igualdade material de direitos, por meio da generalidade e da abstração das normas jurídicas, generalidade no sentido da indeterminação dos sujeitos, e abstração como universalidade dos casos a que se aplica a lei, atributos esses decorrentes do princípio da igualdade formal do modelo jurídico do liberalismo.⁷⁴

Desta forma, a partir dos pilares da modernidade, que implicavam o reconhecimento da igualdade entre os indivíduos racionais, o direito civil era então pensado como um sistema pretensamente neutro, construído sobre abstratos e impessoais conceitos e categorias⁷⁵.

A partir do pressuposto de que as pessoas são iguais, o direito civil, por meio de seus elementos, estabelecia regras que visavam assegurar o exercício da autonomia das pessoas.

Esta autonomia significava a liberdade de as pessoas exercerem ou não os poderes e faculdades de que são titulares, bem como a possibilidade de conformar e compor os interesses próprios⁷⁶. O livre arbítrio era fortemente tutelado pela ordem jurídica.

O direito privado, assim, pretendia garantir à sociedade a segurança pretensamente necessária ao pleno exercício da autonomia da vontade⁷⁷, "visando proteger a liberdade do indivíduo na sua vida particular da ingerência do poder

⁷⁴AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 63, jan./mar. 1993. p.47.

⁷⁵FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. In: **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, v.172, p.45, 1994. p.46.

⁷⁶MOTA PINTO e MONTEIRO, op. cit., p.58-59.

⁷⁷MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.92.

político"⁷⁸, pois os atos praticados de acordo com o direito não poderiam sofrer nenhuma influência externa, nem mesmo do Estado.

Cabia ao direito, por meio dos seus conceitos, categorias, presunções e ficções,⁷⁹ assegurar a circulação de bens e direitos realizada por pessoas tidas como livres, racionais e iguais⁸⁰. O purismo conceitual proporcionava a segurança jurídica então desejada⁸¹.

Uma vez que todas as pessoas eram vistas como dotadas da mesma razão a partir da qual haviam sido criados os elementos do sistema jurídico, não seria justo que as relações jurídicas lícitamente celebradas fossem afetadas por quaisquer motivos.

Apenas se houvesse vício de consentimento, ou seja, se existissem circunstâncias que tornassem viciada a declaração da vontade pretensamente emanada da razão livre, poderiam as relações jurídicas estabelecidas serem abaladas.

A esta estrutura se denomina era ou mundo da segurança. Segurança no sentido de que não havia mais dúvida a respeito do que é o direito (*identidade entre o direito e a lei*)⁸² e no de que os atos praticados de acordo com este direito estariam sempre protegidos e garantidos pela ordem jurídica.

⁷⁸AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.151.

⁷⁹Tais elementos do sistema de direito privado serão melhor analisados na seção 2.1.

⁸⁰Estes elementos do sistema de direito privado serão melhor analisados na seção 2.1.

⁸¹FACHIN, Limites e possibilidades..., p.45.

⁸²GILISSEN, op. cit., p.517; DALLEGRAVE NETO, José Afonso. O sistema jurídico herdado do positivismo científico e os códigos civis oitocentistas. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, n.26, 1996. p.250; PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o código civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.158.

Gustavo Tepedino assim se refere a tal mundo da segurança:

Segurança – é de se sublinhar – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo. Ao direito civil cumpria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas. Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou do insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo.⁸³

Ou, como bem expõe Francisco Amaral, segurança no sentido de "certeza da ordem jurídica e na confiança de sua realização, isto é, no conhecimento dos direitos e deveres estabelecidos e na certeza de que seu exercício e cumprimento, e ainda na previsibilidade dos efeitos dos comportamentos pessoais"⁸⁴.

No campo do direito das indenizações esta "era da segurança" também irradiou seus efeitos.

A primeira constatação deste modo de pensar em relação ao direito das indenizações é a tentativa de unificação de todo o regramento da matéria numa única lei: o Código Civil brasileiro de 1916. Pretendia-se então a certeza da legislação aplicável à matéria.

O referido Código, como já exposto em capítulo anterior, refletia os pilares da modernidade. Pretendia assegurar a todos os integrais efeitos dos atos praticados de acordo com as suas normas, pressupondo todas as pessoas como plenamente racionais e iguais. Assim, não eram admitidas hipóteses de responsabilização por danos sem que houvesse a prática consciente de um ato contrário aos critérios estabelecidos pelo direito⁸⁵.

⁸³TEPEDINO, Premissas..., p.3.

⁸⁴AMARAL, **Direito civil**..., p.19.

⁸⁵Salvo as hipóteses de responsabilização independentemente de culpa já mencionadas.

Havia condenação apenas quando uma pessoa praticava uma conduta visando prejudicar a esfera jurídica alheia ou voluntariamente agindo contra deveres gerais de cautela, salvo as exceções já referidas. Em outras palavras, no mundo da segurança seria possível pensar em indenização apenas quando houvesse uma conduta dolosa ou culposa.

O conjunto de conceitos, categorias, presunções e ficções criados pela ciência do direito a partir do Código Civil brasileiro de 1916 pelos quais se garantia a imaginada segurança decorria da somatória das razões livres e iguais dos indivíduos (universalismo). Entendia-se que o texto do Código poderia ser racionalmente interpretado de forma a produzir os mesmos efeitos a todas as pessoas, uma vez que tal texto fora criado a partir da somatória da razão de todos os cidadãos, por meio do Poder Legislativo.

Ocorre que este mundo da segurança do direito privado desabou, de forma que os dogmas do direito privado moderno (pessoas iguais e livres que podiam perfeitamente, por meio da vontade, regulamentar a vida privada) ruíram⁸⁶. "A segurança jurídica perde terreno para os valores do bem comum e da justiça social."⁸⁷ Neste sentido, já em 1976 Clóvis Couto e Silva demonstrava a restrição à autonomia da vontade e o surgimento de deveres além daqueles pretendidos pelas partes envolvidas numa relação obrigacional⁸⁸.

Como mencionado por Luiz Edson Fachin, aconteceu "a revolta dos fatos contra o código"⁸⁹, de forma que paulatinamente a "era da segurança" típica da modernidade foi sendo superada pela "era da insegurança"⁹⁰.

⁸⁶FACHIN, **Teoria crítica**..., p.1.

⁸⁷AMARAL, Racionalidade..., p.55.

⁸⁸COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

⁸⁹FACHIN, Limites e possibilidades..., p.45.

⁹⁰MARTINS-COSTA, op. cit., p.276.

1.2.1 A Desconfiança nos "Sistemas-Perito"

Como uma primeira maneira de se analisar o desmoronamento da era da segurança no direito privado utilizam-se aqui as lições de Anthony Giddens, em especial as idéias de desencaixe e de sistemas-perito.

Inicialmente é necessário expor o sentido da noção de desencaixe por ele elaborada para explicar uma das características principais da modernidade, fenômeno este decorrente do descolamento entre as noções de tempo e lugar.

Nos períodos pré-modernos o cálculo do tempo estava sempre diretamente vinculado a uma atividade ou local. "Ninguém poderia dizer a hora do dia sem referência a outros marcadores socioespaciais: 'quando' era quase, universalmente, ou conectado a 'onde' ou identificado por ocorrências naturais regulares."⁹¹ Não havia ainda o relógio (instrumento que foi amplamente difundido apenas no século XVIII) ou padronização mundial dos calendários.

Isto significa que no período pré-moderno o tempo estava sempre conectado ao espaço (ou lugar). "Nas sociedades pré-modernas, espaço e tempo coincidem amplamente, na medida em que as dimensões espaciais da vida social são, para a maioria da população, e para quase todos os efeitos, dominadas pela 'presença' – por atividades localizadas."⁹²

A partir do momento em que o tempo descolou-se dos locais, as obras humanas passaram a pretender perenidade e universalidade. Cada atividade não se destinava tão-somente a um determinado local. Os atos humanos passaram a se destinar a pessoas ausentes, localmente distantes, sem necessária interação face-a-face.

A partir dessas idéias, Giddens denomina desencaixe o "deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de

⁹¹GIDDENS, op. cit., p.25-26.

⁹²GIDDENS, op. cit., p.27.

extensões indefinidas de tempo-espço"⁹³. Ou, nas palavras de José Maurício Domingues, "desencaixe dos sujeitos de seus contextos específicos de existência, mais localizados em termos espaciais e temporais"⁹⁴.

A um dos mecanismos de desencaixe Giddens denomina fichas simbólicas, que são "meios de intercâmbio que podem ser 'circulados' sem ter em vista as características específicas dos indivíduos ou grupos que lidam com eles em qualquer conjuntura"⁹⁵. Um exemplo deste mecanismo é o dinheiro, pois "possibilita a realização de transações entre agentes amplamente separados no tempo e no espaço"⁹⁶, ainda mais nos tempos contemporâneos, em que assume a forma de mera informação armazenada em computadores, abstraindo-se do dinheiro de cunhagem material.

Os sistemas-perito são outros mecanismos de desencaixe. São eles "sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material ou social em que vivemos hoje"⁹⁷.

Nas palavras de José Maurício Domingues:

No caso dos sistemas de peritos, trata-se de investigar as particularidades dos sistemas técnicos ou profissionais que organizam largas áreas dos meios material e social do mundo contemporâneo. Todas as nossas atividades são organizadas por processos dos quais temos pouco conhecimento, sejam elas aquelas relacionadas a construção de automóveis ou estradas, como sinais de trânsito, sejam as atinentes a profissões como a psicologia, a medicina ou a sociologia.⁹⁸

⁹³GIDDENS, op. cit., p.29.

⁹⁴DOMINGUES, José Maurício. Desencaixes, abstrações e identidades. **Revista USP**, n.42, p.20-33, jun./ago. 1999. p.21.

⁹⁵GIDDENS, op. cit., p.30.

⁹⁶GIDDENS, op. cit., p.32.

⁹⁷GIDDENS, op. cit., p.35.

⁹⁸DOMINGUES, op. cit., p.22.

Para bem entender o que significam esses sistemas-perito vale aqui transcrever um exemplo dado por Giddens:

Ao estar simplesmente em casa, estou envolvido num sistema perito, ou numa série de tais sistemas, nos quais deposito minha confiança. Não tenho nenhum medo específico de subir as escadas da moradia, mesmo considerando que sei que em princípio a estrutura pode desabar. Conheço muito pouco os códigos de conhecimento usados pelo arquiteto e pelo construtor no projeto e construção da casa, mas não obstante tenho 'fé' no que eles fizeram.⁹⁹

Assim como as fichas simbólicas, os sistemas-perito removem as relações sociais das imediações do contexto, fornecendo garantias de expectativas através de tempo-espaço distanciados.

Ambos os mecanismos de desençaixe dependem substancialmente da confiança, uma vez que sem este atributo as pessoas continuariam tendo necessidade de vincular tempo e lugar/atividade.

A confiança é requisito essencial para o funcionamento dos mecanismos de desençaixe, "pois as crenças em desdobramentos tranquilos e previsíveis em nossas relações com eles é fundamental para sua vigência social"¹⁰⁰. Se os organismos empresariais não mais confiassem nos sistemas informatizados de circulação de moeda, por exemplo, não mais realizariam transações comerciais internacionais. Se as pessoas não mais confiassem na segurança dos motores dos veículos que guiam não mais utilizariam os automóveis ou então sentir-se-iam impelidas a fabricarem seus próprios meios de transporte.

Certo é que na vida cotidiana das pessoas na modernidade esta confiança baseia-se em "fraco conhecimento indutivo"¹⁰¹, não sendo necessário um saber teórico ou científico sobre todos os mecanismos de desençaixe.

⁹⁹GIDDENS, op. cit., p.35.

¹⁰⁰DOMINGUES, op. cit., p.22.

¹⁰¹DOMINGUES, op. cit., p.41.

Vale ainda ressaltar que, segundo as lições aqui expostas, na modernidade a confiança é criada socialmente, e não mais decorre da natureza das coisas ou de influência divina, como nos períodos anteriores.

A confiança também não é mais construída com base na tradição. Na pré-modernidade por meio da tradição se "inseriria qualquer atividade ou experiência particular dentro da continuidade do passado, presente e futuro, sendo estes por sua vez estruturados por práticas sociais recorrentes"¹⁰². Na modernidade "não se sanciona uma prática por ela ser tradicional; a tradição pode ser justificada, mas apenas à luz do conhecimento, o qual, por sua vez, não é autenticado pela tradição"¹⁰³.

Como já dito anteriormente, os sistemas-perito também se destinam à organização de aspectos sociais, e não apenas materiais. Assim, além dos diversos equipamentos tecnológicos surgidos na modernidade, alguns sistemas de organização social podem também ser considerados mecanismos de desençaixe.

O deslocamento entre tempo e local decorrente do desençaixe possibilitou a realização da pretensão moderna de pré-regulamentação racional das atividades privadas, como imaginado no mundo da segurança. A partir deste descolamento entre tempo e local ou atividade a criação das regras liberou-se das restrições dos hábitos e práticas locais.

Para a implementação e manutenção da segurança desejada na modernidade, ao menos no que se refere ao direito privado, era imprescindível a confiança no sistema-perito representado pelo Código Civil.

Era por meio da crença generalizada de que as regras contidas nos Códigos Civis eram universalmente válidas e cumpridas que se construía a segurança desejada.

¹⁰²GIDDENS, op. cit., p.44.

¹⁰³GIDDENS, op. cit., p.45.

Assim, o conjunto de conceitos, categorias, presunções e ficções criado pela ciência do direito a partir do Código Civil brasileiro de 1916 forma sistemas de organização da sociedade criados abstratamente que influenciam diretamente a vida de pessoas que não participaram diretamente da sua construção e que sequer têm conhecimentos para entender perfeitamente o seu funcionamento.

Percebe-se, então, que as lições de Giddens são importantes para o tema aqui estudado, pois o sistema de direito privado dos Códigos oitocentistas e também a teoria tradicional da responsabilidade civil podem ser encarados como um sistema-perito.

O sistema jurídico assim construído tem pretensão de universalidade, de forma que se aplicaria a qualquer pessoa mesmo que não envolvida diretamente com a sua construção (e interpretação).

Ocorre que os indivíduos atualmente têm a sensação de que foram "apanhados num universo de eventos que não compreendem plenamente, e que parecem em grande parte estar fora de controle"¹⁰⁴. De acordo com Giddens, o que ocorreu foi o esfacelamento da crença na infalibilidade dos sistemas-perito, inclusive no sistema jurídico privado.

Para o direito esta constatação decorre da aparente ausência de respostas satisfatórias aos problemas da vida cotidiana nos conceitos, categorias, presunções e ficções do direito privado.

De fato, percebeu-se a existência de diversas situações da vida concreta das pessoas que não encontravam regulamentação satisfatória no sistema de direito privado decorrente do Código Civil brasileiro de 1916.

Sem se preocupar especificamente com a insegurança jurídica, Anthony Giddens aponta as seguintes razões para o surgimento da era da insegurança em superação à era da segurança:

¹⁰⁴GIDDENS, op. cit., p.12.

- ritmo de mudança: "as civilizações tradicionais podem ter sido consideravelmente mais dinâmicas que outros sistemas pré-modernos, mas a rapidez da mudança em condições modernas é extrema"¹⁰⁵; isto não ocorre apenas com aspectos tecnológicos, mas também em todas as esferas sociais;
- escopo da mudança: tendo em vista que todas as áreas do globo terrestre estão interconectadas, as ondas de transformação social penetram "através de virtualmente toda a superfície da Terra"¹⁰⁶;
- natureza intrínseca das instituições modernas: alguns fatos sociais modernos não existiam em períodos históricos precedentes e podem também ser fonte de perigo, apesar de não terem sido previstos quando da sedimentação dos pilares da modernidade; são exemplos a dependência por atacado da produção de fontes de energia inanimadas, a completa transformação em mercadoria de produtos e trabalho assalariado¹⁰⁷.

Tendo em vista estes fatos apontados por Giddens, a confiança nos mecanismos de desencaixe, em especial nos sistemas-perito, é profundamente abalada.

Certo é que tais razões da desconfiança em relação aos demais mecanismos de desencaixe aplicam-se também ao sistema de direito privado.

Assim, a era da segurança antes mencionada cai por terra. Para o direito isto significa dizer que não há mais a crença generalizada na previsibilidade das implicações jurídicas dos eventos sociais. O sistema-perito expressado nos Códigos oitocentistas não recebe a mesma confiança de outrora.

¹⁰⁵GIDDENS, op. cit., p.15.

¹⁰⁶GIDDENS, op. cit., p.16.

¹⁰⁷GIDDENS, op. cit., p.16.

1.2.2 Mal-Estar na Modernidade

Uma outra forma de se explicar a superação do mundo da segurança, que pode ser encarada como uma complementação àquela referente à desconfiança nos sistemas-perito, é dada por Sérgio Paulo Rouanet por meio do que ele denomina mal-estar na modernidade.

Para Rouanet a modernidade é um projeto civilizatório em crise, "que está fazendo água por todas as juntas"¹⁰⁸, sendo que os seus pilares, sobre os quais se construiu o mundo da segurança, encontram-se abalados.

O racionalismo (ou autonomia) encontra-se questionado primeiramente porque se reconhece que sem autonomia econômica é completamente impossível o exercício da autonomia intelectual. Assim, a partir da constatação de que grande parte da população vive em situação de miserabilidade, nota-se que o racionalismo e o conseqüente universalismo ficam prejudicados, pois grande parte das pessoas não tem mínimas condições de participar da formação dos consensos de validade universal.

Não fosse só isto, o racionalismo é também abalado pelo reencantamento do mundo, como expõe Rouanet:

A autonomia intelectual, baseada na visão secular do mundo, está sendo explodida pelo reencantamento do mundo, que repõe os duendes em circulação, organiza congressos de bruxas, associa-se ao guia Michelin para facilitar peregrinações esotéricas a Santiago de Compostella e fornece horóscopos eletrônicos a texanos domiciliados no Tibet.¹⁰⁹

Além da impossibilidade de exercício da autonomia intelectual sem autonomia material e do reencantamento do mundo, podem ser citadas outras razões do estremecimento do racionalismo.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso cita o materialismo histórico de Karl Marx, pelo qual "a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e

¹⁰⁸ROUANET, op. cit., p.9.

¹⁰⁹ROUANET, op. cit., p.10.

criar, mas prisioneira da ideologia, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade"¹¹⁰. Tal autor menciona também as idéias de Freud de que "o homem não é senhor absoluto sequer da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o inconsciente"¹¹¹.

Para o Direito isto significa a impossível existência de um aplicador neutro, no sentido de absolutamente distante da questão a ser apreciada, totalmente isento. Isto porque todo aplicador do Direito sofre influências sociais, da ideologia, do inconsciente, de suas próprias condições materiais etc.

O abalo no racionalismo acarreta também o estremecimento do universalismo. Todo conhecimento da realidade é influenciado por diversos fatores (inconsciente, ideologia, reencantamento do mundo, condições materiais etc.), sendo que esses fatores variam de indivíduo a indivíduo. O conhecimento da realidade de um sujeito não é igual ao de outro, sendo que nem por isto se pode adjetivar de distorcida a análise de algum deles. Desta forma, percebe-se a impossibilidade da construção de consensos universalmente válidos.

O estremecimento do universalismo é também constatado pela atual proliferação de particularismos – nacionais, culturais, raciais, religiosos etc., assim como ocorria na sociedade medieval. Neste sentido, Chantal Mouffe¹¹² expõe que, após a queda do Muro de Berlim, quando alguns imaginaram que os valores do liberalismo político, democracia e capitalismo seriam universalmente aplicados, em muitos países surgiu um nacionalismo exacerbado e emergiram novos antagonismos (não mais entre capitalismo e socialismo) que geraram regimes totalitários, fazendo

¹¹⁰BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.6-7.

¹¹¹BARROSO, op. cit., p.7.

¹¹²MOUFFE. **O regresso do político**. Lisboa, Grávida, 1996. p.12.

eclodir diversos conflitos étnicos, religiosos e nacionalistas (que aqueles pensavam ser águas passadas).

Sérgio Paulo Rouanet também deixa clara a existência de diversas formas de particularismos, citando os neonazistas alemães, os fundamentalistas islâmicos, as líderes feministas e os ativistas homossexuais americanos, entre outros¹¹³.

Atraindo tal discussão para mais perto da situação brasileira, Sérgio Paulo Rouanet expõe que:

O universalismo, entre nós, é sistematicamente repudiado por um nacionalismo cultural que parece ter sete fôlegos. Mal uma de suas variantes desaparece, outra toma o seu lugar. Foi assim que o nativismo setecentista foi substituído pelo indigenismo romântico, este pelo naturalismo de Sílvio Romero, este pelo jacobinismo florianista, este pelo movimento modernista, este pelo nacional-autoritarismo do Estado Novo, este pelo ISEB, este pelo CPC da UNE, este pelo chauvinismo do regime militar e este pela broa de milho. Se existe tema consensual no Brasil é certamente o de que temos que desenvolver nossa própria cultura e rejeitar modelos culturais estrangeiros.¹¹⁴

Percebe-se então que no Brasil nunca foi admitido ou plenamente construído o universalismo do projeto civilizatório da modernidade.

Hoje, seja no Brasil ou mesmo na Europa, o que há é uma pluralidade de reivindicações heterônomas, e não mais um pretenso universalismo.

Tal constatação se faz presente em diversas esferas das relações sociais. São exemplos as reivindicações de políticas afirmativas dos afro-descendentes e as tutelas diferenciadas atribuídas aos consumidores. Estas situações demonstram o completo afastamento do universalismo, pois se parte da premissa de que nem todos os indivíduos são iguais em sua autonomia, motivo pelo qual merecem tratamentos distintos.

¹¹³ROUANET, op. cit., p.46-50.

¹¹⁴ROUANET, op. cit., p.10.

O pilar da modernidade denominado individualismo também se encontra em ruínas. Ele está profundamente relacionado ao universalismo, pois a pretensão de universalidade do projeto civilizatório da modernidade só era possível porque a sociedade era encarada como a somatória de indivíduos livres e iguais. Ocorre que as pessoas não são iguais. Neste sentido, Rouanet expõe que:

O mal, em suma, foi que a Revolução visara o homem em geral, e portanto, como correlato, o indivíduo abstrato, em vez de visar particularidades concretas, como os negros, as mulheres, os índios. O individualismo da Ilustração apagara todas as diferenças, esquecendo-se de que o homem só existe situado, como parte de uma comunidade, de um grupo étnico, de uma cultura.¹¹⁵

Tendo em vista esta inexistência de indivíduos realmente autônomos, Rouanet afirma que atualmente "a individualidade de cada ser submerge cada vez mais no anonimato do conformismo e da sociedade de consumo"¹¹⁶. O consumismo faz com que as pessoas passem a buscar prazer pela compra de produtos que são produzidos de forma massificada. Assim, a autonomia desses indivíduos é abalada por técnicas publicitárias que geram nestes a constante necessidade de comprar produtos lançados no mercado.

Nas palavras de Rouanet, "não se trata tanto de pensar os pensamentos que todos pensam, mas de comprar os videocassetes que todos compram, nos aviões charter em que todos voam para Miami"¹¹⁷.

Não fosse só isto, o individualismo é também afetado por um sentimento de necessidade de raízes, de reinserção comunitária, de procura de uma identidade grupal. "Cada vez mais o mundo tenta remergulhar no coletivo. Há uma nostalgia do aconchego comunitário."¹¹⁸

¹¹⁵ROUANET, op. cit., p.48-49.

¹¹⁶ROUANET, op. cit., p.9.

¹¹⁷ROUANET, op. cit., p.9.

¹¹⁸ROUANET, op. cit., p.9.

Pode-se dizer que o individualismo pretendido pelo projeto civilizatório da modernidade foi solapado por uma tirania da maioria (consumismo) e por uma necessidade de identificação com o grupo¹¹⁹.

O mal-estar na modernidade repercute no Direito privado. O pilar denominado universalismo mostra-se abalado, pois se percebe que há muito não mais se tem o Código Civil como o regulador de todas as atividades privadas. Constatou-se que o Código pleno é um objetivo impossível, pois não há como se estabelecer regras universalmente válidas, a todos aplicadas indistintamente.

Assim, em razão das diversas reivindicações heterônomas exigindo tutelas jurídicas diferenciadas daquelas postas no Código surgiram diversas legislações ao largo do Código Civil.

Como muito bem expõe Gustavo Tepedino, primeiramente surgiram diversas leis especiais em relação ao Código Civil que visavam à proteção de novas figuras emergentes não previstas no Código de 1916. Com a "inflação legislativa" crescente o Código Civil progressivamente perdeu a centralidade do sistema do Direito privado. Neste caminho surgiram "leis que regulamentam exaustivamente extensas matérias, e passam a ser designadas como estatutos, veiculando não apenas normas de Direito material, mas também processuais, de Direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de Direito penal"¹²⁰. São os denominados microssistemas, podendo ser citados como exemplos o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Terra.

Em razão do abalo no universalismo pretendido pela modernidade o Direito privado vivenciou a "descodificação", no sentido de que se superou o sistema centralizado no Código por "uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos"¹²¹.

¹¹⁹ROUANET, op. cit., p.22.

¹²⁰TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____ (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.4.

¹²¹TEPEDINO, O código civil..., p.5.

Esta evolução não ocorreu apenas no Brasil, como expõem, por exemplo, Pietro Perligieri em atenção ao ordenamento italiano¹²² e Ricardo Luiz Lorenzetti no que tange à Argentina¹²³.

O estremecimento no individualismo defendido pela modernidade fez com que ganhassem força no Direito as tutelas dos direitos difusos e coletivos, pois encaram a sociedade por meio de grupos. A coletividade voltou a ser reconhecida e valorizada.

Também é por esta razão que surge a funcionalização dos direitos, de forma a determinar que os direitos subjetivos não sejam exercidos apenas em proveito do seu titular, de forma individualista, mas sim em atenção a toda a coletividade em que tal pessoa está envolvida.

Assim, como afirma Judith Martins-Costa, "o quadro que hoje se apresenta o Direito Civil é o da reação ao excessivo individualismo característico da era codificatória oitocentista"¹²⁴. Neste sentido diversos direitos subjetivos são funcionalizados, ou seja, passam a implicar a obrigação de seu titular atender a determinadas funções sociais. Assim, estes não se prestam à satisfação de interesses meramente individuais, mas também a interesses da coletividade, o que acarreta deveres positivos e negativos aos titulares dos direitos subjetivos¹²⁵.

¹²²PERLIGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.5-6.

¹²³LORENZETTI, op. cit., p.45.

¹²⁴MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.144.

¹²⁵No ordenamento jurídico brasileiro existem diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais positivando expressamente a funcionalização de direitos. São exemplos: arts. 5.º, inc. XXIII, 170, incs. II e III da Constituição da República, art. 421, 1.228 e §§, art. 1.277 do Código Civil de 2002.

...atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo 'mito jusnaturalista' que a recobria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo.¹²⁶

Nesta esteira, há a tendência de o aplicador do Direito atentar-se muito mais às pessoas concretas envolvidas nas situações analisadas, afastando-se dos conceitos, categorias, ficções e presunções que deixavam de perceber as vicissitudes de cada sujeito.

Há, portanto, um progressivo afastamento do mundo da segurança preconizado, pois este foi construído sobre pilares que ruíram, como aqui demonstrado.

1.3 A CONTEMPORANEIDADE E A REGULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O sistema de direito civil brasileiro construído com base no Código Civil de 1916, principalmente no que se refere à responsabilidade civil, era um sistema-perito tipicamente moderno, previsto nos exatos termos do mundo da segurança.

Como já exposto, nesse momento era adequado pensar a responsabilidade civil apenas como uma reprimenda pela prática voluntária de um ato ilícito que gerasse danos.

Nesta esteira, o artigo 159 do Código Civil de 1916 determinava que a obrigação reparatória surgia como conseqüência de um ato voluntário culposo ou doloso que gerasse danos.

Como já exposto em capítulo anterior, o Código Civil de 1916 previa como regra geral a responsabilidade subjetiva, ou seja, decorrente da culpa *lato sensu*, existindo apenas as seguintes exceções: a responsabilidade pelos danos causados por coisas caídas ou lançadas de prédios, a responsabilidade do farmacêutico pelos equívocos de seus prepostos e a responsabilidade pelos danos decorrentes de atos

¹²⁶MARTINS-COSTA e BRANCO, p.158.

praticados em legítima defesa, exercício regular de direito ou estado de necessidade. Além dessas hipóteses de responsabilidade independente de culpa previstas no Código Civil brasileiro de 1916, existia também o Decreto n.º 2.681/12 que, em seu artigo 26, estabelecia para os exploradores de estradas de ferro o dever de reparar todos os danos que causassem aos proprietários marginais na exploração de suas linhas, independentemente de dolo ou culpa¹²⁷.

Em todas as demais situações era necessária a existência de culpa ou dolo, ou seja, de manifestação de vontade do responsabilizado no sentido de descumprir um dever geral de cautela ou violar dever legal ou contratual¹²⁸.

Esta forma de se regulamentar a responsabilidade civil estava em plena correspondência com os pilares da modernidade, pois, em função do racionalismo, não se admitia o surgimento do dever de indenizar sem que houvesse um ato racional/volitivo contrário do Direito.

Também não se considerava possível o surgimento de um dever reparatório àquela pessoa que não agiu em descumprimento à lei. Àqueles que não violavam qualquer dever legal não se admitia a imputação do dever de indenizar, pois estes estavam dentro da esfera de segurança.

Este tratamento da responsabilidade civil pode ser encarado como um sistema-perito, pois decorria de elementos jurídicos construídos de forma abstrata, sem atenção às vicissitudes de todas as inúmeras situações danosas possíveis, e com pretensão de validade universal.

¹²⁷Artigo 26 do Decreto 2.681/12: "*As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração das suas linhas causar aos proprietários marginais. Cessará, porém, a responsabilidade se o fato danoso for consequência direta da infração, por parte do proprietário, de alguma disposição legal ou regulamentar relativa a edificações, plantações, escavações, depósito de materiais ou guarda de gado à beira das estradas de ferro*".

¹²⁸Certo é que em algumas hipóteses havia presunção *juris tantum* de culpa, como nas situações em que se verificava a culpa *in elegendo*, *in vigilando* ou *in custodiando*.

Com a superação da era da segurança a confiança do sistema-perito da responsabilidade civil foi abalada, e "a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade (...) e a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana"¹²⁹.

Desta forma, a concepção clássica da responsabilidade civil, tributária do conceito de culpa, iniciou seu declínio. A sua premissa básica, segundo a qual a responsabilidade supõe sempre um autor consciente, pois sem vontade jurídica não há culpabilidade e sem esta não há responsabilidade, restou completamente afastada¹³⁰.

O regramento tradicional da reparação de danos, assim como os conceitos, categorias e presunções a partir dele construídos, logo se mostraram não mais suficientes para pacificar as relações sociais.

Vale aqui transcrever trecho da obra de J. R. Vieira Neto que, apesar de extenso, demonstra a sua sensação de injustiça gerada pelo inadequado tratamento dispensado pelo direito civil tradicional às indenizações:

Ora, aquele capitalismo que, em ascensão, proclamara o contratualismo, a autonomia da vontade livre como pedras angulares do seu Código, quinze anos após a Revolução pelos Direitos do Homem, e em linhas de exata correspondência à estrutura social para que fora modelado assumia agora, cem anos depois, um ritmo febril de aceleração, modificando completamente o ambiente físico, social, político da sociedade.

A estrada de ferro tomou o lugar da diligência, do mala-posta; a carruagem ia-se recolhendo aos museus e cedia ao alargamento compulsório das ruas e avenidas. Onde o trânsito se congestionava, para a rapidez dos carris urbanos, o ônibus, o automóvel, ainda deitando fumaça, assustando com o descontrole pouco convidativo das suas explosões e panes misteriosas. A eletricidade e o gás produziam um dia artificial para as diversões de multidão. A invenção do elevador, a estrutura de ferro e o concreto armado davam ao gabarito dos arranha-céus apenas o limite do arrojo e da disponibilidade de capitais. O transatlântico transformava em aprazível a excursão turística, a circunavegação oceânica e já o aeroplano, ensaiando seus saltos iniciais sugeria outras conquistas no espaço e no tempo;

¹²⁹MORAES, op. cit., p.72.

¹³⁰SEGUÍ, op. cit., p.307.

finalmente a máquina a vapor, o aço, o petróleo e a hidráulica alteravam, de repente, a fisionomia social e os hábitos da vida, criavam utilidades, confortos e requintes. Tudo isso vinha da transformação da fábrica quase artesanal de dez e vinte operários dos fins do século XVIII para os imensuráveis *plants* industriais que se iriam logo mais cronometrar no ritmo das *assembly lines* da produção em série, com milhares e milhares de trabalhadores, reunindo na mesma empresa desde a pesquisa da matéria-prima até a organização de vendas e colocação de mercadorias, espalhando tentáculos além das fronteiras nacionais, pelo *trust*, o *cartel*, o controle de organizações combinadas.

Esse dinamismo criador e brutal jamais se importou com os desastres que produzia.

Na exploração intensiva das minas alastravam-se a silicose, o saturismo, outras doenças profissionais.

A indústria também fabricava, dia por dia, manetas e estropiados, inúteis resíduos humanos que o acidente no trabalho jogava na miséria das ruas e na fila dos pedintes. A estrada de ferro e o automóvel eram fatores de outros desastres e prejuízos.

A esses eventos freqüentes a teoria da culpa contrapunha que se provasse a negligência do ofensor. Se a lei, por ficção, responsabilizava o patrão pelo ato do empregado, cedia pelo outro lado ante a prova da "impossibilidade de impedir" exoneratória de reparação. Se a presunção *juris et jure*, o vocábulo *culpa* não tinha mais lugar no quadro da responsabilidade.¹³¹

As máquinas e produtos desenvolvidos pela tecnologia avançada, somados à disponibilização massificada de novos produtos à população, deixou inegável a situação de injustiça gerada pela impossibilidade de comprovação de culpa para os danos decorrentes da utilização destas novas tecnologias, como apontado por Vieira Neto. Surgiram leis fixando hipóteses de responsabilidade independente de culpa, denominadas de "responsabilidade objetiva".

Carlos Young Tolomei expõe que:

De efeito, a transformação social fez com que a tradicional responsabilidade subjetiva, informada pela teoria da culpa e por um princípio de imputabilidade moral, se mostrasse insuficiente para a tutela das situações jurídicas presentes numa sociedade de grandes massas e, cada vez mais, de consumo. Dentro desta nova realidade social, a reparação da vítima não

¹³¹VIEIRA NETO, J. R. **O risco e a imprevisão**: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 1989. p.97-98.

mais poderia ser engessada num sistema em que a indenização dependesse, em qualquer hipótese, de uma prova (quase impossível) para identificar quem, de fato, agiu de forma culposa. A dificuldade era tanta que alguns chegavam a qualificá-la como 'prova diabólica'.¹³²

Fábio Ulhoa Coelho analisa a evolução do tratamento jurídico do dever de reparar danos com base nas demandas evolutivas do modo de produção capitalista. Afirma que nas fases iniciais do capitalismo era inadequado um sistema de responsabilidade objetiva, pois havia a necessidade de acumulação de capital para reinvestimento em atividades produtivas e comerciais. Em razão dessa necessidade, o liberalismo econômico pugnavia pelo mundo da segurança, de forma que os homens eram encarados como proprietários livres e iguais, capazes de regular seus próprios interesses por meio de suas vontades. Nesse momento era imaginável a responsabilidade civil apenas se pudesse ser verificada na origem da ação danosa um ato livre de vontade contrário às regras do jogo. Quando a acumulação de capital tornou-se suficiente para a criação de mecanismos de seguridade social a situação modificou-se, pois a excessiva acumulação de riquezas passou a ser um entrave ao desenvolvimento econômico¹³³.

A primeira modificação ocorreu em relação aos acidentes de trabalho. Por meio do Decreto n.º 3.724/19 foram tarifados valores para indenização por danos causados a empregados no exercício de seu labor, independentemente de qualquer ato culposos ou doloso de seu empregador. Tal Decreto foi posteriormente alterado por outras legislações, mas sempre mantendo o mesmo teor¹³⁴. Atualmente regulam

¹³²TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.360.

¹³³COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.63-66.

¹³⁴CAVALIERI FILHO, op. cit., p.173.

a matéria a Lei n.º 8.213/91¹³⁵ e o artigo 7.º, XXVIII da Constituição da República¹³⁶. Assim, todos os empregados e empregadores contribuem ao INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social para que este, dentre outras atribuições, indenize acidentes de trabalho até um determinado limite de valor, independentemente de culpa de qualquer dos envolvidos.

Mecanismo semelhante foi previsto para os danos gerados em razão da circulação de veículos automotores. A Lei n.º 6.194/74 estabeleceu a formação de um fundo destinado a conceder uma indenização mínima às vítimas de tais danos, independentemente de qualquer análise a respeito de culpa da vítima ou do motorista envolvido¹³⁷.

A partir da Constituição da República de 1946 foi estabelecida a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus prepostos causarem¹³⁸. A Carta

¹³⁵Artigo 86 da Lei n.º 8.213/91: "O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia".

¹³⁶Inciso XXVIII do artigo 7.º da Constituição da República: "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...) seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa".

¹³⁷Artigo 3.º da Lei n.º 6.194/74: "Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no artigo 2.º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada: a) - 40 (quarenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País - no caso de morte; b) - Até 40 (quarenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País - no caso de invalidez permanente; c) - Até 8 (oito) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País - como reembolso à vítima - no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas". Artigo 5.º da Lei n.º 6.194/74: "o pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado".

¹³⁸Artigo 194 da Constituição da República de 1946: "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros". Parágrafo único: "cabem-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes".

Magna de 1988 tratou da responsabilidade civil objetiva quando falou dos danos causados pela atos comissivos da Administração¹³⁹ e dos danos nucleares¹⁴⁰.

Foi estabelecida pelo Decreto-lei n.º 227/67 a responsabilidade objetiva daqueles que se dedicam à exploração de lavra e que, em razão desta atividade, geram prejuízos a terceiros¹⁴¹.

O artigo 14, § 1.º da Lei n.º 6.938/81 estabeleceu a responsabilidade independente de culpa ou dolo para aqueles que causarem danos ambientais¹⁴².

Em 1986 a Lei n.º 7.565/86 determinou que empresas exploradoras de atividades aeronáuticas indenizem quaisquer prejuízos causados a terceiros na superfície¹⁴³.

¹³⁹§ 6.º do artigo 37 da Constituição da República: "*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*".

¹⁴⁰Artigo 21, inciso XXIII, alínea c da Constituição da República: "*Compete à União explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: (...) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa*".

¹⁴¹Artigo 47, inciso VIII do Decreto-lei n.º 227/67: "*ficará obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, às seguintes, sob pena de sanções previstas no Capítulo V: (...) responder pelos danos e prejuízos a terceiros, que resultarem, direta ou indiretamente, da lavra*".

¹⁴²§ 1.º do artigo 14 da Lei n.º 6.938/81: "*sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade*".

¹⁴³Artigo 268 da Lei n.º 7.565/86: "*o explorador responde pelos danos a terceiros na superfície, causados, diretamente, por aeronave em vôo, ou manobra, assim como por pessoa ou coisa dela caída ou projetada*". Parágrafo 1.º: "*prevalece a responsabilidade do explorador quando a aeronave é pilotada por seus prepostos, ainda que exorbitem de suas atribuições*". Parágrafo 2.º: "*exime-se o explorador da responsabilidade se provar que: I - não há relação direta de causa e efeito entre o dano e os fatos apontados; II - resultou apenas da passagem da aeronave pelo espaço aéreo, observadas as regras de tráfego aéreo; III - a aeronave era operada por terceiro, não preposto nem dependente, que iludiu a razoável vigilância exercida sobre o aparelho; IV - houve culpa exclusiva do prejudicado*".

Ainda antes da edição do Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406/02), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/91) consagrou a responsabilidade independentemente de culpa do fornecedor pelo fato ou vício do produto ou serviço¹⁴⁴. Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho, a acumulação de capitais deu espaço à necessidade de atendimento aos acidentes de consumo. Assim, o custo do processo de melhoria dos produtos passou a ser financiado pelos próprios consumidores, através do repasse das despesas da empresa com o pagamento de seguros ou indenizações aos preços dos produtos. Isto significou um "mecanismo de absorção e diluição dos ressarcimentos decorrentes de acidente de consumo" ¹⁴⁵.

¹⁴⁴Artigo 12 da Lei n.º 8.078/91: "o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos". Artigo 14 da Lei n.º 8.078/91: "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos". Artigo 18 da Lei n.º 8.078/91: "os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas". Artigo 19 da Lei n.º 8.078/91: "os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - o abatimento proporcional do preço; II - complementação do peso ou medida; III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos". Artigo 21 da Lei n.º 8.078/91: "no fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor".

¹⁴⁵COELHO, op. cit., p.63-66.

O Código Civil de 2002 manteve também a previsão de responsabilidade objetiva para os danos causados por legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de direito¹⁴⁶ e para os prejuízos decorrentes do arremesso ou queda de objeto de um prédio ou construção¹⁴⁷. Estabeleceu também a responsabilidade objetiva para os transportes de passageiros¹⁴⁸, o que já era reconhecido pela jurisprudência¹⁴⁹.

Percebe-se que durante a travessia entre o Código Civil brasileiro de 1916 e o Código Civil brasileiro de 2002 o tratamento legislativo da responsabilidade civil sofreu uma crescente objetivação. Em outras palavras: cada vez mais surgiram hipóteses de responsabilidade independente de dolo ou culpa.

O novo Código aprofundou ainda mais esta tendência. Neste sentido, foi claro ao expor que a responsabilidade civil pode surgir de um ato ilícito ou lícito. Na primeira hipótese é necessária a existência de uma conduta dolosa ou culposa, e na segunda a emanção de vontade contrária ao ordenamento não é necessária¹⁵⁰.

¹⁴⁶Art. 929 do Código Civil de 2002: "*Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188 [estado de necessidade], não forem culpados pelo perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram*". Artigo 930 do Código Civil de 2002: "*No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único: A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, I) [legítima defesa e exercício regular de direito]*". Neste sentido: GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.23.

¹⁴⁷Art. 938 do Código Civil de 2002: "*Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido*". Neste sentido: GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.23.

¹⁴⁸Art. 735 do Código Civil de 2002: "*A responsabilidade contratual do transportador por acidente com passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva*".

¹⁴⁹Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal expressa que "*a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva*".

¹⁵⁰Neste sentido: "Cuida o novo Código, na Parte Geral, da conceituação do ato ilícito, deixando para regular sua principal consequência (efeito obrigacional de reparação do dano) na Parte Especial, ao tratar da Responsabilidade Civil" (TOLOMEI, op. cit., p.357-357). Fica claro, portanto, que a responsabilidade civil (dever de indenizar) é apenas uma (apesar de a principal) consequência da prática de um ato ilícito. Podem ser imaginadas outras tutelas que podem ser concedidas diante de um ato ilícito, que não apenas e tão-somente a reparação dos danos. Além disto, em razão da responsabilidade civil estar tratada num capítulo autônomo se percebe que ela não está ligada apenas e tão-somente ao ato ilícito.

Para bem esclarecer esta afirmação é oportuno transcrever alguns dispositivos do Código, chamando especial atenção para as respectivas localizações topográficas.

PARTE GERAL
LIVRO III – DOS FATOS JURÍDICOS
TÍTULO III – DOS ATOS ILÍCITOS

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.

Diante do texto legal acima transcrito percebe-se que é considerado ilícito todo ato danoso praticado com culpa ou dolo, bem como aquele praticado em abuso de direito, que gere danos¹⁵¹.

O artigo 188 do Código Civil de 2002, assim como o fazia a antiga legislação, estabelece como excludentes de ilicitude a legítima defesa, exercício regular de direito e o estado de necessidade¹⁵².

Esta é a regulamentação dos atos ilícitos do Código Civil brasileiro de 2002.

Ressalta-se a localização de tais dispositivos legais para deixar claro que a construção do conceito de ato ilícito é realizada na Parte Geral do Código, ou seja, no contexto que reúne os princípios e regras aplicáveis à generalidade dos atos e relações jurídicas¹⁵³.

Já as diversas espécies de relações jurídicas tratadas pelo direito civil estão regulamentadas pela Parte Especial do Código. E é dentro dela que se encontram os regramentos referentes à responsabilidade civil.

¹⁵¹A noção de "ato ilícito" será melhor analisada na seção 3.1.2.

¹⁵²Artigo 188 do Código Civil de 2002: "*Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente*".

¹⁵³AMARAL, **Direito civil...**, p.130.

PARTE ESPECIAL
LIVRO I – DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES
TÍTULO IX – DA RESPONSABILIDADE CIVIL
CAPÍTULO I – DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e art. 187), causar dano a outrem, é 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.

Pela localização topográfica do dispositivo transcrito nota-se com clareza que a responsabilidade civil é regulamentada de forma independente do ato ilícito, sendo tratada como uma das possíveis relações jurídicas normatizadas pelo Código Civil.

O artigo acima transcrito deixa claro em seu caput que o ato ilícito é uma das fontes de responsabilidade civil. Ou seja, praticado um ato culposo ou doloso que cause danos, surge o dever de indenizar àquele que assim agiu. Mas a responsabilidade civil não decorre apenas e tão-somente de atos ilícitos, pois pode também surgir de atos lícitos¹⁵⁴.

Neste sentido o parágrafo único do dispositivo citado determina que o dever de indenizar também pode surgir de atos lícitos, desde que tal situação seja prevista em lei ou a atividade que gerou o dano seja naturalmente arriscada e praticada com normalidade.

Verifica-se então que todas as situações legais de responsabilização independentemente de culpa (antes mencionadas) continuam válidas após o Código Civil brasileiro de 2002¹⁵⁵.

¹⁵⁴TOLOMEI, op. cit., p.363.

¹⁵⁵BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil no parágrafo único do artigo 927 do código civil e alguns apontamentos do direito comparado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n.20, out./dez. 2004. p.218; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v.11. p.13.

Além dessas o *Codex* previu a cláusula geral¹⁵⁶ da atividade normalmente praticada e naturalmente arriscada¹⁵⁷, bem como estabeleceu outras situações em que o dever de indenizar surge independentemente de culpa ou dolo.

O artigo 931 do Código Civil brasileiro de 2002 estendeu a responsabilidade pelo fato do produto para quaisquer relações, e não apenas aquelas abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor¹⁵⁸.

A responsabilidade dos pais, tutores, curadores, empregados e donos de hotéis por atos de filhos, tutelados, curatelados, prepostos e hóspedes a partir do novo Código também passou a independe de culpa desses. Não há mais que se cogitar de culpa *in elegendo* ou *in vigilando*. Neste sentido o artigo 933 do Código foi claro¹⁵⁹.

Percebe-se, então, a existência de inúmeros dispositivos legais e constitucionais estabelecendo a responsabilidade civil independentemente da culpa do sujeito chamado a indenizar. Em razão da existência de uma infinidade de leis tratando de setores específicos da atividade econômica e da sociedade, podem ainda existir outras hipóteses de responsabilidade objetiva além daquelas aqui mencionadas.

¹⁵⁶A noção de "cláusula geral" será exposta na seção 2.2.

¹⁵⁷ Esta norma será analisada no capítulo 4 deste trabalho.

¹⁵⁸Artigo 931 do Código Civil de 2002: "*ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação*".

¹⁵⁹Artigo 932 do Código Civil de 2002: "*São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou sem razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia*". Artigo 933 do Código Civil de 2002: "*As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos*". Neste sentido: GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.23.

É inegável, portanto, a tendência objetivista da nova codificação, sem contudo abandonar a culpa *lato sensu* como um dos fundamentos para o surgimento do dever de indenizar.

Carlos Young Tolomei afirma, ainda, que o fato de o artigo 186 do Código Civil de 2002 ter deixado de tratar da análise da culpa, diferentemente do que ocorria com a segunda parte do artigo 159 do Código Civil de 1916 é mais uma comprovação da "*tendência objetivista trazida pela nova codificação*"¹⁶⁰.

Desta forma, também no que tange à responsabilidade civil percebeu-se a superação da era da segurança, pois frente a um dano não se sabe de antemão qual o regramento pelo qual será adotado para o tratamento do dever de indenizar, visto que existem inúmeras normas a respeito do assunto, cada qual estabelecendo regimes distintos para o surgimento da responsabilidade.

Ademais, há grande quantidade de hipóteses de responsabilidade objetiva, de forma que o dever de indenizar pode ser imputado a uma pessoa que não praticou nenhum ato voluntário pretendendo prejudicar outrem ou contra os deveres gerais de cautela. Assim sendo, mesmo em relação a atos praticados de acordo com o ordenamento pode surgir o dever reparatório. O Direito invade os limites dentro dos quais havia a pretensa segurança para impor a responsabilidade civil para alguém que nunca agiu em desacordo com as normas jurídicas.

O dever de reparar dano não surge mais somente quando este foi causado dolosa ou culposamente, ou seja, após uma manifestação de vontade emanada da razão contra um dever jurídico. Muitas vezes o dever de indenizar é imputado a alguém que não manifestou vontade contra a lei, que não praticou ato ilícito. Fica claro, então, que o racionalismo (e o conseqüente apego à vontade como fonte de obrigações) não mais se aplica às relações indenizatórias.

¹⁶⁰TOLOMEI, op. cit., p.359.

O universalismo também é afastado, pois a tutela indenizatória passa a ser regulamentada de forma diferente em razão das pessoas envolvidas. Por exemplo, apenas nas relações de consumo todas as pessoas integrantes de uma cadeia de produção são solidariamente responsáveis pelos danos decorrentes de vícios de qualidade dos produtos¹⁶¹.

O estremecimento do individualismo, sentido no retorno às identidades grupais e no reconhecimento do dever de solidariedade social, também teve reflexos para a responsabilidade civil. As relações indenizatórias não têm apenas o caráter individualista de reparar o dano causado à vítima. São atualmente comuns indenizações fixadas com caráter pedagógico, principalmente quando se trata de danos extrapatrimoniais¹⁶². Neste sentido, a jurisprudência majoritária admite que a indenização por danos morais tem, além da função compensatória, como qualquer ressarcimento, função pedagógico/punitiva¹⁶³, o que se percebe ao serem considerados para a quantificação da indenização fatores relativos às condições econômicas das partes envolvidas e o grau de culpa do ofensor¹⁶⁴.

A teoria da responsabilidade civil elaborada sobre elementos que não consideravam as características próprias de cada situação pode ser enquadrada na idéia de sistema-perito, que não goza mais da confiança de outrora. Há a sensação

¹⁶¹Artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor: "*Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas*".

¹⁶²GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.177.

¹⁶³Neste ponto vale expor a opinião de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem "o caráter punitivo do dano moral cria muito mais problemas do que soluções" (MORAES, op. cit., p.328).

¹⁶⁴MORAES, op. cit., p.31-32.

de que tal teoria tradicional não se mostra suficiente para fornecer as melhores soluções para cada situação danosa.

Constata-se que houve uma crise que atingiu o mundo da segurança e que gerou fortes reflexos também no que diz respeito ao tratamento das relações indenizatórias.

Esta é a situação atual da responsabilidade civil, que será melhor explicitada nos tópicos seguintes deste estudo, após uma breve análise das conseqüências da referida crise no que tange à postura metodológica do aplicador do Direito frente ao sistema jurídico que dispõe.

2 DA POSTURA LÓGICO-DEDUTIVA À TÓPICO-INDUTIVA

Ao aplicador do Direito da era da segurança exigia-se uma postura dedutiva. A ele caberia apenas a subsunção dos fatos às normas, de forma que poder-se-ia imaginar um *software* que contivesse todas as normas jurídicas e que a partir do preenchimento de algumas variáveis forneceria a resposta do Direito a quaisquer questões.

Ocorre que o sistema jurídico, encarado como um sistema-perito construído com base nos pilares da modernidade, sem atenção às vicissitudes próprias de cada vida humana concreta, mostrou-se inadequado.

Esta sensação de que o Direito da era da segurança não satisfaz as atuais necessidades ocorre também de forma intensa no que diz respeito às indenizações por danos.

Assim, houve a superação da era da segurança, que implicou a abertura do sistema jurídico e a necessária conjugação da postura dedutiva à tópico-indutiva na atividade do aplicador.

2.1 O DIREITO COMO UM SISTEMA FECHADO E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916

John Gilissen afirma que dentre as transformações vivenciadas pelo Direito com o ingresso na modernidade está a passagem "dum sistema 'irracional' para um sistema racional de direito"¹⁶⁵, no sentido de que o Direito passou a não mais admitir soluções e explicações sobrenaturais aos problemas a ele submetidos¹⁶⁶. O Direito passou a basear-se na razão.

¹⁶⁵GILISSEN, op. cit., p.205.

¹⁶⁶Cumpra aqui fazer a ressalva de que "o tempo histórico no direito é ainda mais irreduzível à simplificação cronológica porque, nesta província, é incomensurável o peso da tradição, a qual, não obstante implicar a referência ao passado, não o acolhe como uma totalidade – recolhendo apenas o 'passado transmitido', e transmitido, porque objeto de uma seleção: escolhas, assimilações, eliminações não representáveis através de mera retenção passiva do passado, mas mediante uma contínua reelaboração" (MARTINS-COSTA, op. cit., p.99).

Por influência do humanismo¹⁶⁷ e do jusracionalismo¹⁶⁸, e de acordo com os pilares da modernidade, o Direito passou a ser encarado como um sistema¹⁶⁹ formado por proposições gerais primeiras deduzidas a partir da razão humana (princípios ou axiomas) pelas quais se formam as demais regras, de maneira que a totalidade estaria ordenada e unitariamente encadeada. Assim organizado, o Direito possibilitaria a solução dos problemas sociais a partir de uma dedução racional da regra a ser aplicada.

¹⁶⁷"A palavra humanismo designa um fenômeno cultural complexo. (...) Humanismo e Renascença designam as duas faces de uma mesma moeda. Humanismo e Renascença penetram ao mesmo tempo na Idade Média e na Idade Moderna, porque a história é continuidade de uma construção, é de duração irreduzível a recortes de fatos no tempo cronológico (...). O Humanismo, na ciência do direito, representa o esgotamento do modelo fundado na recepção prática dos textos justinianeus, acompanhando por glosas e comentários que caracterizou o *mos italicus*. Representa a ultrapassagem do modelo escolástico e do raciocínio tópico-aristotélico, pelo qual a interpretação jurídica se fazia com base em tópicos do *Corpus Juris* e de outros textos jurídicos." (MARTINS-COSTA, op. cit., p.99-100). De acordo com tal ordem de idéias seria inviável pensar o direito a partir de diversas ordens autônomas, pois reconhece-se o valor de "humano" a toda e qualquer pessoa, o que impõe certa equidade nas diferentes relações dos cidadãos entre si. Por esta razão a sua influência na *sistematização* do direito.

¹⁶⁸O jusracionalismo foi uma das manifestações do jusnaturalismo. "O jusracionalismo foi a forma ideológica adotada pelo humanismo ao transmudar os princípios do direito natural, conhecido no Ocidente pelo menos desde Aristóteles, assumindo-os como consubstanciais ao homem e à sociedade e mediando-os pelos critérios da razão, a qual teria força de, por si e isoladamente, reformar o mundo (...) No campo do direito privado, o jusnaturalismo pretendeu expurgar do ordenamento positivo as normas que considerava em desacordo com os 'princípios superiores da razão', assim preparando caminho para uma *construção sistemática autônoma*, vale dizer, independente de outros critérios, fatos ou valores que não os contidos intrasistematicamente." (MARTINS-COSTA, op. cit., p.136-137). Em razão destas idéias, "os conceitos jurídicos não serão mais elaborados como tópicos ou como artifícios para harmonização de textos entre si contraditórios, e o método de raciocínio abandonará, pelo menos em nível programático, a técnica das *quaestiones* aristotélicas, passando a adquirir novo perfil metodológico" (MARTINS-COSTA, op. cit., p.142). Podem ser citados como pensadores integrantes desta corrente jusracionalista Samuel Pufendorf, Hobbes e Baruch Espinosa (PREDIGER, op. cit., p.153).

¹⁶⁹FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 1988. p.167; PREDIGER, op. cit., p.150; AMARAL, Racionalidade..., p.46-47. Toma-se o termo "sistema" no sentido de conjunto unitário e ordenado de elementos, organizados com coerência e hierarquia. "Unidade, no sentido de aglutinação desses elementos, normas, princípios e valores, em torno de um princípio básico, geral e comum; coerência, como ligação entre si e ausência de contradição; hierarquia, no sentido de dependência e dedutibilidade lógica" (AMARAL, Racionalidade..., p.48).

Judith Martins-Costa muito bem explica a organização do Direito num sistema lógico-dedutivo:

...o direito como um sistema de proposições jurídicas que se agruparão e reagruparão segundo um nexu *interno* ou *imane*nte, de modo a permitir, de grandezas maiores a menores, a dedução e a demonstração, segundo o modelo matemático. Em primeiro lugar, as definições gerais, os axiomas e as proposições também de caráter geral; em segundo lugar, uma série de desenvolvimentos dedutivos, demonstrados como teoremas, constituídos por proposições particulares.¹⁷⁰

Esta configuração do Direito como um sistema é umbilicalmente ligada à figura da lei como sua fonte principal, pois ele passa a ser encarado como a expressão da vontade popular concretizada por meio de representação política¹⁷¹. Neste sentido, John Gilissen ensina que a partir do marco temporal *Code Napoléon* (Código Civil francês de 1804) "todo o direito está na lei. Só o legislador, agindo em nome da nação soberana, tem o poder de elaborar o direito. Não pode, portanto, existir outra fonte de direito senão a lei"¹⁷². Tal autor ainda complementa que "as leis devem ser interpretadas racionalmente, logicamente; a experimentação, a história, o direito comparado, nada disso tem qualquer interesse para o jurista"¹⁷³. Nota-se a forte influência dos pilares da modernidade nesta forma de se encarar o fenômeno jurídico. Além desses pilares também o estatismo, no sentido de um culto ao "Estado-Deus" representado pelo legislador, sedimentava a aqui mencionada forma de encarar o Direito¹⁷⁴.

¹⁷⁰MARTINS-COSTA, op. cit., p.154-155.

¹⁷¹BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do direito civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.56-57.

¹⁷²GILISSEN, op. cit., p.516.

¹⁷³GILISSEN, op. cit., p.516.

¹⁷⁴GILISSEN, op. cit., p.516.

De acordo com esta maneira de se encarar o Direito surgiram os "Códigos oitocentistas"¹⁷⁵, dos quais são exemplos o BGB¹⁷⁶ e o *Code Napoléon*¹⁷⁷, todos visando implementar o já comentado "mundo da segurança". Como dizia Natalino Irti, "*o mundo dos Códigos foi o mundo da segurança*"¹⁷⁸.

A codificação apresentou vantagens ao simplificar o conhecimento e aplicação do sistema jurídico construído conforme os pilares da modernidade,¹⁷⁹ atendendo, então, aos anseios do mundo da segurança.

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes expõe:

A exigência de estabilidade, ou de previsibilidade, quanto aos comportamentos individuais passou a ser pressuposto intrínseco das relações jurídicas, na medida em que a burguesia francesa, vitoriosa da Grande Revolução, se tornara a nova classe dirigente, portadora da tábua de valores na qual toda a sociedade foi chamada a reconhecer-se. O "mundo da segurança" é, portanto, o "mundo dos códigos", os quais consubstanciavam, em ordenada seqüência de artigos, os valores do liberalismo do pacífico século XIX.¹⁸⁰

Por meio de tais conjuntos de regras agrupadas em Códigos não mais haveria pluralidade de fontes do Direito, de forma que a todos seria possível conhecer todo o fenômeno jurídico. Ademais, tais textos possibilitariam o conhecimento dos axiomas primeiros do Direito e das regras a partir destes estabelecidas, de forma que não haveria nenhuma lacuna, sendo que nenhuma situação concreta

¹⁷⁵Como definição de "Código": "lei autôfunda, lei estatuinte do ordenamento, norma com caráter legislativo que pode fundar toda a extensão de uma determinada matéria jurídica e, partindo de um sujeito unitário, cobrir o ordenamento por inteiro sem detrimento de sua própria articulação interna" (MARTINS-COSTA, op. cit., p.176); ou "um Código é, em sua noção histórica, um sistema de regras formuladas para reger, durável e plenamente, a conduta setorial de sujeitos de direito" (GOMES, **Introdução**..., p.68).

¹⁷⁶Código Civil alemão, promulgado em 1896.

¹⁷⁷Código Civil francês, promulgado em 1804.

¹⁷⁸IRTI. *L'Etat della decodificazione*, p.6. Apud GOMES, **Introdução**..., p.70.

¹⁷⁹AMARAL. *Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro*, p. 49.

¹⁸⁰MORAES, op. cit., p.65.

deixaria de encontrar solução no Código. Ou seja, tais textos legais tinham pretensão de plenitude e perenidade¹⁸¹.

Os Códigos representavam, então, mecanismos de desencaixe na forma sistemas-perito, conforme lições de Giddens¹⁸².

Tal sistema codificado, visto como uma "seqüência ordenada de normas legais que vinha ao encontro da idéia de perenidade das categorias jurídicas e dos conceitos abstratos que tinham a pretensão de serem permanentes"¹⁸³, era pretensamente fechado, de forma que estabelecia "de forma antecipada ou preordenada as hipóteses conceituais às quais devem se conformar os fenômenos jurídicos da realidade, razão pela qual basta a si mesmo, por conter todas as respostas às questões que lhe virão a ser colocadas"¹⁸⁴.

Judith Martins-Costa, a respeito do tema, afirma que:

Sabe-se que os grandes Códigos oitocentistas de que é paradigma o *Code* francês foram construídos como sistemas fechados, isto é, mais possível impermeáveis à intervenção da realidade e do poder criador da jurisprudência. Acreditava-se que a perfeição da construção conceitual e o encadeamento lógico-dedutivo dos conceitos bastaria para a total apreensão da realidade nos lindes do *corpus* codificado. Em outras palavras, o modelo de Código oitocentista traduzia determinado modelo de sistema (...) tributário das concepções iluministas, era dominado pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa. (...) Tiveram a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura.¹⁸⁵

¹⁸¹MARTINS-COSTA, op. cit., p.179; PREDIGER, op. cit., p.161-162; TEPEDINO, O código civil..., p.1-2.

¹⁸²Vide seção 1.2.1.

¹⁸³DALLEGRAVE NETO, op. cit., p.250.

¹⁸⁴PREDIGER, op. cit., p.147.

¹⁸⁵MARTINS-COSTA e BRANCO, op. cit., p.115-116.

O direito privado brasileiro da época do Código Civil de 1916 não se distanciou deste ambiente, pois foi fortemente influenciado pelo BGB e pelo *Code Napoleon*¹⁸⁶, de forma que também pretendia estampar um sistema jurídico fechado com pretensão de plenitude e perenidade¹⁸⁷.

Entendia-se então que os dispositivos legais contidos no Código eram suficientes para dar as soluções para quaisquer questões surgidas na sociedade. Não eram necessárias fontes externas ao Código Civil para dirimir problemas da vida privada, de forma que o sistema era visto como fechado e auto-suficiente¹⁸⁸.

Cumpra aqui esclarecer que tal sistema jurídico fechado era formado por um âmbito interno e outro externo¹⁸⁹. O âmbito interno refere-se às normas positivadas pelo Estado-legislador num conjunto sistematicamente organizado. Já o âmbito externo se refere ao "trabalho intelectual de que resulta o conjunto ou totalidade de conhecimentos logicamente classificados segundo um princípio unificador"¹⁹⁰. Em outras palavras: o sistema jurídico é composto internamente pelo encadeamento lógico de regras legisladas (âmbito interno), além de outros elementos construídos pela interpretação daquelas (âmbito externo). Ressalte-se que entre o âmbito externo e interno deve haver correspondência, no sentido de que "o sistema externo deve corresponder, o mais fielmente possível, ao sistema interno,

¹⁸⁶MARTINS-COSTA, op. cit., p.237.

¹⁸⁷FACHIN, **Teoria crítica**..., p.29; MARTINS-COSTA, op. cit., p.259; PREDIGER, op. cit., p.164.

¹⁸⁸TEPEDINO, O código civil..., p.1-2; RAMOS, op. cit., p.4-5; LORENZETTI, op. cit., p.43.

¹⁸⁹Neste sentido: PREDIGER, op. cit., p.154-157; MARTINS-COSTA, op. cit., p.100-101. De modo contrário há quem afirme que "a dicotomia 'interno' e 'externo' supõe um fechamento impossível de se admitir, eis que a ordenação dos conceitos e das categorias jurídicas não pode acontecer, apenas, desde o exterior, como se o conjunto de disposições fosse, em si mesmo, uma massa assistemática e caótica de prescrições" (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995. p.36).

¹⁹⁰PREDIGER, op. cit., p.156.

de modo a que a elaboração científica do objeto não desvirtue o seu conhecimento, falseando, com isso, a sua finalidade"¹⁹¹.

Assim sendo, a partir dos textos integrantes do âmbito interno do sistema coube à ciência do Direito desenvolver elementos de auxílio na organização do regramento da vida privada a partir do Código Civil.

Da somatória dos âmbitos interno e externo o sistema de direito privado apresentava-se formado de conceitos, categorias, ficções e presunções, de forma a se considerar o Direito como "um conjunto unitário e organizado de elementos (normas, conceitos, princípios, valores, doutrina e jurisprudência), coerentes e solidários entre si"¹⁹².

Os elementos deste sistema eram as ferramentas dispostas ao aplicador do Direito para seu desiderato. Orlando Gomes assim define cada um desses elementos:

O conceito é uma abstração, esquematizada para simplificar, que permite, pelo processo de generalização, as construções ou teorias.

As categorias são os quadros em que se agrupam, por afinidade, os elementos da vida jurídica. Os principais elementos são: o sujeito, o objeto e o fato jurídico. Correspondem-lhes categorias particulares, que possibilitam as classificações.

A ficção é o processo pelo qual a ordem jurídica, para atingir resultado conveniente, admite como verdadeiro o que é suposto. Recurso técnico condenável, está desaparecendo das legislações modernas.

A presunção, uma conseqüência que a lei tira de um fato conhecido, para admitir um desconhecido, como *pater is est quem nuptiae demonstrant*.¹⁹³

Desta forma, os conceitos, categorias, ficções e presunções advindos do texto do Código Civil de 1916 dariam ao jurista todos os elementos do sistema de

¹⁹¹PREDIGER, op. cit., p.157.

¹⁹²AMARAL, **Direito civil...**, p.37.

¹⁹³GOMES, **Introdução...**, p.9-10. Além das presunções legais há também aquelas denominadas "naturais", o que ocorre quando o juiz, a partir de regras de experiência, declara um fato desconhecido a partir de outro conhecido, de acordo com o artigo 335 do Código de Processo Civil (NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.480).

direito civil pelos quais se entendia ser possível prever as implicações jurídicas de todos os possíveis fatos sociais entre privados.

Denomina-se esta forma de encarar o fenômeno jurídico de "pensamento sistemático-axiomático", pelo qual "o ponto de partida de qualquer processo de argumentação, e, no caso da Ciência do Direito, em qualquer processo de aplicação do direito, é concebido como existente prévia e independentemente da realidade a que se refere, ou seja, do contexto de aplicação"¹⁹⁴.

Marcelo Campos Galuppo, falando a respeito da civilística do século XIX, afirma que:

Os postulados básicos deste movimento são, em primeiro lugar, o mito do legislador racional, onisciente e onipotente, capaz de criar um Código que abranja todas as situações possíveis da vida humana, e conseqüentemente, o dogma da completude do ordenamento jurídico. Se, por sua vez, o ordenamento é completo, compete ao intérprete tão-somente a tarefa de aplicar, de modo silogístico, o Código ao caso concreto.¹⁹⁵

Assim, no âmbito do pensamento sistemático-axiomático desejado pelo mundo da segurança, restava ao aplicador do Direito uma postura apenas lógico-dedutiva, enquadrando os fatos da realidade nos elementos pré-colocados do sistema para então encontrar as soluções desejadas. Isto porque bastava subsumir¹⁹⁶ o fato aos elementos postos para então encontrar a solução adequada ao problema apresentado.

¹⁹⁴GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.13, ano 4, p.145, jan./mar. 2003.

¹⁹⁵GALUPPO, op. cit., p.143.

¹⁹⁶"(...) pela subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, o raciocínio jurídico se caracteriza pelo estabelecimento de uma premissa maior, na qual estaria contida uma regra genérica, da premissa menor, que expressaria o caso concreto, e pela conclusão, que nada mais seria que a manifestação do juízo concreto" (MARTINS-COSTA, op. cit., p.364).

É por esta razão que a hermenêutica¹⁹⁷ então aceita tinha como principais métodos interpretativos¹⁹⁸ o gramatical e o lógico. O método gramatical com escopo de descobrir o sentido da *letra* da lei, enquanto o lógico, de acordo com Carlos Maximiliano, visa desvendar o *espírito* da norma¹⁹⁹.

O método lógico "parte do pressuposto de que a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto é importante para a obtenção do significado correto"²⁰⁰. A respeito deste método vale aqui transcrever o que expôs Carlos Maximiliano em obra publicada em 1924:

O processo lógico propriamente dito consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior, com aplicar ao dispositivo em apreço um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à lógica geral. Pretende do simples estudo das normas em si, ou em conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter a interpretação correta.²⁰¹

Ressalte-se a expressa defesa da impossibilidade de utilização de elementos externos ao sistema jurídico e da adoção do raciocínio dedutivo.

¹⁹⁷"A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito." (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.1).

¹⁹⁸"Método significa o modo e o caminho que se segue para atingir determinada coisa. No campo da pesquisa científica é um procedimento de investigação ordenado, que garante a obtenção de resultados válidos." (AMARAL, **Direito civil...**, p.47). Assim, vale esclarecer a diferenciação aqui feita entre as idéias de hermenêutica, método interpretativo e postura. A hermenêutica é entendida como a ciência que estuda os métodos interpretativos das leis. Métodos são os procedimentos adotados para investigar o sentido dos textos normativos. Já por postura se entende a maneira com que o operador de direito se porta perante o sistema jurídico, podendo ser lógico-dedutiva (partindo os elementos do sistema, adotando-os como premissas verdadeiras, para então encontrar as soluções para os casos concretos) ou tópico-indutiva (partindo das características dos casos concretos e de pontos de vista argumentativos para a sua solução para, por meio de uma seqüência de operações cognitivas, chegar a leis ou conceitos mais gerais, indo dos efeitos à causa, das conseqüências ao princípio, da experiência à teoria).

¹⁹⁹MAXIMILIANO, op. cit., p.106.

²⁰⁰FERRAZ JUNIOR, **Introdução...**, p.261.

²⁰¹MAXIMILIANO, op. cit., p.123.

Defendia-se, então, a exclusiva utilização dos elementos integrantes do sistema jurídico para, por meio de raciocínio dedutivo a partir dos princípios gerais até as regras mais comezinhas, encontrar-se a solução aos problemas apresentados.

Tal método lógico envolve também o sistemático, que "consiste em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto"²⁰², de forma a "pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor"²⁰³. Em outras palavras: "qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema para que se preserve a coerência do todo"²⁰⁴.

Desta maneira, o método lógico corrigiria eventuais distorções causadas por palavras ambíguas, equivocadas ou insuficientes colocadas nos textos legais.

De tudo o que foi aqui exposto se conclui que o sistema de direito privado típico da época do Código Civil de 1916 era visto como fechado, de forma que os elementos formados a partir dos âmbitos interno e externo seriam suficientes para, previamente, conceder ao aplicador do Direito a solução para qualquer situação da vida real.

Em razão disto, cabia ao aplicador do Direito a adoção de uma postura dedutiva, pois para a solução dos casos concretos bastaria subsumir o fato a algum dos elementos do sistema jurídico e, então, encontrar o respectivo regramento.

Afirma Ricardo L. Lorenzetti:

O pensamento codificado se baseia no silogismo: o Código é uma lei geral; a lei especial e a sentença são uma especificação para casos concretos. A relação entre a lei geral e a especial se baseia em que ambas compartilham um mesmo pressuposto de fato, mais recortado no segundo. O gênero e a espécie são o modelo hermenêutico.²⁰⁵

²⁰²MAXIMILIANO, op. cit., p.128.

²⁰³MAXIMILIANO, op. cit., p.130.

²⁰⁴FERRAZ JUNIOR, **Introdução...**, p.262.

²⁰⁵LORENZETTI, op. cit., p.59.

De acordo com os pilares da modernidade, e no sentido de assegurar a era da segurança, o sistema jurídico assim pensado pretendia possibilitar a todos o prévio conhecimento de todas as implicações jurídicas de qualquer ato a ser praticado²⁰⁶.

Como bem expôs Clóvis V. do Couto e Silva, "de tal atitude resulta que as soluções jurídicas ganham, inegavelmente, em certeza, com prejuízo, no entanto, do aspecto propriamente ético"²⁰⁷. Em razão deste prejuízo ético reconheceu-se a impossibilidade de completo fechamento do sistema jurídico.

O Direito visto como um sistema fechado baseava-se em duas premissas: a razão normativa como fonte estatal única e a autonomia da vontade como sustentadora do sujeito universal. Em busca de um Direito que se recuperasse do mencionado prejuízo ético ocorreram fenômenos que decididamente comprometeram tais premissas: o reconhecimento de um pluralismo de fontes de Direito, a força criativa dos fatos, o reconhecimento jurídico de situações não previstas legalmente, o desvalor do mito da vontade, a intervenção estatal na economia do trânsito jurídico, as relações de massa e de consumo²⁰⁸.

Afirma-se, então, que ocorreu a superação da idéia do Direito como um sistema fechado, que exigiria do seu aplicador apenas a postura lógico-dedutiva.

2.2 A SUPERAÇÃO DA IDÉIA DO DIREITO COMO SISTEMA FECHADO

Como já exposto, o mundo da segurança desabou juntamente com os pilares da modernidade e com a desconfiança nos sistemas-perito do Direito. Isto significa que foi superado o Direito encarado como um sistema fechado, auto-

²⁰⁶ "À sociedade de então, composta por cidadãos formalmente iguais, deveria corresponder um sistema jurídico capaz de encerrar em si, de modo absolutamente ordenado segundo a razão e as ciências exatas, todas as normas possivelmente aplicáveis – também segundo o preceito da igualdade formal – ao curso da vida burguesa da época." (PREDIGER. *A noção de sistema no direito privado e o código civil como eixo central*, p. 157-158).

²⁰⁷ COUTO E SILVA, op. cit., p.79.

²⁰⁸ FACHIN, *Teoria crítica...*, p.83.

suficiente e construído sem possibilitar que vicissitudes próprias de cada situação fática fossem consideradas para sua solução.

Um exemplo para demonstrar esta superação é o conceito de pessoa (sujeito de direito) assim como pensado por tal sistema fechado construído a partir do Código Civil brasileiro de 1916.

Todos aqueles seres enquadrados na noção de pessoa poderiam, pelo exercício de sua autonomia, celebrar contratos visando ao trânsito (circulação) de suas posses e propriedades e realizar seu projeto parental.

A noção de pessoa era, então, um elemento a que o sistema atribui faculdades ou obrigações de agir, delimita o exercício de poderes ou exige o cumprimento de deveres²⁰⁹, sendo uma "abstração do mais elevado grau"²¹⁰.

Nas palavras de Ricardo Luis Lorenzetti, "o Código significou uma abstração da idéia de 'cidadão', eliminava as singularidades para dispor sobre um conceito único, ao qual se aplicavam as conseqüências jurídicas"²¹¹.

Ressalte-se que para o sistema do Código Civil brasileiro de 1916 os seres humanos eram considerados *pessoas* não em razão de sua natureza humana e de sua dignidade, mas sim em razão dos diversos papéis previstos no sentido de regulamentar as relações patrimoniais.

Maria Alice Costa Hofmeister afirma a respeito que:

Infere-se da lógica inspiradora do Código Civil que a noção de pessoa ali positivada é a de uma categoria jurídica abstrata. A pessoa é um pólo de relações jurídicas, um centro de interesses que se relacionam. O homem sob a veste da pessoa age e se movimenta no mundo jurídico consoante os parâmetros permissivos e limitativos codificados: contrata, testa, adquire a propriedade de bens, etc. Os valores e circunstâncias pessoais, seus desejos e necessidades não são levados em conta.²¹²

²⁰⁹MEIRELLES, op. cit., p.89.

²¹⁰FACHIN, **Teoria crítica**..., p.59.

²¹¹LORENZETTI, op. cit., p.55.

²¹²HOFMEISTER, op. cit., p.51.

Assim, para o Código Civil brasileiro de 1916 a noção de pessoa é semelhante à idéia de ator teatral, pois em cada relação jurídica o sistema impõe que o ser humano assuma um determinado papel: o de contratante, o de testador, o de pai de família, o de proprietário etc.

Nas palavras de Jussara Meirelles:

Pessoa, nessa ordem de idéias, é aquele que compra, que vende, que testa; enfim, aquele que reúne condições de desenvolver atividades adequadas ao sentido marcadamente proprietarista do Código Civil Brasileiro. Ser pessoa é adequar-se, perfeitamente, aos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento; é traduzir, de modo concreto, a imagem conceitual ditada pelas normas.²¹³

Ocorre que o ser humano desprovido de educação e de condições econômicas não consegue enquadrar-se nestes papéis. Sendo assim, "o grande pecado dos códigos civis foi fazer tábula rasa dos sujeitos de direito, considerando-os como seres indiferenciados e iguais, quando na realidade não há esta igualdade"²¹⁴, pois "fica evidente que este homem, pessoa para a lei positiva, é tutelado pelo que tem, e não pelo que é"²¹⁵.

O conceito de pessoa típico da era da segurança não levava em consideração os seres humanos que não possuem condições materiais de exercerem os papéis para eles criados²¹⁶.

Nas palavras de Jussara Meirelles, "não é difícil concluir, portanto, que a pessoa que o Código Civil descreve não corresponde àquela que vive, sente e transita pelos nossos dias"²¹⁷. Em razão de vulnerabilidades econômicas, sociais ou culturais,

²¹³MEIRELLES, op. cit., p.91.

²¹⁴DALLEGRAVE NETO, op. cit., p.251.

²¹⁵HOFMEISTER, op. cit., p.52.

²¹⁶LORENZETTI, op. cit., p.85-87.

²¹⁷MEIRELLES, op. cit., p.91.

diversos seres humanos não adquirem na realidade condições para exercerem os papéis fixados pelo ordenamento jurídico para a pessoa.

Nota-se, então, que o regramento de realidade a partir de conceitos abstratos preestabelecidos não se mostrou satisfatório. E isto se percebeu não apenas em relação ao conceito de pessoa, mas também em relação aos outros elementos do sistema jurídico.

O Direito moderno, ao criar seus conceitos, elegeu fatos da realidade que lhe interessavam e deu a regulamentação que no momento se entendia como adequada. Ocorre que este procedimento acabou por excluir diversas nuances das relações entre as pessoas²¹⁸.

Luiz Edson Fachin elucida a questão:

Historicamente, quando o sistema de Direito Civil se erige, cria um conjunto de categorias congruentes com aquele momento histórico e tende a colocá-los para valerem perpetuamente. Isto revela como os fatos começam a se chocar com os conceitos. São modelos sociológicos de família, de contratos que não se enquadram num *standart*, e de direitos sobre as coisas que não se amoldam mais àquela clausura. Enquanto o sistema se manteve ou queria se manter intacto, a realidade subjacente foi se alterando. (...) E é por isso que o Direito cada vez mais se afastou da sua noção de arte e se aproximou desta pretensão de pseudo-cientificidade, mediante a qual os conceitos buscavam aprisionar os fatos da vida até que as águas desses diques represados acabavam rompendo as comportas para que os fatos se impusessem.²¹⁹

Em razão desta constatação, ensina Luiz Edson Fachin que "parece fundamental abandonar-se a postura da segurança dos conceitos, uma vez que, em certa medida, as explicações segmentadas conduzem a uma banalização da complexidade dos problemas"²²⁰.

²¹⁸FACHIN, **Teoria crítica...**, p.37.

²¹⁹FACHIN, **Teoria crítica...**, p.59.

²²⁰FACHIN, **Teoria crítica...**, p.196.

Também os elementos jurídicos típicos da época do Código Civil brasileiro de 1916 que regulavam as relações indenizatórias não se mostraram adequados para a pacificação das situações de danos, o que será melhor analisado em momento futuro deste trabalho²²¹.

Logo se percebeu a necessidade de modificação na estrutura do sistema de Direito privado assim construído²²², como expõe Carin Prediger:

A complexidade da vida moderna fez surgir a necessidade de um emaranhado de um sem-número de leis, de modo a buscar a regulação de cada aspecto novo surgido na vida das pessoas: as relações de consumo, os direitos e a proteção da criança e do adolescente, a proteção ao meio ambiente, os avanços da informática, entre vários outros. Perde-se a noção de 'código' como forma de regulação total: o código parece ser uma lei dentre uma série de outras leis 'especiais', fazendo esmorecer a noção do Código Civil enquanto expressão de um sistema único, em face da pluralidade de sistemas ora surgida, a relativizar a centralidade antes existente, representada pela codificação civil.²²³

Gustavo Tepedino menciona que os microssistemas têm vocação contratual, no sentido de que decorrem de atendimento a exigências de setores organizados da sociedade. "Aquele legislador do Código Civil que legislava de maneira geral e abstrata, tendo em mira o cidadão comum, dá lugar ao legislador-negociador, com vocação para contratação, que produz a normatização para determinados grupos."²²⁴

Para bem demonstrar o que aqui foi exposto retorna-se ao exemplo atinente ao regramento a respeito da pessoa. Conforme lições de Ricardo Luiz Lorenzetti, percebe-se que não há segurança como imaginada na modernidade para o regramento dos atos das pessoas:

²²¹Vide capítulo 3.

²²²Fala-se, neste sentido, em despatrimonialização do direito civil e personalização. Ou seja, o direito civil deixaria de preocupar-se apenas com patrimônios, passando a preocupar-se com a tutela da vida humana e sua dignidade concreta (HOFMEISTER, op. cit., p.74-79; FACHIN, **Teoria crítica...**, p.78-79).

²²³PREDIGER, op. cit., p.148.

²²⁴TEPEDINO, **Premissas...**, p.10.

O cidadão, quando compra, é regido pelas leis de consumo, que diferem do Código. Se trabalha, pelas leis trabalhistas; se comercia, pelas leis comerciais. Ao vincular-se ao Estado, pelo Direito Administrativo. O cidadão tem o seu agir regulado por aspectos parciais: como comprador, como contribuinte, como comerciante, como usuário, como trabalhador, etc. e em cada uma dessas atividades enfrenta leis especiais.²²⁵

Assim, "o cidadão indiferenciado, que o Código tomava como modelo, é hoje o indivíduo qualificado e concreto que a si mesmo procura proteger-se pela inserção em categorias ou grupos com estatuto próprio"²²⁶. Ressalte-se que "não se trata de retomar o individualismo pregado pela Revolução Francesa, mas de distanciar-se do tecnicismo e do neutralismo, rumo a um sistema aberto e rente à vida"²²⁷.

Esta nova configuração do ordenamento jurídico corrobora de forma definitiva o desmoronamento da era da segurança²²⁸.

Isto porque a partir do *big bang* legislativo²²⁹ destruiu-se a certeza a respeito do estatuto legal aplicado a cada caso concreto²³⁰.

Ademais, em relação aos mencionados microssistemas, Tepedino afirma que "cuida-se de leis que definem objetivos concretos; uma legislação de objetivos, que vai muito além da simples garantia de regras estáveis para os negócios"²³¹. Neste sentido, "o legislador vale-se de cláusulas gerais, abdicando da técnica regulamentar que, na égide da codificação, define os tipos jurídicos e os efeitos deles decorrentes"²³².

²²⁵LORENZETTI, op. cit., p.53.

²²⁶GOMES, **Introdução...**, p.69.

²²⁷HOFMEISTER, op. cit., p.79.

²²⁸TEPEDINO, O código civil..., p.6.

²²⁹LORENZETTI, op. cit., p.44-45.

²³⁰LORENZETTI, op. cit., p.70.

²³¹TEPEDINO, **Premissas...**, p.8-9.

²³²TEPEDINO, **Premissas...**, p.9.

A definição de cláusula geral, em oposição à de conceitos jurídicos indeterminados, construída por Judith Martins-Costa:

Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas *cláusulas gerais*.²³³

Assim sendo, o sistema jurídico passa a conter um novo elemento, a cláusula geral, por meio da qual se permite o ingresso no sistema de máximas de conduta, princípios valorativos, arquétipos exemplares de comportamento, diretivas econômicas, sociais ou políticas que não eram previamente previstos etc.²³⁴. "A técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial"²³⁵, possibilitando abertura e mobilidade ao sistema.

A partir do momento em que o regramento das condutas privadas passou a conter cláusulas gerais, encerrou-se também a segurança no que se refere à certeza sobre os limites da autonomia da vontade dentro dos quais poder-se-iam praticar atos com a convicção de que não gerariam conseqüências jurídicas imprevisíveis. Isto porque a norma regulamentando o comportamento (estabelecendo os limites para o exercício da vontade lícita) passa a ser suscetível de modificação no seu conteúdo semântico, de acordo com cada caso concreto e cada momento histórico.

²³³MARTINS-COSTA, op. cit., p.286.

²³⁴MARTINS-COSTA, op. cit., p.274.

²³⁵MARTINS-COSTA, op. cit., p.299.

Não fosse só isto, a criação de leis para solucionar problemas específicos faz com que surja uma quantidade muito grande de textos normativos, de forma a inviabilizar que mesmo os maiores estudiosos conheçam todo o ordenamento. Assim, nas palavras de Ricardo Luiz Lorenzetti, "o princípio segundo o qual o Direito se presume conhecido é uma falácia"²³⁶.

O desabamento do mundo da segurança ocorreu de forma simultânea ao reconhecimento do sistema de Direito privado como aberto. Isto porque a abertura do sistema é uma outra faceta do desmoronamento da segurança erguida sobre os pilares da modernidade.

Afirmar que o sistema jurídico é aberto significa dizer que ele se adapta facilmente às novas realidades constantemente surgidas, permitindo que o sistema seja permanentemente adaptado aos novos problemas²³⁷, não apenas por modificações legislativas, mas através da "concretização aplicacional"²³⁸. Abandona-se a pretensão de uma legislação casuística prévia e com pretensão de plenitude.

Judith Martins-Costa, então, afirma:

Esgota-se definitivamente a concepção fechada, posta pela ciência oitocentista após a codificação, desenhando-se um conceito de sistema relativamente aberto, porque na sua origem não estará, de modo exclusivo e excludente, a fonte legislativa: ao contrário, o sistema (relativamente) aberto opera a partir da diversidade de fontes de produção jurídica, com acentuado peso à fonte judicial e com forte atenção à prática de fixação social de tipos e modelos por via costumeira, negocial e jurisprudencial²³⁹.

²³⁶LORENZETTI, op. cit., p.70.

²³⁷ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.83.

²³⁸FREITAS, J., op. cit., p.46.

²³⁹MARTINS-COSTA, op. cit., p.32.

No mesmo sentido, Francisco Amaral expõe:

Verifica-se, portanto, o ocaso do modelo de sistema hierárquico e axiomático dos Séculos XVIII e XIX. O novo modelo não se apresenta mais como uma estrutura lógico-dedutiva mas como uma rede, um entrelaçamento de relações sob o predomínio ou a orientação de princípios jurídicos que funcionam como pautas abertas de comportamento, à espera da necessária concretização.²⁴⁰

O Código Civil brasileiro de 2002, nesta esteira, positivou várias cláusulas gerais, inclusive algumas referentes à responsabilidade civil²⁴¹, de forma a manter aberto e móvel o sistema jurídico²⁴².

Esta abertura do sistema do Direito privado impôs à hermenêutica o desenvolvimento (ou resgate) de métodos interpretativos diversos do gramatical e lógico desejados pelo sistema fechado e auto-suficiente, bem como determinou ao aplicador do Direito uma postura diferente daquela exigida para os sistemas pretensamente fechados.

2.3 NECESSÁRIA CONJUGAÇÃO DAS POSTURAS TÓPICO-INDUTIVA E LÓGICO-DEDUTIVA

Em razão da abertura do sistema jurídico se faz necessária a adoção de uma postura tópica²⁴³ na atividade do aplicador do Direito, além da lógico-dedutiva,

²⁴⁰AMARAL, Racionalidade..., p.49.

²⁴¹Este tema será analisado em momento posterior deste trabalho.

²⁴²MARTINS-COSTA e BRANCO, op. cit., p.115-117.

²⁴³A tópica foi inicialmente analisada por Aristóteles. Foi ele quem primeiramente se utilizou de tal expressão. Aristóteles, no *Tratado da Tópica*, discutiu um método pelo qual formar-se-iam definições a respeito das coisas (objetos de análise), apesar de entender que a filosofia verdadeira não poderia ser assim construída, mas sim a partir de um raciocínio dedutivo partindo de proposições primeiras e verdadeiras. Entendia Aristóteles que a análise tópica não seria adequada à ciência desejada (CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 8.ed. São Paulo: Ática, 1997. p.182; VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p.24-25). Para Aristóteles a construção de definições a respeito das coisas, por meio do método tópico, ocorreria mediante um processo dialético de discussão retórica a respeito da propriedade dos objetos, das características que os

de forma a se afastar do neutralismo e tecnicismo típicos do Direito do mundo da segurança²⁴⁴. Deve-se "resistir ao 'ritualismo epidérmico', centrado num conjunto de fórmulas que virtualmente abraçam o mundo e o faz nelas se esgotar"²⁴⁵.

A postura tópica parte do embate entre *topoi*²⁴⁶, ou seja, de pontos de vista argumentativos a respeito de um problema que se apresenta, para então se encontrar a solução.

Assim, para a solução de um problema qualquer parte-se de opiniões que parecem adequadas a respeito dele (*topoi*), que podem ser defendidas, acatadas ou rejeitadas²⁴⁷.

No mundo da segurança tal postura tópica era rechaçada, pois o sistema jurídico era visto como fechado e completo, sendo que todas as respostas aos problemas sociais estariam previamente colocadas nos textos legais.

Já em 1953, por meio da obra *Tópica e Jurisprudência*, Theodor Viehweg se esforçava para evidenciar que o fechamento do sistema jurídico nunca é completo²⁴⁸, sendo que as tentativas da era moderna em desligar a tópica da ciência jurídica "tiveram um êxito muito restrito"²⁴⁹.

distinguem entre si etc. Neste contexto os *topoi* representariam "lugares comuns", pontos de vista amplamente aceitos a respeito de determinados conteúdos, descrevendo as respectivas essências. Assim, os *topoi* teriam caráter instrumental para qualquer argumentação. A conclusão a respeito das definições das coisas seria obtida a partir de simples opiniões aceitas como verossímeis (*topoi*). A tópica constitui, então, a "lógica do provável" (MARTINS-COSTA, op. cit., p.77-78).

²⁴⁴FACHIN, **Teoria crítica**..., p.218.

²⁴⁵FACHIN, **Teoria crítica**..., p.219.

²⁴⁶"A expressão *topos* significa lugar (comum). Trata-se de fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva, e que usamos, com freqüência, mesmo nas argumentações não técnicas das discussões cotidianas." (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio do tradutor à obra **Tópica e jurisprudência**, Theodor Viehweg, p.4).

²⁴⁷VIEHWEG, op. cit., p.24.

²⁴⁸FREITAS, J., op. cit., p.33.

²⁴⁹VIEHWEG, op. cit., p.17.

Viehweg parte da constatação de que Direito é essencialmente problemático, no sentido de que se destina a decidir o que é justo para cada caso concreto posto à solução jurídica:

...trata-se simplesmente da questão do que seria justo aqui e agora. Esta questão na jurisprudência²⁵⁰, ao menos que se possam mudar as coisas, é iniludível. Se não se colocasse esta eterna questão acerca da justa composição (de interesse) e da retidão humana, faltaria o pressuposto de uma jurisprudência em sentido próprio. Esta questão irrecusável e sempre emergente é o problema fundamental de nosso ramo do saber. Como tal, domina e informa toda a disciplina²⁵¹.

No mesmo sentido, Marcelo Campos Galuppo afirma:

...a atividade do juiz e, em geral, do intérprete do direito, não pode ser realizada em abstrato (como pressupunha o pensamento sistemático). Isto porque, ao contrário do que entende o pensamento sistemático-axiomático, a argumentação jurídica, pela qual aplicamos o direito ao caso concreto, não se faz partindo-se do sistema, ou das normas, em direção ao caso concreto, mas do caso concreto em direção às normas adequadas àquele caso, e destas novamente em direção ao caso concreto.²⁵²

Nesta ordem de idéias só aparentemente o Direito comportaria uma estrutura fechada, que exigiria uma postura apenas lógico-dedutiva, porque uma vez colocados frente ao aplicador do Direito os conflitos a serem pacificados, o seu raciocínio forma-se a partir deste problema, e não dos elementos que estruturam o sistema. Em outras palavras: para solucionar o caso concreto o julgador não parte do sistema, mas do caso em si mesmo considerado que deve ser resolvido numa ou noutra direção²⁵³.

Assim, a tópica nunca foi definitivamente afastada. Mesmo no auge do mundo da segurança ela influenciou as decisões jurídicas. Aponta Viehweg quatro

²⁵⁰Esclareça-se que Theodor Viehweg utiliza o termo "jurisprudência" no sentido de "ciência do direito".

²⁵¹VIEHWEG, op. cit., p.88.

²⁵²GALUPPO, op. cit., p.147.

²⁵³MARTINS-COSTA, op. cit., p.360.

pontos de irrupção da tópica mesmo nos sistemas jurídicos mais fechados, completos e perfeitos. Primeiramente tal invasão ocorreria pela interpretação, pois o sentido da norma deve sempre ser construído de forma adequada e aceitável para o caso concreto. Na aplicação do Direito também apareceria de forma inafastável a tópica, uma vez que sempre seria possível a ocorrência de situações não previstas no sistema, por mais perfeito que fosse; para a solução desses casos não haveria opção que não a adoção de uma postura tópica. O terceiro ponto de irrupção seria o uso da linguagem na construção dos elementos do sistema, pois as palavras utilizadas nas suas proposições são suscetíveis a variações que representam "*pontos de vistas inventivos, à maneira tópica*". O quarto campo de atuação da tópica é a "*interpretação do simples estado de coisas*", pois a realidade deve ser submetida à prévia compreensão com o propósito de posteriormente subsumi-la aos elementos do sistema; esta prévia compreensão, mesmo que breve, ocorre à maneira tópica²⁵⁴.

Segundo Viehweg, "o ponto mais importante no exame da tópica constitui a afirmação de se tratar de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema"²⁵⁵, a partir do reconhecimento de que o problema²⁵⁶ é algo previamente dado e inafastável.

Por constituir uma técnica de pensamento orientada por problemas é que a tópica recusa a possibilidade de serem encontradas soluções que não os levem em conta, ou que ao menos não os tomem como ponto de partida para o raciocínio.

Então Viehweg defende que os elementos do sistema jurídico devem ser sempre ligados aos problemas sociais, pois não passam de pontos de vista

²⁵⁴VIEHWEG, op. cit., p.81-82.

²⁵⁵VIEHWEG, op. cit., p.33.

²⁵⁶"Pode chamar-se problema toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução." (VIEHWEG, op. cit., p.34).

argumentativos considerados relevantes e consensualmente aceitos para a solução do caso concreto. Desta forma, para Viehweg os elementos do sistema não passariam de tópicos (*topoi*)²⁵⁷.

As lições de Viehweg, aqui brevemente retratadas, são importantes por demonstrar a inafastabilidade da postura tópica na atividade do aplicador do Direito. Como diz Juarez Freitas, "completamente inviável se afigura o critério de subsunção mecânica ou o dogma da automática vinculatividade das normas jurídicas, como se operassem, por assim dizer, de modo silogístico formal ou baseado na autoridade de quem as estatuiu"²⁵⁸.

Também argumentando a inafastabilidade da tópica, Luiz Edson Fachin afirma que tal postura metodológica é imprescindível para que o Direito seja mais rente àquilo que se passa, e menos desligado da realidade e menos inóspito²⁵⁹. Ainda mais num sistema jurídico aberto como o surgido com o desmoronamento da era da segurança e que rege o Direito privado brasileiro contemporâneo.

Então, "pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa"²⁶⁰. Desta forma, as questões colocadas ao Direito são solucionadas a partir da discussão de diversas perspectivas pelas quais se pode atingir o resultado mais justo.

A postura tópica se mostra atualmente imprescindível em razão de duas características básicas do sistema jurídico contemporâneo: a existência de

²⁵⁷VIEHWEG, op. cit., p.89.

²⁵⁸FREITAS, J., op. cit., p.21. No mesmo sentido: ZANITELLI, Leandro Martins. Tópica e pensamento sistemático: convergência ou ruptura? In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.121-122.

²⁵⁹FACHIN, **Teoria crítica**..., p.316-317.

²⁶⁰FERRAZ JUNIOR, Prefácio.

um polissistema²⁶¹ e a positivação nos diversos estatutos legais de inúmeras cláusulas gerais.

Nos períodos pré-modernos a interpretação do Direito não tinha como se realizar em termos lógico-dedutivos, pois havia pluralidade de ordenamentos jurídicos em sua maioria formados consuetudinariamente. Havia um ordenamento para cada grupo social. O aplicador do Direito partia do problema e utilizava os regramentos de cada uma das ordens sociais como *topoi* de argumentação, para então encontrar as soluções adequadas aos casos concretos. "O raciocínio do intérprete medieval desenvolve-se a partir do confronto de vários pontos de vista conflituais e simultaneamente vigentes, cuja adequação e importância recíprocas são verificadas para cada caso concreto."²⁶²

Neste sentido, Judith Martins-Costa expõe:

Nesse modo de raciocinar, cada regra ou princípio tem um valor apenas provável, constitui apenas uma sugestão quanto à resolução da questão, representa apenas um ponto de vista de enfoque do caso concreto; e é só no momento da decisão de situações histórica e concretamente determinadas (caso por caso, portanto) que se avaliará da adequação (e, logo, da vigência) de cada norma ou princípio. Trata-se do modo de raciocínio tópico.²⁶³

Como anteriormente já exposto, o Direito privado contemporâneo é composto por um polissistema. Uma vez colocado um caso concreto para solução, deve o aplicador do Direito, antes de mais nada, indagar-se sobre qual o microssistema aplicável à espécie. Conforme a escolha realizada, a solução poderá ser diferente. Assim, de forma semelhante à postura do aplicador do Direito medieval, o contemporâneo

²⁶¹Entende-se "polissistema" como a existência de diversos estatutos ou microssistemas regendo a vida privada, uma vez que o Código Civil não mais exerce a função de lei central do regramento da vida privada. O Código Civil é uma das diversas leis que regem a vida dos cidadãos, ao lado de estatutos como o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, entre diversos outros.

²⁶²MARTINS-COSTA, op. cit., p.74.

²⁶³MARTINS-COSTA, op. cit., p.75.

deverá realizar um raciocínio tópico quando da discussão sobre a aplicação ao caso concreto de normas contidas em distintos microssistemas, de forma que cada uma dessas diferentes normas configurar-se-ia um *topoi* de discussão.

Francisco Amaral denomina de pensamento pragmático esta postura tópica decorrente do polissistema, ou seja, preocupado mais com a melhor solução para o caso concreto do que com a perfeita adequação da solução ao sistema:

Mas se ainda considerarmos o sistema no seu sentido tradicional, verificaremos que a sua unidade, característica básica, dá lugar à pluralidade, no sentido de um ordenamento, no caso, o de direito civil, não se configura mais como um sistema unitário mas como um conjunto de microssistemas, múltiplos núcleos com as características da sistematicidade. É o polissistema. No mesmo sentido, pode-se dizer que o pensamento sistemático dá lugar ao pensamento pragmático, com o predomínio da razão prática²⁶⁴.

Não apenas em razão da existência de diversos polissistemas a tópica é inafastável do Direito privado contemporâneo, mas também em razão da ocorrência de inúmeras cláusulas gerais no ordenamento, o que lhe impõe de forma inegável uma abertura antes inimaginável.

As cláusulas gerais são regras escritas com um conteúdo semântico propositalmente aberto, de forma a possibilitar ao intérprete preenchê-lo de acordo com as conjunturas e circunstâncias do caso concreto. Assim, as normas compostas a partir das cláusulas gerais são criadas mediante trabalho casuístico, sendo que os casos pretéritos e padrões de conduta a respeito do mesmo tema seriam *topoi* de discussão, pontos de apoio ou de partida para a construção da melhor solução ao caso²⁶⁵. "Na aplicação das cláusulas gerais, o processo de pré-compreensão envolve uma estrutura tópica na medida em que há uma seleção – embora não, ou nem

²⁶⁴AMARAL, Racionalidade..., p.49.

²⁶⁵MARTINS-COSTA, op. cit., p.342.

sempre, explícita – dos pontos de vista que desencadearão o rumo a ser tomado na resolução do caso."²⁶⁶

A postura tópica se impõe para todos os casos colocados ao Direito que não apresentam uma única solução possível, ou quando a aparente solução não se mostra justa, ou ainda quando a norma destinada à matéria em questão tem um conteúdo semântico aberto²⁶⁷.

Luiz Edson Fachin afirma, então, que não se pode apontar as leis como únicas ou principais fontes de Direito, colocando ao seu lado princípios não positivados, valores e práticas sociais. Desta forma, encara-se a jurisprudência como fonte de Direito ao lado das leis²⁶⁸, uma vez que por meio dela argumentos tópicos ingressam ordenamento, ao lado dos dispositivos elaborados pelo legislador.

Na concretização de princípios, conceitos indeterminados ou cláusulas gerais "a tópica aparece como uma busca de premissas ou pontos de vistas diretivos"²⁶⁹. Além disto, a tópica também pode se apresentar como "pensamento orientado para o problema e associado ao juízo de equidade",²⁷⁰ quando poderá inclusive afastar a aplicação de uma regra validamente positivada. Se o *topoi* admitido e utilizado para afastar a aplicação de uma regra positivada passar a ter aplicação generalizada a casos futuros, será possível a sua integração ao sistema. Leandro Martins Zanitelli cita como exemplo desta situação a desconsideração da cláusula de inalienabilidade vitalícia sobre bens deixados em herança quando se mostre inteiramente inútil ao herdeiro²⁷¹.

²⁶⁶MARTINS-COSTA, op. cit., p.371.

²⁶⁷MARTINS-COSTA, op. cit., p.366.

²⁶⁸FACHIN, **Teoria crítica**..., p.69.

²⁶⁹ZANITELLI, op. cit., p.139.

²⁷⁰ZANITELLI, op. cit., p.143.

²⁷¹ZANITELLI, op. cit., p.143.

Anderson Schreiber, ao tratar das tendências da responsabilidade civil, deixa clara a influência da tópica nesta matéria, ao afirmar que a respeito do tema há "a valorização do papel interpretativo das cortes e a inserção no debate jurídico de aspectos sociais, econômicos e técnicos, antes marginalizados"²⁷².

Contudo, "não se discute que grande parte das regras jurídicas requer, na sua aplicação, um raciocínio lógico, que se realiza através da atividade, ou operação mental, de subsunção"²⁷³. Este raciocínio lógico-dedutivo nos moldes da era da segurança se aplica às regras jurídicas formuladas de modo semanticamente rígido, que indicam uma única medida de comportamento.

Assim sendo, há uma complementaridade entre a postura lógico-dedutiva e a tópico-indutiva²⁷⁴. O pensamento lógico-formal se faz necessário, mas não suficiente, pois o Direito não se esgota "com o mero exercício dos axiomas lógico-formais"²⁷⁵. Nesta esteira afirma Judith Martins-Costa que:

Somente a partir do reconhecimento da necessidade de uma recíproca coordenação entre o procedimento dedutivo e o indutivo, entre o sistema e o caso, entre o método sistemático e o método tópico, se poderá compreender como, numa estrutura formal como é a do direito codificado, emergem, continuamente, elementos problemáticos, que são, por sua vez, sistematizados. Sistematização e assietematização constituem, assim, a polaridade dialética na qual se desenvolve o sistema aberto, eis que tendente à permanente ressietematização.²⁷⁶

Como afirmava Clóvis V. do Couto e Silva já em 1976, "a sistemática atual é predominantemente dedutiva, mas dá larga margem para que se possa pensar

²⁷²SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 6, v.22, abr./jun. 2005. p.46.

²⁷³MARTINS-COSTA, op. cit., p.364.

²⁷⁴MARTINS-COSTA, op. cit., p.370.

²⁷⁵COUTO E SILVA, op. cit., p.78.

²⁷⁶MARTINS-COSTA, op. cit., p.377.

casuisticamente, do que pode resultar a descoberta de novos princípios e a formação de novos institutos"²⁷⁷.

Esclareça-se, ainda, que o reconhecimento da inafastabilidade da tópica não implica a superação da idéia do Direito como um sistema, pois "a abertura não contradita a exigência de ordem e de unidade interna"²⁷⁸. A noção de sistema é importante para que se dê coerência e unidade valorativa aos *topoi* utilizados nas soluções aos problemas apresentados ao Direito. A diretriz sistemática assegura unidade lógica e conceitual ao ordenamento, garantindo um mínimo de segurança jurídica²⁷⁹.

Neste sentido, Juarez Freitas defende o seguinte conceito de sistema jurídico:

...uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.²⁸⁰

Os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, dariam a unidade sistemática necessária ao ordenamento jurídico²⁸¹. Fariam o controle dos *topoi* de discussão utilizados para a resolução dos casos concretos. Não poderiam ser admitidos como pontos de vista argumentativos aqueles contrários aos princípios constitucionais.

As idéias aqui expostas estão de acordo com o que se costuma denominar constitucionalização do Direito privado, no sentido da leitura das normas de Direito

²⁷⁷COUTO E SILVA, op. cit., p.80.

²⁷⁸FREITAS, J., op. cit., p.40.

²⁷⁹MARTINS-COSTA e BRANCO, op. cit., p.117.

²⁸⁰FREITAS, J., op. cit., p.40.

²⁸¹"Sobem de ponto, entre os aludidos princípios, no sistema brasileiro, especialmente aqueles estatuídos como fundamentais, assim a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a soberania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, que desempenham uma função de espinha dorsal do sistema jurídico pátrio." (FREITAS, J., op. cit., p.145).

privado conforme as previstas na Constituição, formal ou materialmente²⁸². Em outras palavras: a regulamentação da vida privada, inclusive no que tange à responsabilidade civil, fica submetida a fundamentos de validade constitucionais, além de que grande parte das normas é construída topicamente a partir de embate entre valores postos na Constituição. Assim, princípios como a dignidade da pessoa humana, solidariedade social, função social da propriedade e da empresa, entre outros, passam a influenciar decisivamente na construção das normas de Direito privado e na solução dos casos concretos.

Desta forma, "no conceito de sistema, assim posto, vislumbra-se a possibilidade epistemológica de uma síntese hermenêutica entre as visões da tópica jurídica e a dos defensores do pensamento sistemático, aparente e só aparentemente em contradição"²⁸³.

Em razão da necessária conjugação entre as posturas tópico-indutiva e lógico-sistemática, Juarez Freitas entende que:

...interpretação não é – nem deve ser – livre inteiramente, tampouco presa às deliberações ou vontades prévias. É o resultado do exercício de um pensamento sistemático e tópico, ao mesmo tempo. Sistemático, porque sempre atuante o metacritério racionalizador da hierarquização, que assegura a garantia de racionalidade ao processo. Tópico, porque a hermenêutica se mostra como o processo empírico e aporético de sistematização discursiva, sendo que o sistema somente ganha contornos definitivos justamente por força da intervenção do intérprete na sua atuação eletiva entre os sentidos necessariamente múltiplos.²⁸⁴

²⁸²Gabriel Menna Barreto Von Gehlen afirma que o fenômeno denominado "constitucionalização do direito privado" pode representar as seguintes situações: a) a inserção de regras de direito civil no corpo constitucional, como por exemplo aquelas presentes no artigo 226 da Lei Maior a respeito da família; b) garantia de alguns institutos reguladores da vida privada contra a facilidade de alteração pelo legislador ordinário, como por exemplo a imunização concedida aos institutos da família e da propriedade; c) a possibilidade que as normas constitucionais, principalmente aquelas de conteúdo semântico aberto, conferem à atividade do aplicador do direito para melhor assimilar as mudanças sociais independentemente da necessidade de novas leis infraconstitucionais; e d) a necessária interpretação das normas de direito privado orientada pela Constituição, de maneira que o aplicador do direito deve balizar a interpretação das normas de forma a otimizar os princípios da Lei Maior (GEHLEN, op. cit., p.184-189).

²⁸³FREITAS, J., op. cit., p.43.

²⁸⁴FREITAS, J., op. cit., p.120.

Pietro Perlingieri, de forma semelhante, afirma que:

A interpretação é atividade vinculada mais especificamente às escolhas e aos valores do ordenamento; é controlada, porque deve ter uma motivação idônea, adequada; é responsável porque o dolo e a culpa grave na decisão justificam a responsabilidade da parte que se encontre em tais condições. A revisão da decisão, mediante os remédios processuais, confirma que a atividade do juiz não é arbitrária, mas motivada e vinculada. A atividade de interpretação é criadora no sentido de que manifesta historicamente os valores do ordenamento, individua a normativa idônea, constitui um precedente doutrinal e jurisprudencial com uma sua autoridade e um seu peso nas elaborações sucessivas da jurisprudência e da ciência; julga a compatibilidade da norma ao caso concreto.²⁸⁵

Resta, portanto, inafastável o caráter aberto do sistema jurídico, especialmente no que se refere ao regramento das relações privadas, o que implica a necessária conjugação das posturas tópico-indutiva e lógico-dedutiva. Esta situação apresenta-se notadamente no que diz respeito à responsabilidade civil.

²⁸⁵PERLINGIERI, op. cit., p.81.

3 SUPERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com a teoria tradicional da responsabilidade civil, típica do mundo da segurança, para que surgisse a obrigação indenizatória era necessária a presença dos seguintes pressupostos: conduta dolosa, culposa ou prevista em lei como de responsabilidade objetiva, dano e nexos causal entre aquela conduta e este dano²⁸⁶.

A teoria da responsabilidade civil assim construída pode ser encarada como um sistema-perito, pois foi estruturada sem atenção às vidas concretas das pessoas e às características próprias de cada situação envolvidas nas relações indenizatórias. Tal sistema-perito perdeu a credibilidade, pois se reconhece que aqueles pressupostos não são adequados para diversas situações indenizatórias.

Como já exposto, a superação da era da segurança ocorre simultaneamente com a abertura do sistema do Direito privado. Esta abertura implica a necessária conjugação das posturas tópic-indutiva e sistemático-dedutiva na aplicação do Direito. Esses fenômenos influenciaram enormemente também a teoria da responsabilidade civil, principalmente no que se refere aos pressupostos do dever de indenizar²⁸⁷.

Inicia a doutrina brasileira a reconhecer a superação daqueles pressupostos tradicionais por outros que possibilitam ao aplicador do Direito a adoção da postura tópic-indutiva no tratamento da responsabilidade civil.

²⁸⁶MONTENEGRO, **Responsabilidade civil**, p.19. No mesmo sentido: PEREIRA, op. cit., p.35; MONTENEGRO, **Do ressarcimento...**, p.13; GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.31-34; GONÇALVES, **Comentários...**, p.33; LORENZETTI, op. cit., p.50; FONTES, André Ricardo Cruz. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**, Rio de Janeiro, ano II, n.6, 2002. p.5; ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.22.

²⁸⁷Por "pressupostos" entende-se aqui a série de elementos que necessariamente devem estar presentes para que surja o dever reparatório.

Certo é que cada caso particular tem características próprias e variáveis que influenciam na solução da pretensão indenizatória. Contudo, esses elementos respondem a um esquema unitário²⁸⁸, de forma que se pode pensar em pressupostos contemporâneos para quaisquer hipóteses de responsabilidade civil.

3.1 PRESSUPOSTOS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com os pilares da modernidade e segundo os anseios do mundo da segurança, o Código Civil brasileiro de 1916 tratou da responsabilidade civil de forma a exigir daquele chamado a indenizar uma conduta dolosa ou culposa, ou seja, uma atitude contrária à lei. A responsabilidade independente de culpa era admitida pelo ordenamento jurídico do início do século XX apenas para o morador do prédio a partir do qual caíssem ou fossem lançadas coisas, para os farmacêuticos por erros e enganos de seus prepostos, para as estradas de ferro em relação aos danos que causassem aos proprietários marginais na exploração de suas linhas e para os danos causados por atos praticados em legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de Direito.

Assim sendo, a doutrina tradicional era unânime em afirmar que "a responsabilidade objetiva ou sem culpa não encontra espaço no nosso Código, exceto nos casos expressamente estabelecidos no texto legal ou em leis especiais"²⁸⁹. Em outras palavras: a responsabilidade, como regra geral, seria decorrente de um ato voluntário praticado pelo causador do dano contrário ao ordenamento jurídico, mesmo que apenas a título de negligência, imprudência ou imperícia.

Os pressupostos tradicionais do dever de indenizar, construídos de acordo com essas idéias, estavam em perfeita sintonia com os anseios do mundo da segurança, pois a todos era possibilitado o conhecimento dos limites dentro dos

²⁸⁸FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.104.

²⁸⁹MONTENEGRO, **Responsabilidade civil**, p.19.

quais poderiam exercer sua autonomia da vontade sem que seus atos pudessem gerar o dever de indenizar alguém.

Estes pressupostos podem também ser encarados como formadores de um sistema-perito, assim como descrito por Giddens, pois tais conceitos eram estabelecidos sem atenção às características próprias de cada situação indenizatória, pois pretendiam dar previamente a solução para qualquer hipótese de dano, como se qualquer prejuízo injusto sempre se enquadrasse em tais pressupostos.

Passa-se, então, à análise mais detalhada de cada um desses pressupostos aqui denominados de tradicionais.

3.1.1 Dano

A respeito do dano²⁹⁰, a doutrina o descreve 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"²⁹¹. Ele é o prejuízo que alguém sofre a um bem jurídico contra a sua vontade²⁹².

Antonio Lindbergh C. Montenegro assim conceitua o dano como pressuposto para a responsabilidade civil:

É todo prejuízo que o sujeito de direitos sofra através da violação dos seus bens jurídicos, com exceção única daquele que a si mesmo tenha inferido o próprio lesado: esse é juridicamente irrelevante. (...) Nem todo prejuízo, portanto, rende azo à indenização. Preciso é que a vítima demonstre também que o prejuízo constitua um fato violador de um interesse juridicamente tutelado do qual seja ela o titular²⁹³.

²⁹⁰A análise do dano como pressuposto tradicional da responsabilidade civil será aqui sumariamente realizada, pois não é objeto deste estudo a análise das mais diversas hipóteses de danos indenizáveis.

²⁹¹BAPTISTA, op. cit., p.43.

²⁹²MONTENEGRO, **Responsabilidade civil**, p.32.

²⁹³MONTENEGRO, **Do ressarcimento...**, p.17.

A verificação da existência de interesse juridicamente tutelado se dá pelo exame das normas jurídicas. Se o prejuízo pode ser reconhecido como antijurídico é porque o interesse atingido é juridicamente tutelado, o que o caracteriza como dano indenizável. Em outras palavras, deve existir norma tutelando o bem violado, sendo que "atualmente são protegidos quase todos os bens que interessam às pessoas, individual ou coletivamente"²⁹⁴. Esta antijuridicidade pode decorrer de um aspecto inerente à pessoa que o causou, no sentido de que agiu com vontade de causar o prejuízo ou de violar norma do ordenamento jurídico, ou externo ao agente, quando independentemente do seu comportamento a ordem jurídica considera o dano indenizável^{295,296}.

Ademais, o prejuízo, para que se caracterize como um dano indenizável, deve ser certo e atual²⁹⁷. A certeza significa que o dano deve estar ancorado num fato preciso, e não sobre uma mera hipótese. Não é possível a reparação de prejuízo meramente hipotético, eventual, imaginário ou conjuntural, ou seja, aquele que pode vir a nunca ocorrer. A atualidade reside na existência do dano, de forma que não se cogita da indenização de um prejuízo provável, o que não impede a indenização de lucros cessantes, pois não é necessário que o prejuízo esteja já inteiramente realizado, bastando a certeza de que ele ocorrerá²⁹⁸.

²⁹⁴NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.468.

²⁹⁵MONTENEGRO, **Do ressarcimento...**, p.19.

²⁹⁶Não cabe aqui a discussão a respeito do caráter antijurídico das ilimitadas situações de prejuízo vivenciadas pelas pessoas e colocadas à análise do Poder Judiciário, visto que este aspecto será melhor analisado quando da exposição a respeito do "dano injusto" em fase posterior deste estudo (vide seção 3.3.1).

²⁹⁷TOLOMEI, op. cit., p.366.

²⁹⁸PEREIRA, op. cit., p.39-42; GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.530.

O prejuízo indenizável pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, futuro²⁹⁹ ou presente, o que permite a indenização de danos morais, lucros cessantes e danos emergentes³⁰⁰.

3.1.2 Ato Ilícito ou Risco Reconhecido em Lei

Além do dano, a doutrina tradicional aponta também como pressuposto da responsabilidade civil o ato ilícito para a responsabilidade subjetiva, ou a prática de ato previsto em lei como gerador do dever de indenizar independentemente de culpa para a responsabilidade objetiva.

O Código Civil brasileiro de 1916 trazia os elementos para a conceituação do ato ilícito nos artigos 159³⁰¹ e 160³⁰². O Código Civil de 2002 trata do tema nos artigos 186³⁰³, 187³⁰⁴ e 188³⁰⁵.

²⁹⁹Por "dano futuro" pode-se entender o lucro cessante ou o "dano futuro propriamente dito", bem definido por Carlos Young Tolomei: "O fenomenal avanço tecnológico fez surgir hipóteses em que é imperioso o afastamento da idéia de irreparabilidade do dano futuro. É o caso, por exemplo, da radioatividade, quando a exposição prolongada a isótopos radioativos pode gerar toda ordem de lesões gravíssimas, cuja verificação, com efeito, é diferida. Observando o princípio da reparação integral, a doutrina tem entendido que, também nestes casos, as vítimas não podem deixar de ser ressarcidas. Daí a tendência a vislumbrar o conceito de atualidade do dano (a rigor, apenas aparentemente) futuro, desde que, ao tempo da responsabilização, já se possa verificar os fatos que, com certeza ou, ao menos, com razoável probabilidade, darão ensejo aos prejuízos ditos futuros" (TOLOMEI, op. cit., p.366). Certo é que a prova do dano futuro é mais difícil, sendo que quase sempre é necessário recorrer-se à presunções naturais (regras de experiência) quando à existência do dano e do nexo de causalidade. Além disto, deve ser demonstrada a razoabilidade da expectativa de sua ocorrência (NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.580).

³⁰⁰GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.529.

³⁰¹Art. 159 do Código Civil brasileiro de 1916: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (...)*".

³⁰²Artigo 160 do Código Civil brasileiro de 1916: "*Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente; (...)*".

³⁰³Art. 186 do Código Civil de 2002: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*".

Costuma-se definir o ato ilícito como o ato humano que viola um direito ou um bem jurídico protegido por lei³⁰⁶. Em outras palavras, são ilícitos os atos "que se concretizam em procedimentos em desconformidade com o ordenamento legal, ou ao arrepio dele, violando um mandamento ou uma proibição do direito"³⁰⁷ ou ainda "ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa de quem se possa afirmar ter procedido culposamente, ou mesmo de forma intencional"³⁰⁸.

O descumprimento ao dever geral de cuidado ou a outra obrigação específica estabelecida em lei ou em negócio jurídico caracteriza a ilicitude do ato. Assim sendo, o ilícito é o comportamento comissivo ou omissivo imputável à consciência do agente a título de culpa ou dolo, contrariando um dever geral do ordenamento jurídico ou uma obrigação em concreto, como ocorre na responsabilidade contratual³⁰⁹.

A violação pode ser a um Direito assegurado por lei (responsabilidade extracontratual) ou a uma declaração de vontade das partes a que a lei atribui

³⁰⁴Art. 187 do Código Civil de 2002: "*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*".

³⁰⁵Art. 188 do Código Civil de 2002: "*Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente*".

³⁰⁶MONTENEGRO, **Responsabilidade civil**, p.27.

³⁰⁷PEREIRA, op. cit., p.29.

³⁰⁸NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.485.

³⁰⁹BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.165.

efeitos (responsabilidade contratual)^{310,311}, sendo que o ato ilícito é o mesmo, tanto para as violações de deveres contratuais como legais (extracontratuais)³¹².

Assim, de forma a sintetizar essas idéias afirma-se que "as obrigações derivadas dos 'atos ilícitos' são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano a outrem"³¹³.

³¹⁰PEREIRA, op. cit., p.245; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, n.19, ano 5, p.261-269, jul./set. 2004. p.261; TOLOMEI, op. cit., p.356.

³¹¹De acordo com Fernando Noronha as denominações "responsabilidade contratual" e "responsabilidade extracontratual" não representam corretamente as realidades que pretendem expressar. Isto porque podem existir hipóteses de responsabilização por descumprimento a declarações unilaterais de vontade. Essas situações são tratadas pelo Código Civil de acordo com os artigos referentes à "responsabilidade contratual", mesmo sem a presença de um contrato (pois não há conjugação de duas vontades). Desta forma, tal autor propõe as seguintes denominações: "responsabilidade civil em sentido estrito" e "responsabilidade negocial" (NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.432-433).

³¹²"A culpa é a mesma, para a infração contratual e para a delitual. (...) A responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, porque a idéia de responsabilidade é una." (DIAS, op. cit., p.148-149). No mesmo sentido: CAVALIERI FILHO, op. cit., p.224; e STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.67. Contudo, as conseqüências surgidas a partir de um ato ilícito diferem para as situações contratuais e extracontratuais, pois tanto o Código Civil de 1916 como o Código Civil de 2002 tratam as matérias por dispositivos legais distintos. São alguns exemplos: para a responsabilidade extracontratual os juros de mora fluem desde a data do evento danoso, enquanto para as violações a deveres contratuais estes fluem desde a data em que o devedor foi constituído em mora; na responsabilidade extracontratual o ônus da prova da culpa, em regra, é da vítima, enquanto que na responsabilidade contratual a ela cabe apenas provar a existência do negócio jurídico e seu inadimplemento, sem preocupar-se com a prova da culpa; no momento da quantificação dos danos, para a responsabilidade extracontratual deve-se buscar a mais completa reparação, enquanto que nas violações contratuais o respectivo instrumento costuma fixar os critérios de fixação do valor da indenização. Em razão dessas diferenças de tratamento legislativo, Fernando Noronha afirma que a responsabilidade extracontratual (por ele denominada "em sentido estrito") representa o direito geral da reparação de danos, contendo os princípios que se aplicam tanto a ela mesma como à responsabilidade contratual (por ele denominada "negocial") (NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.431).

³¹³GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.2.

A culpa *lato sensu* (que envolve a culpa *stricto sensu* e o dolo) é então elemento do ato ilícito³¹⁴. Existirá um ato ilícito sempre que o agente violar por ato consciente norma de conduta consagrada nos usos, costumes, regulamentos ou leis, desviando-se da conduta normal do homem diligente, e causando um dano³¹⁵.

Há ato ilícito quando se pratica um erro de conduta, ou seja, um ato contrário ao Direito, mesmo que sem a intenção de prejudicar³¹⁶ e sem a consciência

³¹⁴Outros elementos do ato ilícito seriam a imputabilidade do agente, ou seja, a capacidade de entender e dirigir suas condutas de acordo com o direito (LIMA, **Culpa e risco**, p.60-67; TOLOMEI, op. cit., p.371; ALONSO, op. cit., p.29) e o dano. A respeito do dano como elemento do ato ilícito há discussão na doutrina. Isto porque a antiga legislação expressava que o ato ilícito seria aquele decorrente de conduta que violasse direito "ou" causasse prejuízo (artigo 159 do antigo *Codex*). A expressão "ou" dava a entender que o dano não é requisito para que o ato seja considerado ilícito. Neste sentido há quem diga, como por exemplo Luiz Guilherme Marinoni, que pode ocorrer um ato ilícito sem a configuração de um dano, pois se assim não fosse ficaria impossível a tutela de direitos sem conteúdo patrimonial (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.15/30). Na mesma direção, Fernando Noronha afirma que "o artigo 186 fala em 'ato que viola direito e causa dano a outrem', mas evidentemente a referência ao dano extrapola da noção de ato ilícito: não é sempre que os atos ilícitos causam danos" (NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.360). O ato ilícito seria, então, o ato contrário do direito praticado de forma voluntária por uma pessoa imputável, independentemente da ocorrência de dano. Em sentido contrário, Orlando Gomes afirma que o dano é elemento importantíssimo à compreensão do ato ilícito, de forma que "sem dano não há ato ilícito" (GOMES, **Introdução...**, p.490.). Tal discussão, conforme lição de Carlos Young Tolomei, é inócua. Isto porque pode sempre ocorrer tutela jurisdicional visando prevenir a ocorrência de um dano, independentemente da tutela ressarcitória. Assim, pode-se encarar esta tutela como preventiva de um ato ilícito (uma vez que ainda não teria ocorrido qualquer dano, sendo este visualizado como elemento do ilícito), ou como sancionatória de um ato ilícito (sendo que nesta hipótese não se consideraria o dano como elemento do ilícito). Desta forma, a querela entre a necessidade de um dano para a ocorrência de um ato ilícito parece ao mencionado autor um "falso problema" (TOLOMEI, op. cit., p.370-371). É fato, contudo, que o artigo 186 do Código Civil de 2002, diferentemente da legislação revogada, expressa que o ato ilícito estará configurado sempre que alguém violar direito "e" causar dano a outrem, o que deixa claro que o dano é um dos elementos indispensáveis à configuração de um ato ilícito. Não cabe neste estudo maior aprofundamento a respeito desta discussão, uma vez que o presente trabalho tem como preocupação a análise da reparação de danos, de forma que não se fazem pertinentes maiores explicações a respeito dos atos dissociados de danos.

³¹⁵LIMA, **Culpa e risco**, p.61.

³¹⁶De forma que os atos ilícitos envolvem tanto as condutas dolosas como culposas.

de que o comportamento poderia causar algum dano³¹⁷, sendo indispensável, entretanto, a imputabilidade.

Tanto o Código Civil de 1916 como o de 2002 acrescentam o adjetivo "*voluntária*" ao ato contrário ao Direito para que ele seja ilícito, deixando clara a necessidade de que o seu praticante tenha condições de entender o Direito e auto-determinar-se de acordo com os mandamentos legais. Em outras palavras, o autor do ato ilícito deve ser imputável³¹⁸.

Em capítulo anterior deste trabalho já foi exposto que para o Código Civil brasileiro de 1916 a prática de atos contrários ao Direito por pessoas tidas como inimputáveis (menores, loucos etc.) gerava obrigação de indenizar aos seus responsáveis. Em razão da presunção de culpa *in vigilando* considerava-se o responsável pelo incapaz como praticante do ato ilícito. O mesmo ocorria nas hipóteses de culpa *in elegendo*, quando, por exemplo, imputava-se o ato ilícito ao empregador pelos atos do empregado.

O ato ilícito assim conceituado "tem em vista o homem dotado de autodeterminação, com capacidade de entendimento e liberdade para conduzir a sua vontade segundo os valores e as condições de vida em sociedade"³¹⁹. É inegável o apego aos pilares da modernidade nesta forma de visualização do ato ilícito.

Ressalte-se ainda que as causas justificadoras do artigo 188 do Código Civil de 2002 (legítima defesa³²⁰, exercício regular de direito³²¹, estado de necessidade³²²) afastam o caráter ilícito da conduta.

³¹⁷PEREIRA, op. cit., p.69.

³¹⁸PEREIRA, op. cit., p.33; AMARAL, **Direito civil...**, p.537.

³¹⁹MONTENEGRO, **Responsabilidade civil**, p.28.

³²⁰"O ato de legítima defesa não é ilícito, apesar de ferir o direito de outrem, porque a sociedade, não podendo evitar ou impedir todas as ações antijurídicas, concede ao indivíduo, em determinadas circunstâncias, a faculdade de autodefesa, para repelir atentado à sua pessoa ou a seus bens. Age em legítima defesa aquele que, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem." (GOMES, **Introdução...**, p.492).

Ilícitos são aqueles atos danosos omissivos³²³ ou comissivos praticados com dolo ou culpa *stricto sensu*, ou em abuso de direito³²⁴, que não configurem legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de direito. Há sempre uma norma de conduta violada, contratual ou legal. Nas palavras de Fernando Noronha, atos ilícitos "são as ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela

³²¹"Não se tem por ilícito, igualmente, o ato praticado no exercício regular de direito: *qui jure suo utitur neminem laedit*. Quem usa corretamente seu direito, a ninguém prejudica." (GOMES, **Introdução...**, p.492).

³²²"O ato praticado em estado de necessidade também não é ilícito, embora cause dano, porque a contingência de remover perigo iminente justifica a ação destruidora de quem se encontra nessa situação. É preciso, porém, que as circunstâncias exijam, necessariamente, sua prática, e, também, que o ato não exceda os limites do indispensável à remoção do perigo." (GOMES, **Introdução...**, p.492).

³²³Diz-se que o ato omissivo também pode caracterizar-se como ilícito porque o agente poderia ter a obrigação de não se abster, e assim agindo estaria então descumprindo o ordenamento jurídico. Neste sentido: GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.33.

³²⁴AMARAL, **Direito civil...**, p.536. O Código Civil de 1916 tratava do abuso de direito no artigo 160, inciso I, que estabelecia que "*não constituem atos ilícitos os praticados (...) no exercício regular de um direito reconhecido*", de forma que sempre que um direito fosse exercido de forma anormal/irregular, e tal conduta gerasse dano, configurar-se-ia um ato ilícito. O atual *Codex* tratou do tema de forma mais clara no artigo 187, que determina 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". Após a elaboração e superação de diversas teorias, atualmente visualiza-se o ato abusivo como "aquele pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorrer uma desconformidade com o sentido teleológico em que se funda o direito subjetivo" (CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no código civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.380). Há duas correntes a respeito da caracterização do abuso de direito: a subjetivista e a objetivista. A subjetivista defende que só existirá abuso de direito quando o seu titular exercê-lo com o propósito de prejudicar outrem, enquanto a objetivista não exige este elemento volitivo, bastando que a pessoa se proponha a realizar objetivos diferentes dos limites impostos ao seu direito subjetivo. Para os adeptos da corrente objetivista, em algumas situações os atos abusivos poderão não configurar atos ilícitos (apesar de configurarem atos antijurídicos em sentido amplo), pois poderão gerar danos independentemente da extrapolação culposa ou dolosa aos limites ao exercício do direito subjetivo em questão (SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.112; NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.371).

ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa, de quem se possa afirmar ter procedido de forma intencional ou meramente culposa"³²⁵.

Desta forma, afirmar que o ato ilícito é um pressuposto da responsabilidade civil subjetiva significa dizer que o dever de indenizar, nestas situações, decorre de uma conduta do causador do dano contrária ao ordenamento jurídico.

Tradicionalmente o Direito brasileiro admitia poucas hipóteses em que o dever de indenizar poderia surgir independentemente da prática de um ato ilícito³²⁶.

Contudo, as inúmeras situações de clara injustiça à vítima pela dificuldade em comprovar culpa ou dolo do causador do dano fizeram com que proliferassem hipóteses legais de responsabilidade objetiva, como já relatado em momento anterior.

Assim, o ato ilícito é apontado como um dos pressupostos da responsabilidade civil³²⁷ ao lado das hipóteses legais de responsabilidade objetiva³²⁸, para as quais o dever de indenizar independe da análise da ilicitude do ato, sendo que "o que importa é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou prejuízo"³²⁹.

Para bem diferenciar os atos ilícitos das hipóteses de responsabilidade objetiva, Fernando Noronha afirma que as situações que geram responsabilidade independentemente de culpa ou dolo são antijurídicas, ou ilícitas em sentido amplo.

³²⁵NORONHA, **Direito das obrigações**..., p.361.

³²⁶Vide seção 1.3.

³²⁷MONTENEGRO, **Responsabilidade civil**, p.28.

³²⁸Cumpra aqui mais uma vez ressaltar que nem todas as hipóteses de responsabilidade civil decorrem de atos ilícitos. As situações de responsabilidade objetiva deles independem. Para estas situações o pressuposto da responsabilidade civil seria, para a doutrina tradicional, a previsão legal de indenização independentemente de culpa em razão do risco da atividade. Contudo, "por força de uma praxe que desatende à boa técnica jurídica, a expressão ato ilícito vem sendo empregada para qualificar qualquer situação geradora da obrigação de reparar" (MONTENEGRO, **Do ressarcimento**..., p.39).

³²⁹PEREIRA, op. cit., p.267.

A antijuridicidade seria assim diferente da ilicitude (em sentido estrito), pois esta só existirá quando presentes os elementos antes mencionados do ato ilícito³³⁰.

Há muito não mais se discute que a responsabilidade civil não tem como fundamento apenas a culpa (ato ilícito), convivendo este fundamento com hipóteses de responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente de ato voluntário contrário à lei³³¹.

Tal discussão foi muito bem esclarecida para o Direito brasileiro por Alvino Lima, em 1960, na obra "Culpa e Risco". Tal obra demonstra que as necessidades econômicas e sociais da vida atual obrigaram o legislador a "abrir brechas na concepção da teoria clássica da responsabilidade"³³², de forma que a responsabilidade objetiva tem conquistado terreno cada vez maior sobre aquela fundada na culpa³³³.

Alvino Lima enumera seis principais argumentos que surgiram contra a possibilidade de responsabilização independentemente da prática de um ato ilícito (independentemente de culpa), bem como apresenta os motivos pelos quais tais críticas não procedem³³⁴.

O primeiro argumento contra a objetivação da responsabilidade está baseado na alegação de que se estaria abstraindo qualquer análise das pessoas envolvidas nos casos concretos para a eventual condenação a uma indenização, focando-se o problema apenas nos patrimônios. A solução dos casos não se preocuparia com as pessoas envolvidas, mas sim com os patrimônios. Contudo, a objetivação da responsabilidade visa justamente defender a pessoa que, mesmo tendo sofrido um dano, não conseguiria obter reparação por dificuldade ou impossibilidade de

³³⁰NORONHA, **Direito das obrigações**..., p.360/365.

³³¹PEREIRA, op. cit., p.14.

³³²LIMA, **Culpa e risco**, p.44.

³³³LIMA, **Culpa e risco**, p.45.

³³⁴LIMA, **Culpa e risco**, p.202/216.

comprovar a culpa do causador. "A teoria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham as empresas poderosas; foi em nome da fraternidade, da solidariedade humana, pelo afinamento das nossas consciências e desenvolvimento do sentimento da responsabilidade que se ergueu a teoria do risco."³³⁵

Outra crítica parte da afirmação de que a responsabilidade objetiva "se apóia na socialização do direito, estando impregnada de idéias socialistas"³³⁶, de forma que o Direito estaria afastando seu foco de atenção do indivíduo para a sociedade. Tal argumento Alvin Lima rebate afirmando que "é a socialização do direito que, ante o perigo real da insegurança material dos indivíduos, refletindo-se nos interesses coletivos, proclama, defende e quer a 'segurança jurídica'"³³⁷.

A terceira crítica defende que a objetivação da responsabilidade civil gera estagnação da economia, uma vez que o empreendedor, diante da possibilidade de indenizar danos mesmo sem praticar qualquer conduta culposa, paralisaria suas atividades empreendedoras, ou, ao invés de paralisar as atividades, poderia fazê-las sem as precauções desejáveis, pois a responsabilização por eventuais danos viria independentemente de culpa. Esta crítica é rebatida pela plena possibilidade de as empresas que exercem atividades arriscadas preverem em seus orçamentos os valores necessários para as possíveis indenizações ou contratarem os necessários seguros. Além disto, a objetivação da responsabilidade, sob o prisma aqui analisado, ao invés de estimular condutas sem precaução ou paralisar a atividade econômica, serve de estímulo à pesquisa em novas tecnologias destinadas a minorar os riscos já conhecidos³³⁸.

³³⁵LIMA, **Culpa e risco**, p.209.

³³⁶LIMA, **Culpa e risco**, p.203.

³³⁷LIMA, **Culpa e risco**, p.209/210.

³³⁸CALIXTO, op. cit., p.115.

Outra crítica afirma que a objetivação da responsabilidade civil seria um retrocesso, pois a análise da culpa para o surgimento do dever reparatório foi uma grande evolução, evitando que pessoas inocentes pagassem por prejuízos que não deram causa voluntariamente. "Seria regressar aos tempos primitivos e negar toda a evolução da teoria da responsabilidade, a qual, provindo de idéias primitivas da vingança privada e brutal, chegou ao conceito elevado da culpa, cuja supressão importaria em destruir toda a justiça humana."³³⁹ Ocorre que não há semelhança alguma entre a responsabilidade objetiva e aquela antiga vingança privada, pois a atual concepção se funda na equidade, tendo surgido pela necessidade de amparar a vítima frente à insegurança gerada pela multiplicidade de acidentes possíveis no mundo atual.

A quinta crítica se dirige à idéia de que a responsabilidade civil objetiva seria uma compensação entre o proveito e o dano (o indivíduo que tem proveitos com uma atividade danosa deve arcar com os danos dela decorrentes). Assim, quando não houvesse proveito não haveria possibilidade de reparação aos danos. Alvaro Lima rebate a mencionada crítica afirmando que "a objeção é demasiadamente superficial, porque o proveito não se determina concretamente, mas é tido como finalidade da atividade criadora do risco"³⁴⁰.

A sexta e última crítica relatada afirma que a noção de risco que fundamenta a responsabilidade objetiva é muito ampla, sendo que "o direito se funda em noções precisas e não sobre noções de aspecto filosófico ou econômico, de contornos mal definidos"³⁴¹. Contudo, mais incerta e vaga ainda é a idéia de culpa. Ademais, como já exposto em diversas oportunidades anteriores deste estudo, o Direito pós era da

³³⁹LIMA, **Culpa e risco**, p.204.

³⁴⁰LIMA, **Culpa e risco**, p.212.

³⁴¹LIMA, **Culpa e risco**, p.204.

segurança está repleto de cláusulas gerais, sendo que não mais existe qualquer objeção a noções imprecisas.

Assim, após a plena aceitação no campo da teoria da possibilidade de existência da responsabilidade civil sem a prática de um ato culposo, as hipóteses legais fixando o dever de indenizar independentemente da prática de um ato ilícito passaram a proliferar ainda mais³⁴².

A dualidade de fundamentos da responsabilidade civil (culpa e atividade de risco prevista em lei como de responsabilidade objetiva) foi positivada de forma ainda mais clara no Direito brasileiro pelo artigo 927 do Código Civil de 2002 e seu parágrafo único³⁴³.

De acordo com as lições aqui expostas, a noção de ato culposo ou doloso e as diversas situações previstas em lei geradoras de indenização independentemente de ilicitude formam um rol de hipóteses para as quais surge a responsabilidade civil. Este rol é construído a partir da interpretação dos textos legais de forma prévia à ocorrência concreta dos danos. Desta forma, a idéia de ato ilícito somada às hipóteses legais de responsabilidade civil independentemente de culpa previstas pelas diversas leis possibilitam a construção de um "sistema-perito" da responsabilidade civil.

Esta construção está em perfeita sintonia com o que pretendia o "mundo da segurança", pois a todas as pessoas era possibilitado prévio conhecimento dos atos que, uma vez praticados, poderiam gerar dever reparatório na medida em que causassem danos.

³⁴²Vide seção 1.3 deste trabalho.

³⁴³Artigo 927 do Código Civil de 2002: "*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*".

3.1.3 Nexos de Causalidade

De acordo com a doutrina tradicional, além da existência de um dano e um ato ilícito ou tipificado em lei como de responsabilidade objetiva, é também imprescindível para que surja o dever de indenizar a relação de causalidade entre aqueles elementos.

Nas palavras de Antonio Lindbergh C. Montenegro, "nexo causal é a relação de causa e efeito entre a ação, ou omissão, e o dano"³⁴⁴.

O referido autor expõe de forma muito clara a importância do nexo de causalidade como pressuposto da responsabilidade civil:

No tocante a responsabilidade extracontratual pode-se, pois, assentar que o dano só gera obrigação de ressarcir quando se liga a um ato ilícito ou a um risco, sancionado pela lei. No campo da responsabilidade contratual só existe dano ressarcível, se for possível estabelecer uma relação de causa e efeito entre o inadimplemento da obrigação e o prejuízo experimentado pelo prejudicado.³⁴⁵

Ou, como diz Gustavo Tepedino:

No direito brasileiro, em ambas as espécies de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, o dever de reparar depende da presença do nexo causal entre o ato culposos 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.³⁴⁶

De acordo com tais lições, tanto para a responsabilidade civil objetiva como para a subjetiva, bem como para as responsabilidades contratual e extracontratual, o nexo causal é um dos pressupostos para que surja o dever de indenizar. Este nexo

³⁴⁴MONTENEGRO, **Responsabilidade civil**, p.37.

³⁴⁵MONTENEGRO, **Responsabilidade civil**, p.37.

³⁴⁶TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, v.6, abr./jun. 2001. p.3.

deve ocorrer entre o dano e o ato ilícito ou a conduta tipificada em lei como de responsabilidade objetiva³⁴⁷.

Em diversas situações práticas a prova do nexo causal é muito difícil, principalmente quando há causalidade múltipla, ou seja, quando há um encadeamento de circunstâncias que concorrem para a eclosão de um dano. Muitas vezes não há condições de se apontar qual a causa direta do prejuízo.

Para solucionar tais situações foram desenvolvidas as teorias da equivalência de condições, da causalidade adequada e da causalidade imediata.

A teoria da equivalência de condições (também chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais), "sustenta que, em havendo culpa, todos os elementos que de uma certa maneira concorreram para a sua realização consideram-se como causas, sem a necessidade de determinar o encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso"³⁴⁸. É considerada causa do dano qualquer evento por si só capaz de gerá-lo³⁴⁹. Assim, um acontecimento é considerado causa de um dano sempre que se possa afirmar que este não aconteceria se aquele não tivesse ocorrido³⁵⁰. Ou seja, não é necessário perquirir qual das circunstâncias está imediatamente ligada ao prejuízo. Todas as circunstâncias que concorreram para o dano se equivalem, de forma que é impertinente a discussão sobre o caráter preexistente, concomitante ou superveniente de cada uma delas³⁵¹.

³⁴⁷GONÇALVES, **Comentários...**, p.35.

³⁴⁸PEREIRA, op. cit., p.78.

³⁴⁹TEPEDINO, Notas sobre..., p.6.

³⁵⁰NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.589.

³⁵¹MONTENEGRO, **Do ressarcimento...**, p.62.

A teoria da causalidade adequada baseia-se na noção de probabilidade³⁵², pela qual "consideram-se as conseqüências objetivamente presumíveis da ação, segundo a experiência comum"³⁵³. Dentre todas as circunstâncias antecedentes do dano há que se focar aquela que tinha probabilidade de gerá-lo. Para cada uma das circunstâncias ligadas ao evento danoso deve-se elaborar a seguinte indagação: o dano ocorreria mesmo que esta circunstância não tivesse ocorrido? Ou: a causa em questão era potencialmente apta a produzir o prejuízo? No caso de resposta negativa tal circunstância é afastada do nexo de causalidade. Conforme os ditames desta teoria, "praticamente em toda ação de indenização o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação"³⁵⁴. Importarão para a apuração da responsabilidade civil as circunstâncias normais ligadas ao prejuízo. Ou seja, "uma condição deve ser considerada causa de um dano quando, segundo o curso normal das coisas, poderia produzi-lo"³⁵⁵. Assim, o agente desonera-se da obrigação de indenizar se houver interferência de fenômenos extraordinários, de modo que a sua conduta, isoladamente considerada, não seria eficiente para gerar o prejuízo. Há importante influência da "previsibilidade" do dano³⁵⁶.

A respeito da teoria da causalidade imediata ensina Gustavo Tepedino que a sua aplicação levaria a uma "desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes"³⁵⁷. No mesmo sentido,

³⁵²TEPEDINO, Notas sobre..., p.7.

³⁵³GOMES, **Introdução**..., p.490.

³⁵⁴PEREIRA, op. cit., p.79.

³⁵⁵NORONHA, **Direito das obrigações**..., p.600.

³⁵⁶MONTENEGRO, **Do ressarcimento**..., p.62.

³⁵⁷TEPEDINO, Notas sobre..., p.6.

Fernando Noronha expõe que "a teoria da equivalência de condições levaria absurdamente longe demais a obrigação de indenizar"³⁵⁸.

Fernando Noronha defende a teoria da causalidade adequada, pois é "a que consegue fazer uma seleção em termos mais razoáveis, dentre todas as condições que produziram um determinado dano, daquela ou daquelas que devem ser juridicamente consideradas causa dele"³⁵⁹.

De outra maneira, Gustavo Tepedino afirma que a teoria da causalidade adequada, assim como a da equivalência de condições, geraria "resultados exagerados e imprecisos, estabelecendo nexos de causalidade entre todas as possíveis causas de um evento danoso e os resultados efetivamente produzidos"³⁶⁰, de forma que prevaleceria a teoria da causalidade imediata. Para tal autor, apenas as causas imediatamente ligadas aos danos guardariam com ele nexos de causalidade. As circunstâncias anteriores à imediata seriam irrelevantes.

Segundo Gustavo Tepedino, "no Supremo Tribunal Federal prevalece a teoria da causalidade direta ou imediata"³⁶¹. Tal posicionamento teria sido fixado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 130.764-1, ocorrido em 12 de maio de 1992. A decisão expôs expressamente que o artigo 1.060 do Código Civil de 1916³⁶², apesar de se referir à responsabilidade contratual, aplicar-se-ia também à responsabilidade extracontratual. Tendo em vista que tal dispositivo legal foi repetido

³⁵⁸NORONHA, **Direito das obrigações**..., p.591.

³⁵⁹NORONHA, **Direito das obrigações**..., p.476.

³⁶⁰TEPEDINO, Notas sobre..., p.7.

³⁶¹TEPEDINO, Notas sobre..., p.4.

³⁶²Artigo 1.060 do Código Civil de 1916: "*Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato*".

pelo artigo 403 do Código Civil de 2002³⁶³, poder-se-ia defender que o Direito brasileiro mantém a teoria da causalidade imediata como adotada.

Vale aqui transcrever trecho do voto do Ministro Moreira Alves, Relator de tal decisão:

Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquele que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, agasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.³⁶⁴

Fernando Noronha, de forma diferente, não admite a interpretação literal do dispositivo legal mencionado acima (artigo 1.060 do Código Civil de 1916, praticamente repetido pelo artigo 403 do atual Código), afirmando existir um defeito de linguagem quando se fala em "efeito direto e imediato"³⁶⁵, defendendo, como exposto anteriormente, a teoria da causalidade adequada. Afirma o mencionado professor:

Perante o direito constituído, parece-nos ser a causalidade adequada a teoria que, pela sua flexibilidade, faculta uma interpretação mais razoável do art. 403, permitindo em especial explicar por que razão, apesar de este preceito falar em 'danos (...) efeito direto e imediato', é possível a responsabilização do agente pelos danos indiretos, que não são produzidos eles mesmos pelo fato gerador, mas em que este desencadeia outra condição, que os provoca, de acordo com o curso normal das coisas.³⁶⁶

³⁶³Artigo 403 do Código Civil de 2002: "*Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual*".

³⁶⁴Apud TEPEDINO, Notas sobre..., p.5-6.

³⁶⁵NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.594.

³⁶⁶NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.609.

Independentemente da teoria adotada para a matéria, percebe-se que a causalidade, de acordo com a teoria tradicional, representa a ligação entre o dano indenizável e a conduta prevista no rol de situações geradoras de responsabilidade civil (ato ilícito ou previsto em lei como de responsabilidade objetiva). Assim, o nexu causal tem a função precípua de indicar a pessoa responsabilizada pelos prejuízos reclamados.

3.2 CRISE DOS PRESSUPOSTOS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – UMA VISÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA

Neste momento se pretende demonstrar que os tribunais brasileiros, quando se deparam com uma situação concreta onde está presente um dano injusto, imputam a alguém o dever de indenizá-lo mesmo que não estejam claramente presentes os pressupostos "tradicionais" da responsabilidade civil.

Como já dizia Viehweg, o Direito é eminentemente problemático, de forma que diante de um problema o julgador deve encontrar a solução que lhe parece mais justa³⁶⁷. A partir do embate entre *topoi* de argumentação escolhe-se o encaminhamento mais justo à questão. Após esta escolha recorre-se aos elementos do sistema do Direito para então se fundamentar a decisão tomada.

A atividade judicial não parte do sistema em direção ao caso concreto. Ao contrário, parte da melhor solução ao caso para então encontrar no sistema as normas adequadas para fundamentar a decisão tomada.

Uma vez diante de um dano que merece indenização, os tribunais buscam nos elementos da teoria da responsabilidade civil a fundamentação para a sua decisão.

Ocorre que os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil muitas vezes não são adequados para justificar as decisões que tratam do dever de reparar danos.

³⁶⁷Vide seção 2.3.

Pode-se afirmar, então, que o sistema-perito da responsabilidade civil construído a partir das lições tradicionais a respeito do tema não se mostra mais adequado para a solução de diversas situações concretas. Ocorre, portanto, a desconfiança no sistema-perito da responsabilidade civil tradicional.

É por este motivo que se afirma, neste estudo, a superação dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil por outros que reconheçam e permitam a postura tópico-indutiva no que se refere à escolha de quais danos devem ser indenizados e quais as pessoas responsáveis por esta reparação³⁶⁸.

Esta necessidade de superação fica clara ao se perceber que em algumas situações os tribunais brasileiros acabam maquiando as situações fáticas discutidas para que estas se enquadrem forçadamente nos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil, justificando assim as condenações. Ou, em outros casos, imputa-se a alguém o dever de indenizar mesmo após o reconhecimento de não estarem presentes os pressupostos tradicionais para a condenação.

O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 185.659 analisou a seguinte situação danosa: um carro forte de transporte de valores foi alvejado por marginais que se encontravam aguardando num viaduto sob o qual tal veículo passaria; em razão da utilização de armamento pesado os projéteis perfuraram o pára-brisa dianteiro e atingiram o motorista; o veículo então desgovernado acabou atropelando e causando a morte de um pedestre que passava pela região.

Quando do julgamento de tal lide o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, relator do julgamento, entendeu a ação deveria ser julgada improcedente, enquanto os outros dois julgadores entenderam por bem dar procedência ao pedido indenizatório.

O voto vencido baseou-se na ocorrência de caso fortuito ou força maior, uma vez que a empresa de transportes de valores não poderia prever o ataque. Afirma que o fato danoso foi "*causado por investida violenta, com emprego de arma*

³⁶⁸Vide seção 3.3.

de fogo, que atingiu o motorista do veículo de propriedade da empresa ré, que, desgovernado, alcançou o marido da vítima". Expõe ainda que as armas utilizadas pelos marginais eram de exclusividade do exército, sendo de grande potencial destrutivo, de forma que, mesmo que os vidros do pára-brisas do veículo fossem reforçados, não seriam suficientes para evitar os fatos ocorridos.

Assim, entendeu o relator do recurso aqui estudado que não existe o nexo causal entre a conduta do preposto da empresa de transporte de valores e o dano reclamado.

Ocorre que os Ministros Nilson Alves e Eduardo Ribeiro, outros participantes do julgamento, entenderam que a empresa transportadora tinha a obrigação de indenizar os danos.

Fundamentaram seus votos na prática de atividade perigosa pela transportadora de valores, de forma que seu titular deveria prever a possibilidade de assaltos. Além disto, fica claro no acórdão que "*os danos econômicos não de ser suportados por quem retira proveito do empreendimento e não pelo terceiro inocente*". Assim, os Ministros, com fulcro na "teoria do risco objetivo" (sic), responsabilizaram a transportadora.

Vale aqui transcrever a ementa do julgamento:

Responsabilidade civil. Teoria do risco (presunção de culpa). Atividade perigosa (transporte de valores). Acidente de trânsito (atropelamento de terceiro). Inexistência de culpa da vítima (indenização).

1. É responsável aquele que causa dano a terceiro no exercício de atividade perigosa, sem culpa da vítima.
2. Ultimamente vem conquistando espaço o princípio que se assenta na teoria do risco, ou do exercício da atividade perigosa, daí há de se entender que aquele que desenvolve tal atividade responderá pelo dano causado.
3. A atividade de transporte de valores cria um risco para terceiros. "Neste quadro", conforme acórdão estadual, "não parece razoável mandar a família do pedestre atropelado reclamar, dos autores não identificados do latrocínio, a indenização devida, quando a vítima foi morta pelo veículo da ré, que explora atividade sabidamente perigosa, com o fim de lucro". Inexistência de caso fortuito ou força maior.

4. Recurso especial, quando à questão principal, fundado no art. 1.058 e seu parágrafo único do Cód. Civil, de que a Turma não conhece, por maioria de votos.³⁶⁹

Ressalte-se ainda que o evento danoso analisado ocorreu em agosto de 1994 e o acórdão foi proferido em junho de 2000, antes, portanto, da vigência do Código Civil brasileiro de 2002 e do parágrafo único do seu artigo 927.

Percebe-se que no caso em tela todas as condutas do motorista e da empresa transportadora de valores ocorreram de acordo com os deveres gerais de cautela. Na situação analisada o ataque sofrido ao veículo foi mais forte e surpreendente do que aqueles que poderiam ser previstos. Assim, não há causalidade entre o dano e qualquer ação ou omissão da pessoa jurídica transportadora ou de seu motorista. Não há, portanto, um dos pressupostos tradicionais do dever de reparar danos.

Entretanto, mesmo sem a existência da cláusula geral atualmente prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro de 2002, houve a responsabilização da transportadora. A sua conduta não se enquadrava em nenhuma das hipóteses legais de responsabilidade independente de culpa então previstas. Assim, este pressuposto tradicional (ato ilícito ou previsto em lei como de responsabilidade objetiva) também não estava presente na realidade discutida.

Contudo, tendo em vista que o dano injusto sofrido pela esposa do pedestre atropelado tinha ligação com uma atividade perigosa e lucrativa desenvolvida pela transportadora, esta foi chamada a indenizar.

O Superior Tribunal de Justiça, após analisar se a situação danosa merecia ou não reparação, decidiu pela primeira opção. A partir disto, os julgadores procuraram na doutrina da responsabilidade civil as justificativas para a imputação do dever de indenizar. Tendo em vista que os pressupostos tradicionais não permitiriam a indenização, invocou-se a "teoria do risco objetivo" para solucionar-se o caso. Não há dúvidas de que a atividade dos julgadores foi eminentemente tópico-indutiva, pois

³⁶⁹STJ, 3.^a Turma, Resp 185.659 – SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento em 26 de junho de 2000.

a partir do reconhecimento de uma situação injusta merecedora de ressarcimento na vida concreta determinaram a indenização mesmo sem a presença de nenhuma hipótese legal de responsabilidade objetiva, de culpa e de nexo de causalidade entre qualquer conduta da condenada ou seu preposto e os danos analisados.

Outra demonstração da superação dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil foi feita no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial n.º 506.099. Na ocasião, a mencionada corte analisava a responsabilização de empresa concessionária de serviços de eletricidade, em razão do falecimento de um rapaz de treze anos de idade, que sofreu descarga elétrica ao encostar em fio de alta tensão, que havia sido desprendido do poste pelo seu pai na tentativa de elevar por conta própria a fiação elétrica em frente à sua residência.

No processo a empresa de energia elétrica alegou que não houve nexo causal entre qualquer ação ou omissão sua e a situação danosa ocorrida, tendo em vista que *"tanto a vítima quanto seus pais contribuíram de forma exclusiva para o evento, ao trocar o poste e a fiação"*.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão unânime relatado pelo Ministro Castro Filho, rechaçou os argumentos da empresa recorrente afirmando tratar-se a hipótese de responsabilidade objetiva estatal, declarando que *"é uníssono o entendimento que cabe ao concessionário de serviço público executar em seu nome e por sua conta e risco as obras e serviços que lhe foram concedidos, assumindo a inteira responsabilidade pelas conseqüências dos seus atos"*.

A ementa de tal decisão ficou assim redigida:

Responsabilidade civil. Concessionária de serviço público. Eletrocussão. Morte de menor. Violação ao artigo 535 do Cód. de Proc. Civil. Inocorrência. Teoria do risco objetivo. Aplicabilidade. Culpa exclusiva da vítima. Inadmissibilidade. Despesas de luto e funeral. Fato certo. Pensionamento dos pais. Possibilidade. Constituição de capital. Precedentes. Danos morais. Valor razoável.

1. (...)

2. A obrigação das empresas concessionárias de serviços públicos de indenizar os danos causados à esfera juridicamente protegida dos particulares, a despeito de ser governada pela teoria do risco administrativo, de modo a dispensar a comprovação da culpa, origina-se da responsabilidade civil contratual.
3. Consoante defluiu do disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, basta ao autor demonstrar a existência do dano para haver a indenização pleiteada, ficando a cargo da ré o ônus de provar a causa excludente alegada, o que, segundo as instâncias ordinárias, não logrou fazer.
4. (...).³⁷⁰

Mais uma vez visualiza-se que a responsabilidade civil foi atribuída a uma pessoa que não havia praticado nenhuma conduta omissiva ou comissiva com causalidade em relação ao dano. De acordo com os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil não haveria, portanto, o dever de indenizar. Houve então o forçado enquadramento dos fatos nos elementos da teoria tradicional da responsabilidade civil ao reconhecer-se nexos de causalidade quando houve apenas culpa exclusiva da vítima.

Quando do julgamento do Recurso Especial n.º 473.085 o Superior Tribunal de Justiça esteve mais uma vez diante de uma interessante questão atinente à responsabilidade civil.

Discutia-se no processo a responsabilidade de uma associação em razão de danos sofridos por um dos alunos durante os treinos de judô por ela disponibilizados.

De acordo com as provas produzidas, *"tudo foi fruto de lamentável acidente, com grave repercussão na saúde do jovem vitimado, que ficou tetraplégico. (...) O que ocorreu, na realidade, foi um fato previsível, nas condições do esporte praticado"*. Demonstrou-se no processo que havia diversas duplas em treinamento, sendo que a vítima havia desequilibrado e caído no chão quando lutava com outro aluno. Poucos instantes depois o professor de judô responsável pela turma, que estava em luta

³⁷⁰STJ, 3.ª Turma, Resp 506.099 – MT, Rel. Min. Castro Filho, julgamento em 16 de dezembro de 2003.

com terceiro, foi também jogado ao chão, vindo a cair sobre a vítima e causar-lhe lesões severas.

A vítima argumentou que no caso em tela dever-se-ia aplicar a responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços prevista para as relações de consumo.

Já a associação processada alegava que a vítima voluntariamente expôs-se aos riscos do esporte praticado, não havendo que se falar em culpa ou responsabilidade objetiva sua.

O Ministro Castro Filho, relator do julgamento, em voto vencido afastou a responsabilização pleiteada por não verificar nenhuma falha na prestação do serviço, uma vez que *"trata-se de fato inerente à prática desse esporte que, por suas próprias características, infunde em todos que dele participam a consciência dos riscos de seu exercício"*.

A Ministra Nancy Andriahi afirmou, em relação ao nexo de causalidade, que *"existe ligação imediata entre o dano, as lesões sofridas pelo recorrente, o ato ilícito, defeito de serviço, este decorrente do risco da atividade desenvolvida pela recorrida – aula de lutas marciais –, bem como falha no dever de prestação de segurança ao consumidor"*.

Assim, utilizando-se do que foi previsto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro de 2002, a julgadora expôs que *"o acidente, pelo que consta nos autos, ocorreu quando o recorrente recebia a prestação de serviços que, pela natureza do próprio esporte, envolve contato físico, expondo os praticantes aos riscos de lesões físicas"*. Desta forma, entendendo a atividade como naturalmente arriscada, considerou pertinente a responsabilização da associação mantenedora dos cursos de judô, uma vez que *"resta evidente o nexo existente entre a falha de serviço, cuidado com a segurança dos alunos, e o dano sofrido pelo recorrente"*.

Após discussões e manifestações dos outros Ministros participantes do julgamento, proferiu-se decisão favorável ao autor da demanda, de forma que a ementa do acórdão foi assim colocada:

Indenização. Vítima de acidente ocorrido durante treinamento de judô, ministrado por preposto da recorrida, que a deixou tetraplégica. Acidente ocorrido em virtude de negligência do professor. Comprovados a conduta, os danos e o nexo de causalidade, presente o dever de indenizar da recorrida que responde pelos atos do seu preposto. Código de Defesa do Consumidor, art. 14, § 3.º. Aplicação. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.³⁷¹

A decisão centrou a discussão sobre negligência do professor de judô e a ocorrência ou não de nexo de causalidade entre a conduta deste e os danos ocorridos. Ou seja, discutiu-se sobre a ocorrência ou não dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil aqui denominados de ato ilícito e nexo de causalidade.

Contudo, o voto condutor do julgamento final foi claro ao expor que o que ocorreu, na verdade, foi a causalidade entre a falha de serviço e o dano (não entre uma conduta e o dano), principalmente porque a atividade desenvolvida pela associação como promotora de aulas de judô era naturalmente arriscada.

Ademais, apesar de a discussão ter-se centrado na existência ou não de nexo de causalidade, a grande questão posta no julgamento era o caráter injusto do dano. Em outras palavras: divergiam os julgadores sobre a possibilidade de indenização a danos decorrentes de esporte praticado pela vítima que sabia dos perigos a ele inerentes. Esta principal questão foi então transposta pelos julgadores para a esfera do nexo de causalidade.

Mais uma vez se percebeu, então, que os pressupostos da responsabilidade civil construídos pela doutrina tradicional não se mostraram adequados para a solução do caso posto a julgamento.

Houve outra oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça proferiu interessante julgamento a respeito da reparação de danos. Foi quando da decisão ao Recurso Especial 287.849, em que se discutia se um hotel e uma agência de viagens são obrigados a indenizar danos causados a um garoto embriagado que, desrespeitando aviso de que seria proibido nadar na piscina do hotel no período

³⁷¹STJ, 3.^a Turma, Resp 473.085 – RJ, Rel. Min. Castro Filho, julgamento em 14 de junho de 2004.

noturno, jogou-se na água a partir de um escorregador, batendo a cabeça no fundo da piscina, que se encontrava com pouca água, e ficando tetraplégico.

A decisão proferida por maioria de votos foi assim ementada:

Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de Viagens.

- Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso aos hóspedes. Art. 14 do CDC.
- A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2.º, III do CDC.
- A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo.
- Recursos conhecidos e providos em parte.³⁷²

A partir do enquadramento dos fatos numa relação de consumo, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator do acórdão, entendeu que houve defeito na prestação de serviços de hotelaria ao inexistir placa advertindo que a piscina estava com volume de água menor que o normal, apesar de existir indicações a respeito da proibição de sua utilização naquele horário.

Assim, entendendo que houve nexos causal entre este defeito na prestação de serviço e os danos, entendeu que o hotel deve indenizar a metade dos danos gerados, visto a ocorrência de culpa concorrente.

A agência de viagens que vendera o pacote turístico pelo qual a vítima se hospedara no hotel foi solidariamente responsabilizada, por ser também considerada fornecedora dos serviços prestados com defeito.

O Ministro Aldir Passarinho Junior, que também participou do julgamento, entendeu que o hotel merece responsabilização por falta de fiscalização à utilização da piscina, e a agência de viagens por culpa *in eligendo*.

Já o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afirmou que *"sem embargo de lamentar profundamente o ocorrido, e de votar com o coração apertado, tenho que*

³⁷²STJ, 4.ª Turma, Resp 287.849 – SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgamento em 17 de abril de 2001.

essa circunstância não me autoriza a transferir a responsabilidade para quem não vejo presente a culpa". Desta forma, entendeu este julgador que não haveria qualquer responsabilidade do hotel ou da agência de viagens, uma vez que não haveria causalidade alguma entre as condutas dessas duas pessoas jurídicas e os danos, que teriam decorrido de culpa exclusiva da vítima.

O Ministro Cesar Asfor Rocha entendeu que haveria responsabilidade do hotel, mas não da agência de turismo, alegando: *"não consigo enxergar por que o fato de ela ter dispensado um guia para acompanhar esse 'pacote fechado' que foi vendido possa importar na sua responsabilização por um fato que não diga respeito ao que leva, ao que conduz uma pessoa a procurar o serviço"*. Assim, entendeu que não haveria nenhuma causalidade entre os danos e as atividades da agência de turismo.

Nota-se que no caso analisado, a partir da verificação de um grave dano, muito se discutiu a respeito do nexo de causalidade entre o dano e as atividades do hotel e da agência de turismo (e não condutas específicas). Parece claro, entretanto, que houve culpa exclusiva da vítima, uma vez que esta podia compreender plenamente o significado de uma placa proibindo a utilização da piscina no horário noturno e mesmo assim se jogou na água, vindo, em razão desta conduta desrespeitosa às normas do hotel, a sofrer os danos reclamados. Assim, afastado o nexo de causalidade como delineado pela teoria tradicional, não haveria como se imputar a qualquer pessoa o dever de indenizar. Mas não foi esta a decisão adotada, como exposto.

Por fim, permite-se tratar de decisão de primeira instância proferida pelo Juizado Especial Cível de Curitiba-PR, pelo qual se considerou uma concessionária de serviços públicos de transmissão de energia responsável pelos danos decorrentes da queima de aparelhos eletrônicos em decorrência de tempestades com grande quantidade de raios³⁷³.

³⁷³Juizado Especial Cível de Curitiba – PR, Reclamação n.º 2005.24372-6, Juíza de Direito Denise Krüger Pereira, julgamento em 24 de fevereiro de 2006.

A magistrada Denise Krüger Pereira entendeu que tais danos se enquadram no âmbito da responsabilidade objetiva da empresa, em decorrência do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor sobre defeitos na prestação de serviços³⁷⁴. Afirmou a Juíza que *"a responsabilidade da empresa fornecedora de energia elétrica aos consumidores é objetiva"*, e que *"para a empresa se eximir do pagamento de indenização, deve comprovar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior"*.

Para condenar a empresa a Magistrada assim fundamentou sua sentença: *"em que pese a reclamada ter juntado xerox de um laudo meteorológico do Simepar, não há como classificarmos tal situação como força maior ou caso fortuito. Observe-se que tempestades com raios (...) não são imprevisíveis e portanto deveriam fazer parte dos cuidados básicos na prestação de serviço"*.

Assim, para a sentença não houve força maior ou caso fortuito, mas sim má prestação de um serviço ao consumidor, o que é hipótese legal de responsabilidade objetiva.

Ocorre, entretanto, que a empresa prestadora de serviços de transmissão de energia por motivos óbvios não tem nenhum controle sobre as tempestades e os raios que acontecem na natureza, bem como sobre a qualidade das instalações elétricas implementadas nas residências dos usuários dos seus serviços.

Percebe-se, mais uma vez, o forçoso enquadramento dos fatos aos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil: conduta do responsável, dano e nexos causal entre os primeiros. Neste exemplo não houve nenhum ato da empresa de transmissão de energia e muito menos aconteceu nexos causal entre alguma conduta sua e os danos discutidos.

³⁷⁴Artigo 14 da Lei n.º 8.078/90: *"O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos"*.

Os exemplos aqui mencionados demonstram que o sistema-perito formado pelos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil não dá conta de todas as situações danosas levadas aos tribunais. Neste sentido que se fala em falta de confiança em tal sistema-perito. Entretanto, não obstante esta insuficiência da teoria tradicional, os tribunais continuam utilizando-a para justificar decisões condenatórias.

3.3 PRESSUPOSTOS CONTEMPORÂNEOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nas palavras de Luiz Edson Fachin, "à medida que o civilismo pretensamente neutro se assimilou ao servilismo burocrata doutrinário e jurisprudencial, não conseguiu disfarçar que não responde aos fatos e às situações que brotam da realidade contemporânea"³⁷⁵. Ou seja, o sistema de Direito civil de outrora, construído sobre os pilares da modernidade e visando implementar a "era da segurança", não consegue dar as respostas satisfatórias aos fatos da vida concreta da pessoas.

Mais especificamente em relação à responsabilidade civil, Luiz Edson Fachin expõe que:

Passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, os princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção bem concreta dessa coisa que se chama solidariedade social que nas modernas sociedades já penetrou profundamente na área do direito privado.

No plano de responsabilidade civil, essa repercussão já deixa de lado um elevado grau de abstração para compreender soluções concretas.³⁷⁶

Nos capítulos anteriores deste trabalho se pretendeu demonstrar que a superação da era da segurança e a desconfiança no sistema-perito, formado pelos elementos da teoria tradicional da responsabilidade civil, fazem com que seus pressupostos não mais tenham se mostrado suficientes para as relações indenizatórias.

³⁷⁵FACHIN, **Teoria crítica...**, p.11.

³⁷⁶FACHIN, **Teoria crítica...**, p.217.

Os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil eram pensados de acordo com o elevado grau de abstração que se pretende afastar em favor de uma solução concreta das situações danosas.

Demonstrando a revolta dos fatos contra as normas que fez romper os diques dos conceitos do sistema fechado construído sobre os pilares do iluminismo, a breve verificação de recentes decisões citadas dos tribunais brasileiros deixa claro que há situações em que pessoas são condenadas a indenizar mesmo sem estarem presentes os três pressupostos tradicionais da responsabilidade civil antes mencionados: ato ilícito ou previsto em lei como hipótese de responsabilidade objetiva, dano e nexa causal entre os primeiros.

Cabe à doutrina contemporânea da responsabilidade civil, então, trabalhar pela construção de novos elementos para a solução dos casos concretos, de forma a possibilitar aos aplicadores do Direito, ao analisarem as reparações de danos, não se valerem dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil.

Com este objetivo passa-se a visualizar o fenômeno reparatório de maneira diferente, apontando pressupostos distintos para que surja o dever de indenizar³⁷⁷, permitindo-se a adoção de uma postura tópico-indutiva pelo aplicador do Direito. A solução dos casos concretos parte, então, das características próprias de cada pessoa e conduta envolvidas.

Esta nova perspectiva com que se encara o Direito das reparações de danos se afasta do sistema individualista de antes, dando espaço a princípios de justiça distributiva e de solidariedade social³⁷⁸.

³⁷⁷Aparentemente não há unanimidade a respeito deste tema entre os autores contemporâneos. Contudo, as diferenças entre os pressupostos da responsabilidade civil apontados pela doutrina mais atual decorrem muito mais de diferenças terminológicas do que reais (FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.106).

³⁷⁸FACHIN, **Teoria crítica...**, p.17.

Neste sentido, Fernando Noronha aponta como pressupostos à reparação de danos os seguintes elementos: fato antijurídico, nexo de imputação, dano, nexo de causalidade e lesão de bem protegido³⁷⁹.

Roberto Vázquez Ferreyra afirma que a atividade do aplicador do Direito no que se refere à indenização por danos deve seguir os seguintes passos: uma vez comprovada a presença de um dano injusto, deve ser verificada a existência de um fator de atribuição (nexo de imputação) subjetivo ou objetivo, bem como um nexo de causalidade que dará a medida da reparação³⁸⁰. Tal autor adota como pressupostos da responsabilidade civil a antijuridicidade, o dano, o nexo de imputação e o nexo de causalidade³⁸¹.

De forma semelhante, para André Fontes os pressupostos atuais da responsabilidade civil são: fatores de atribuição, ilicitude, dano e causalidade³⁸².

Sílvio Neves Baptista aponta como pressupostos da responsabilidade civil o fato jurídico antecedente, que pode ser lícito ou ilícito, o dano, o nexo de causalidade e a imputação da responsabilidade ao sujeito causador do dano ou a terceiro³⁸³.

Apesar de haver divergências terminológicas e algumas diferenças de conteúdo entre os pressupostos apontados pela doutrina contemporânea, pode-se extrair como elementos básicos para que surja a responsabilidade civil a *antijuridicidade*, o *dano injusto*, o *nexo de imputação* e o *nexo de causalidade*³⁸⁴.

³⁷⁹ Todos esses pressupostos serão analisados no decorrer deste trabalho.

³⁸⁰ FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.85.

³⁸¹ FERREYRA, Roberto A. Vázques. El acto ilícito: significado, estructura y evolución. In: GESUALDI, Dora Maria (Coord.). **Derecho privado**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p.997. Esclareça-se que as idéias de fatores de atribuição e ilicitude de Roberto Vazquez Ferreyra equivalem às de nexo de imputação e antijuridicidade expressadas por Fernando Noronha.

³⁸² FONTES, op. cit., p.7.

³⁸³ BAPTISTA, op. cit., p.65.

³⁸⁴ A antijuridicidade, entretanto, pode ser vista como parte integrante das noções de dano injusto e nexo de imputação, conforme o exposto na seção 3.3.1.

Vale aqui tratar de forma mais detalhada cada um desses pressupostos contemporâneos da responsabilidade civil.

3.3.1 Antijuridicidade

A idéia de antijuridicidade expressa situação contrária aos comandos legais. Toda situação que contrarie um interesse tutelado pelo ordenamento jurídico em seu contexto valorativo é contrária ao Direito³⁸⁵. Tal situação pode decorrer tanto de atos humanos como de fatos independentes da vontade de uma pessoa³⁸⁶.

Assim, o fato de uma pessoa conduzir seu veículo em excesso de velocidade, por exemplo, corresponde a uma situação antijurídica. Obviamente que a antijuridicidade, por si só, não é suficiente para que surja a responsabilidade civil, devendo também estar presentes os demais pressupostos que adiante serão analisados.

O adjetivo antijurídico, então, decorre de estar o fato analisado em contradição com o ordenamento, aí incluídos princípios gerais do Direito, leis, costumes e todas as fontes de Direito reconhecidas³⁸⁷, de forma que "*la antijuridicidad es un concepto objetivo que implica cotrariedad al ordenamiento jurídico, entendido éste em su totalidad*"³⁸⁸.

Para o Direito da era da segurança a antijuridicidade era algo diretamente associado à ilicitude³⁸⁹, pois se consideravam contrários ao Direito apenas os atos conscientemente praticados de forma a violar norma específica ou dever geral de cautela.

³⁸⁵GHERSI, Carlos A. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 1997. p.98-99.

³⁸⁶NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.348.

³⁸⁷BUERES, **Derecho del daños**, p.504.

³⁸⁸FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.112.

³⁸⁹BUERES, **Derecho del daños**, p.474.

Com a superação do mundo da segurança parece claro que a antijuridicidade não mais pode ser confundida com a ilicitude³⁹⁰. A antijuridicidade é, então, objetivada, ou seja, não se refere ao caráter culposo ou doloso da conduta³⁹¹. Está ela presente "quando o fato (ação, omissão ou fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao ordenamento jurídico, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém"³⁹².

Assim, as causas de justificação afastam a ilicitude³⁹³, mas não evitam a antijuridicidade se houver violação a interesses de terceiros. Em outras palavras: os danos decorrentes de exercício regular de um direito, legítima defesa, estado de necessidade e consentimento do ofendido não representam ilícitos *stricto sensu*. Entretanto, a partir do momento em que tais situações geram danos a terceiros (pessoas não envolvidas com a situação assim caracterizada), estará presente a antijuridicidade, apesar de continuar inexistindo a ilicitude em seu sentido restrito.

³⁹⁰Vale aqui mais uma vez lembrar a diferenciação que Fernando Noronha faz entre atos ilícitos (*stricto sensu*) e a antijuridicidade. Enquanto os "atos ilícitos, na acepção rigorosa aqui considerada, são todas as ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa, em termo de se poder afirmar que ela procedeu com dolo ou culpa" (NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.360), a antijuridicidade ocorre quando "um ato ou fato se coloca em contradição com o ordenamento, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém" (NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.366), de forma que a "antijuridicidade é uma noção mais ampla que a de ilicitude" (NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.365).

³⁹¹AGOGLIA, María M. Es la antijuridicidad un presupuesto de la responsabilidad civil? In: GESUALDI, Dora Maria (Coord.). **Derecho privado**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p.1.037.

³⁹²NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.470.

³⁹³Que é aqui tratada como um dos possíveis fatores de atribuição da responsabilidade civil (vide seção 3.3.2).

A antijuridicidade ocorre tanto em situações decorrentes de atos ilícitos quanto de lícitos. Significa apenas que a situação analisada está em desacordo com o ordenamento³⁹⁴, com o valor cultural por ele protegido³⁹⁵.

Adela M. Seguí assim expõe sua idéia a respeito da antijuridicidade como pressuposto da responsabilidade civil, deixando claro o seu distanciamento para com as idéias de dolo e culpa:

*'Se diluyó el requisito de antijuridicidad'. Esta dejó de ser formal, típica y subjetiva, para convertirse en material, atípica y objetiva. Se considera antijurídico el comportamiento contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto, valorado mediante una observación previa y primaria prescindente de cualquier consideración de la subjetividad del agente.*³⁹⁶

Deixa de ser essencial o dever infringido, pois a antijuridicidade está na lesão a interesses protegidos pelo ordenamento. No que tange à responsabilidade civil, isto faz com que o centro de gravidade seja o dano, e não a conduta do ofensor³⁹⁷.

Assim, para o campo da responsabilidade civil, objeto deste estudo, a antijuridicidade decorre do princípio geral *alterum non laedere* (não lesar a outrem), ou seja, da proibição de produção de danos não autorizados³⁹⁸.

³⁹⁴María M. Agoglia trata antijuridicidade e ilicitude como sinônimos, mas no sentido de contradição ao ordenamento, e não como ato volitivo contrário ao direito causador de dano. Assim, afasta as idéias de culpa e dolo da noção de antijuridicidade. Culpa e dolo nada mais seriam do que fatores de atribuição da responsabilidade civil. Desta forma, tal autora defende que "*antijuridicidad e ilicitud son términos equivalentes que se predicen de la conducta, em tanto que lo injusto se refiere al daño. (...) La antijuridicidad señala el carácter de todo acto que transgrede el ordenamiento jurídico en su plenitud. El daño, en cambio, es injusto por percutir disvaliosamente sobre intereses tutelados por el Derecho*" (AGOGLIA, op. cit., p.1.026).

³⁹⁵GHERSI, op. cit., p.100.

³⁹⁶SEGUÍ, op. cit., p.278.

³⁹⁷BUERES, **Derecho del daños**, p.477.

³⁹⁸FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.131.

Nas palavras de Fernando Noronha:

A violação do bem, em si mesma, configura ato antijurídico, que é o primeiro pressuposto da obrigação de indenizar, sendo assim considerado todo fato que se coloque em contradição com o ordenamento, deste modo afetando negativamente quaisquer situações que eram juridicamente tuteladas.³⁹⁹

Verificado um determinado dano, é preciso saber se ele é devido a uma atuação que esteja em contradição com o ordenamento (isto é, que seja antijurídica) e, para tal, em regra não é necessário entrar na análise dos dados psicológicos presentes no comportamento lesante. A apuração de eventual conduta culposa ou dolosa (e é de se notar que atuação causadora do dano raramente será dolosa) só surgirá num segundo momento e, de resto, nem sequer será necessária, se a hipótese for de responsabilidade objetiva.⁴⁰⁰

Para bem esclarecer o que significa a antijuridicidade como pressuposto da responsabilidade civil, Fernando Noronha enumera quatro situações que representam fatos antijurídicos⁴⁰¹: atos ilícitos, atos praticados por inimputáveis geradores de danos, atos danosos praticados em situação em que seria inexigível outro comportamento mas que atinge pessoa diversa daquela que gerou a necessidade do ato e certos acontecimentos naturais ligados à atividade arriscada de uma pessoa e que atinjam Direito de alguém⁴⁰². Vale transcrever ainda os exemplos mencionados pelo referido autor.

³⁹⁹NORONHA, Fernando. Os danos à pessoa humana, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 6, p.83, abr./jun. 2005.

⁴⁰⁰NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.368.

⁴⁰¹O referido autor ressalta que a enumeração aqui descrita é apenas exemplificativa, e não taxativa, de forma que podem existir outras situações antijurídicas além daquelas aqui colocadas.

⁴⁰²NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.348-349. O autor aqui citado esclarece que na quarta situação é discutível a sua caracterização como ato ou fato antijurídico.

Nas três primeiras situações temos ações humanas e, por isso, atos antijurídicos; na última teremos fatos antijurídicos. Exemplo da primeira situação é o homicídio, doloso ou culposo. Da segunda, é ainda o homicídio, praticado por demente. Da terceira, é exemplo a morte de terceira pessoa, que seja consequência de uma atuação em legítima defesa. Da quarta, é a ruptura de pneu novo, que causa acidente, com morte do pedestre atropelado.⁴⁰³

Pode-se então afirmar que para que um dano seja indenizado deve estar em contradição com o ordenamento, por decorrer de um ato ou fato⁴⁰⁴ antijurídico.

Como bem expõe Alberto J. Bueres, a presença de um dano injusto confere colorido à antijuridicidade⁴⁰⁵. Ou seja, a verificação da antijuridicidade da situação se faz no instante em que ocorre o dano, sendo que antes disto a contrariedade ao ordenamento é impertinente para a responsabilidade civil. Nas hipóteses de responsabilidade subjetiva a antijuridicidade estaria tanto na conduta que causou o dano, que representaria um ato ilícito, como na injustiça do dano, de forma que a antijuridicidade da conduta comunicaria ao dano uma injustiça efetiva⁴⁰⁶. Já para a responsabilidade objetiva o desvalor da situação decorria apenas da injustiça do dano⁴⁰⁷.

Desta forma, a antijuridicidade não está necessariamente ligada à conduta danosa ou ao resultado (dano). Será contrária ao Direito, neste sentido, toda a situação danosa. A este respeito Roberto Vázquez Ferreyra explica que:

⁴⁰³NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.349.

⁴⁰⁴Podem aqui ser imaginadas situações em que fatos da natureza geram danos que são considerados injustos. Nestas situações haveria um dano injusto em decorrência de um fato antijurídico, e não de um ato. Isto, por exemplo, nas situações em que empresas prestadoras de serviços de eletricidade são chamadas a indenizar prejuízos decorrentes de tempestades que afetam aparelhos eletrônicos (vide seção 3.2).

⁴⁰⁵Pressuposto da responsabilidade civil a ser adiante analisado – seção 3.3.2.

⁴⁰⁶BUERES, **Derecho de daños**, p.545.

⁴⁰⁷FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.138.

Por ello pensamos que en materia de responsabilidad por daños es esse factum integrado por la conducta y el daño. Se trata del factum danoso que merecerá o no la calificación de antijurídico. Tal calificación devendrá en ocasiones porque la conducta es contraria a derecho y, por ende, el resultado también. En otras oportunidades, y pese a que la conducta en sí misma es ajustada a derecho, la situación resultante no lo sea. (...) Pero en definitiva el análisis se concentra en esse factum compuesto y repetimos que muchas veces puede haber una situación antijurídica sin que la conducta previa pueda ser calificada aisladamente de ilícita.⁴⁰⁸

Assim, a antijuridicidade de um dano decorrente de atividade perigosa, por exemplo, não seria um adjetivo da conduta, mas sim de toda a situação danosa. Isto porque o desenvolvimento científico e tecnológico operado e em constante evolução traz inúmeros benefícios à sociedade, ao mesmo tempo que introduz inúmeros riscos, sendo natural que a sociedade assumira esses riscos, pois os proveitos são socialmente valiosos. Autoriza-se a realização dessas atividades, qualificando-as como lícitas. A partir do momento em que danifiquem interesses tutelados pelo ordenamento, a situação será antijurídica. Isto não significa que a atividade passará a ser ilícita. Apenas se afirma que a situação danosa será antijurídica⁴⁰⁹.

Roberto Vázquez Ferreyra afirma que a antijuridicidade⁴¹⁰, como pressuposto autônomo da responsabilidade civil, está em crise⁴¹¹. Isto porque as idéias aqui expostas a respeito desta contrariedade objetiva ao ordenamento podem estar integradas às noções de dano injusto e nexo de imputação⁴¹². De fato, qualquer

⁴⁰⁸FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.139-140.

⁴⁰⁹AGOGLIA, op. cit., p.1.036.

⁴¹⁰Cabe ressaltar que o referido autor não faz diferenciação entre ilicitude e antijuridicidade (FERREYRA, El acto ilícito..., p.1.001). Mas afirma ele que a ilicitude (como sinônimo de antijuridicidade) pode separar-se em objetiva e subjetiva, sendo que a primeira se assemelha à idéia de antijuridicidade como utilizada neste trabalho, e a segunda com a noção de ilicitude *stricto sensu* (FERREYRA, El acto ilícito..., p.997).

⁴¹¹FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.143.

⁴¹²Há autores, entretanto, que afirmam que a antijuridicidade deve ser reconhecida como um pressuposto autônomo da responsabilidade civil, distinguindo-a das idéias de dano injusto e de fator de atribuição. Neste sentido: AGOGLIA, op. cit., p.1.038; BUERES, **Derecho del daños**, p.479.

atividade lícita que desemboque num dano, desde que associada a um fator de atribuição, passa a ser considerada antijurídica⁴¹³, da mesma forma que é antijurídica toda situação danosa decorrente de ato ilícito. Poder-se-ia, então, afirmar que todo dano decorrente de situação antijurídica é injusto, e esta antijuridicidade estaria ligada à ocorrência de algum fator de atribuição, seja objetivo ou subjetivo. A antijuridicidade, portanto, estaria diluída entre o dano injusto e o nexo de imputação.

Percebe-se que a antijuridicidade está sempre diretamente ligada ao dano, a uma conduta ilícita ou a um fator objetivo de atribuição da responsabilidade. Em outras palavras: ou o dano é injusto por ser antijurídico, ou o dano é injusto porque a conduta que o gerou estava em desacordo com o ordenamento.

Neste sentido, Fernando Noronha, apesar de indicar cinco pressupostos à responsabilidade civil, afirma que "dano, nexo de imputação e nexo de causalidade são efetivamente os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil"⁴¹⁴, e que "os principais pressupostos da responsabilidade civil são o dano, o nexo de imputação e o nexo da causalidade"⁴¹⁵.

Contudo, a diferenciação entre antijuridicidade e ilicitude *stricto sensu* possibilita a fácil justificação das hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa ou dolo (decorrentes de situações antijurídicas, mas não de atos ilícitos), motivo pelo qual foi ela aqui tratada como pressuposto autônomo da responsabilidade civil.

3.3.2 Dano Injusto

A partir da mudança de prisma vivenciada pela teoria da responsabilidade civil, que passou a se preocupar mais com a reparação dos prejuízos sofridos do

⁴¹³FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.146.

⁴¹⁴NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 4, v.14, abr./jun. 2003. p.53.

⁴¹⁵NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.479.

que com a punição à conduta ilícita, o dano injusto aqui analisado passou a ocupar lugar central, de forma que os outros gravitam ao seu redor⁴¹⁶.

A idéia de dano injusto, como pressuposto contemporâneo da responsabilidade civil, continua exigindo os atributos de certeza e atualidade que a doutrina tradicional já exigia para a caracterização do dano indenizável⁴¹⁷.

Além disto, para a construção da noção de dano injusto são aglutinados elementos apontados por Fernando Noronha como pressupostos autônomos: dano indenizável e em certa medida a lesão a bem protegido.

O dano indenizável é aquele decorrente de um fato antijurídico que atinja a dignidade da pessoa humana ou o seu patrimônio, no sentido de que "a circunstância de o dano ser proveniente de um ato ou fato antijurídico é que lhe dá a condição de lesão antijurídica (ou injusta)"⁴¹⁸. Assim, "qualquer dano, tanto a coisas como a pessoas, só será objeto de reparação se corresponder a um interesse que seja socialmente tido como sério e útil; não haverá tutela para interesses que não tenham estas características"⁴¹⁹.

Em outras palavras:

Para efeitos de responsabilidade civil, o dano pode ser caracterizado simplesmente como sendo o prejuízo resultante de uma lesão antijurídica de bem alheio. Numa noção mais esclarecedora, será o prejuízo, econômico ou não-econômico, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.⁴²⁰

⁴¹⁶SEGUÍ, op. cit., p.278.

⁴¹⁷Vide seção 3.1.1.

⁴¹⁸NORONHA, Os danos..., p.83.

⁴¹⁹NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.475.

⁴²⁰NORONHA, Os danos..., p.83.

A lesão de bem protegido, como pressuposto da responsabilidade civil apontado por Fernando Noronha e que também integra, em certa medida, a idéia de dano injusto, significa que o prejuízo, para ser reparável, "tem de estar contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada, ou, dito de outro modo, deve constituir lesão a um bem protegido pelo ordenamento"⁴²¹.

Desta forma, para que se percebam quais os danos merecedores de reparação, devem ser verificados os valores e interesses tutelados pela norma jurídica invocada. "Assim, a ação de reparação deve ser reservada às pessoas que a norma violada intenta proteger e deve ter por objeto apenas os danos visados pela mesma."⁴²² Para que surja a responsabilidade civil o interesse jurídico atingido deve estar contido no âmbito de proteção de uma norma jurídica. Apenas aqueles prejuízos contidos na *ratio legis* da norma jurídica invocada merecem reparação.

Dano indenizável e em certa medida a lesão a bem juridicamente protegido podem ser agrupados na noção de dano injusto. Isto porque, para que exista a responsabilidade civil deve estar presente um dano não tolerado pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, Miguel Federico de Lorenzo expõe que *"el daño injusto sería el derivado de la lesion a intereses, en cuanto considerados merecedores de protección según el ordenamento jurídico"*⁴²³.

Um dos problemas mais difíceis do Direito privado contemporâneo consiste na determinação de quais são os "danos injustos"⁴²⁴, pois não se sabe previamente quais são todos os interesses juridicamente protegidos. É a partir da análise dos casos concretos que se conclui pela injustiça ou não de um dano, não existindo um rol prévio de danos indenizáveis. *"Muchas veces, pues, de la concesión del remedio*

⁴²¹NORONHA, **Direito das obrigações**..., p.613.

⁴²²NORONHA, **Direito das obrigações**..., p.615.

⁴²³LORENZO, op. cit., p.67.

⁴²⁴LORENZO, op. cit., p.31.

(resarcitorio) es que puede deducirse la existencia de un interés protegido y no viceversa."⁴²⁵ Ou seja, para a caracterização do dano como injusto não se parte necessariamente da análise da conduta causadora, mas sim da injustiça do dano em si, sendo que não existe no ordenamento um rol de danos considerados reparáveis.

Assim, para a constatação do dano injusto é necessário afastamento da noção voluntarista típica do "mundo da segurança" a respeito de comportamento contra o Direito (ato ilícito). A idéia de dano injusto como pressuposto da responsabilidade civil deve, então, ser construída com "*base en al deber fundamental de alterum non laedere como principio primario apto, por sí próprio, a suministrar protección a todo interés merecedor de tutela y caracterizado como un obrar non jure*"⁴²⁶.

Apesar da caracterização do dano como injusto não estar apegada apenas à verificação dos aspectos subjetivos da conduta do lesionante, não se pode negar que tal exercício depende da ponderação contraposta dos interesses do lesionante e da vítima. A princípio todo dano sofrido será injusto, salvo se a partir de uma valoração comparativa dos interesses em conflito se concluir que o ato lesionante era justificado⁴²⁷. Certo é que esses interesses devem estar contidos no âmbito de proteção das normas jurídicas. Assim, a justificação da conduta lesante que afastar o caráter injusto do dano se entende como "*la específica preponderancia atribuida, mediante una valoración comparativa, a un interés (del lesionante) sobre outro (del lesionado)*"⁴²⁸.

De forma semelhante, Silvio Neves Baptista afirma que "dar-se-á o fato jurídico indenizável (dano) sempre que estiver previsto na norma, ou quando inexistir causa excludente de sua incidência"⁴²⁹.

⁴²⁵LORENZO, op. cit., p.71.

⁴²⁶LORENZO, op. cit., p.76.

⁴²⁷BUERES, **Derecho de daños**, p.498 e 545.

⁴²⁸LORENZO, op. cit., p.79.

⁴²⁹BAPTISTA, op. cit., p.46-47. Certo é que a conjunção "ou" utilizada pelo autor seria perfeitamente substituída por "e", de acordo com as demais lições aqui expostas.

Sintetizando essas idéias, Maria Celina Bodin de Moraes expõe que o "dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida"⁴³⁰.

Em outras palavras de mesmo sentido, Miguel Federico de Lorenzo expõe que:

En síntesis, surge de lo expuesto que para excluir la injusticia de un daño no es suficiente la genérica licitud del comportamiento que lo ocasionó por falta de una específica prohibición del comportamiento lesivo (que de haber existido hubiera importado un daño contra ius), sino que es necesario estimar el desvalor tanto de la acción como del resultado (comparativamente) para determinar si el orden jurídico autoriza el acto aun al costo del nocimiento producido.⁴³¹

Assim sendo, o "dano injusto" decorre de um desvalor do ato causador ou do resultado (do dano) a partir de uma adequada valoração comparativa dos interesses contrapostos contidos no âmbito de proteção das normas jurídicas.

Seriam exemplos de danos não injustos, e que portanto afastariam a possibilidade de responsabilidade civil, o abalo financeiro sofrido por uma empresa em decorrência do exercício de livre e legítima concorrência, o exercício lícito do direito de greve que gera prejuízos ao empresário e as críticas artísticas razoáveis e ponderadas que geram um desvalor às obras literárias.

A noção de dano injusto é também muito útil quando da verificação da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais. Isto porque a indenização desses danos deve ocorrer apenas se "o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana"⁴³². Em outras palavras: percalços normais da vida das pessoas não se configuram como dano injusto, de forma que não ocorre a responsabilidade civil.

⁴³⁰MORAES, op. cit., p.179.

⁴³¹LORENZO, op. cit., p.79-80.

⁴³²MORAES, op. cit., p.157-158.

A verificação do caráter injusto de um dano, portanto, demanda análise das características próprias de cada situação concreta, sendo impossível estabelecer-se um rol prévio de prejuízos indenizáveis. Mais uma vez se percebe, portanto, a impossibilidade de estabelecimento de um sistema-perito prévio de responsabilidade civil. É inafastável a verificação de vicissitudes próprias de cada caso concreto, sendo impossível a tipificação prévia de todas as situações geradoras de indenização.

3.3.3 Nexo de Imputação (ou Fator de Atribuição)

Além do dano injusto, é necessária a presença de um nexo de imputação (também denominado fator de atribuição⁴³³) para que surja o dever de indenizar.

Como expõe Alberto J. Bueres, para que exista o dever de indenizar é necessário que ocorra uma razão de justiça para que uma pessoa seja condenada a tanto, o que "*abre paso a los criterios legales de imputación (o factores de atribución)*"⁴³⁴.

Assim, "diante de um dano injusto ocorrido, o fator de atribuição nos dará a última resposta acerca de quem e por que o deve suportar", de forma a justificar a imposição de dano a determinado agente⁴³⁵.

Este pressuposto se destina, então, a responder à seguinte pergunta: quem deve indenizar o dano e por quê?

Em outras palavras: o nexo de imputação é o fundamento que o ordenamento considera para atribuir a alguém o dever indenizatório.

Neste sentido, Fernando Noronha afirma que o nexo de imputação se refere ao "fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma

⁴³³Alberto J. Bueres, referindo-se aos fatores de atribuições, afirma que "*cabe afirmar que no hay responsabilidad civil sin la presencia de um criterio legal de imputación apropiado*", o que ratifica a identidade de sentidos entre as expressões "fator de atribuição" e "nexo de imputação" (BUERES, **El acto ilícito**, p.12). No mesmo sentido: FONTES, op. cit.; FERREYRA, **Responsabilidad...** Durante este texto serão utilizadas as expressões "nexo de imputação" e "fator de atribuição" como sinônimas.

⁴³⁴BUERES, **El acto ilícito**, p.63.

⁴³⁵FONTES, op. cit., p.6-7.

determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico"⁴³⁶.

Assim sendo, o nexo de imputação abrange também a idéia de lesão a bem juridicamente protegido – pressuposto da responsabilidade civil apontado por Fernando Noronha – no que tange às pessoas que integram o âmbito de proteção da norma jurídica na qualidade de responsáveis pelas reparações de danos.

A respeito do tema Roberto Vázquez Ferreyra expõe que:

*Al hablar del factor de atribución se hace mención al fundamento que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño, haciendo recaer su peso sobre quien en justicia corresponde. Se trata de esa 'razón especial' que determina en definitiva quién debe soportar los efectos del daño.*⁴³⁷

Carlos Alberto Ghersi define "fator de atribuição" como *"lo que em un momento histórico y en una sociedad determinada, el orden jurídico indica como la circunstancia o situación por la cual un sujeto de derecho debe asumir la reparación del daño"*⁴³⁸.

Carlos Y. Tolomei trata do assunto sob a denominação de fundamento ético do dever de indenizar.

É necessário, então, estabelecer a causa da responsabilidade, que deve estar num fundamento ético cuja apuração dar-se-á de forma direta ou indireta. Neste diapasão, tem-se ressaltado que, nas relações interindividuais, a aplicação da responsabilidade subjetiva é mais conveniente, ao passo que a responsabilidade objetiva tem sido aplicada às situações onde o desequilíbrio entre as partes é flagrante (como nas relações de consumo) ou quando a atividade exercida por uma das partes revela-se de elevado potencial lesivo (como a exploração da energia nuclear).⁴³⁹

⁴³⁶NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.472.

⁴³⁷FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.193.

⁴³⁸GHERSI, op. cit., p.87.

⁴³⁹TOLOMEI, op. cit., p.364.

Silvio Neves Baptista trata deste pressuposto da responsabilidade civil da seguinte forma:

Imputabilidade é a atribuição de poder ou dever a alguém para responder por determinado fato jurídico. No campo da responsabilidade civil é a aptidão para ser sujeito do dever de reparação (...), porque a pessoa física ou jurídica pode ser imputada a responder por ato de outrem independentemente da culpa ou da condição física, psíquica ou mental do agente causador. Geralmente o causador do dano é o sujeito imputado a responder pelos prejuízos a que deu causa (...). Porém, às vezes a lei atribui a um terceiro o dever de ressarcir o dano.⁴⁴⁰

Como muito bem diz Rodrigo Xavier Leonardo:

Destaca-se, cada vez mais, a compreensão de que o dever de indenizar é proveniente de uma imputação, que pode ter por fundamento a culpa, o risco, a repartição dos custos das externalidades provenientes do desenvolvimento de uma atividade econômica, ou, ainda, uma outra escolha política que, em maior ou menor medida, pressupõe um sopesar de valores entre os interesses de proteção dos potenciais lesados e os incentivos ou a repressão a determinada conduta ou atividade.⁴⁴¹

Assim, o esquema contemporâneo da responsabilidade civil está embasado em diversos critérios legais de imputação do dever de reparar o dano injusto. São estes critérios que se denominam como nexos de imputação ou fatores de atribuição.

É por meio da análise deste pressuposto da responsabilidade civil que se descobre a quem o ordenamento jurídico imputa o dever de indenizar um dano decorrente de situação antijurídica. É possível que o fator adotado determine atribuição do dever de indenizar a pessoa que praticou qualquer conduta com ligação causal ao dano ocorrido⁴⁴².

⁴⁴⁰BAPTISTA, op. cit., p.67-68.

⁴⁴¹LEONARDO, op. cit., p.265.

⁴⁴²Vide seção 3.3.4.

Em suma, o fator de atribuição é a razão pela qual a lei determina que uma pessoa tem que arcar por determinados prejuízos⁴⁴³.

O rol de fatores de atribuição da responsabilidade civil não é taxativo, mas sim aberto e dinâmico, podendo ser ampliado por meio legislativo, doutrinário ou jurisprudencial⁴⁴⁴.

Matilde M. Zavala de González, em estudo dedicado à responsabilidade civil por danos necessários⁴⁴⁵, afirma que quando a lei estabelece um dever de reparar danos, seu fundamento ou razão de ser (nexo de imputação) infere-se a partir da própria norma que o regula. Contudo, existem inúmeras situações de danos injustos que não são expressamente tratadas pelas leis. Nestas hipóteses, deve-se indagar se há motivo justo e adequado para obrigar o seu ressarcimento, e, se houver este motivo, pesquisar se a imposição da responsabilização é adequada em face do silêncio da lei⁴⁴⁶. Fica claro, portanto, a influência da jurisprudência na construção de fatores de atribuição.

É importante ressaltar que os fatores de atribuição podem prescindir de aspectos volitivos da pessoa imputada (análise de culpa). Com a superação do mundo da segurança a responsabilidade civil passou cada vez mais a não depender de um ato voluntário do agente causador do dano. Em outras palavras: a culpa foi perdendo sua posição de único fundamento da responsabilização.

⁴⁴³GHERSI, op. cit., p.25.

⁴⁴⁴FONTES, op. cit., p.7; FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.196; GHERSI, op. cit., p.88.

⁴⁴⁵Ao contrário do que ocorre com o Código Civil Brasileiro, que pelo artigo 929 trata expressamente a obrigação de indenizar em decorrência de atos praticados em estado de necessidade, a matéria não é regulamentada de forma clara no Código Civil Argentino, não existindo a expressa previsão de responsabilização por danos decorrentes de estado de necessidade causados a terceiros.

⁴⁴⁶GONZÁLES, Matilde M. Zavala de. **Responsabilidad por el daño necesario**. Bueno Aires, Astrea, 1985. p.134.

Enquanto a culpa era a razão admitida para todas as hipóteses de indenização não havia espaço para se falar em fatores de atribuição, pois ela era o único nexos de imputação possível⁴⁴⁷. Contudo, a partir da objetivação da responsabilidade civil passaram a surgir diversos outros fatores de atribuição do dever de reparar o dano⁴⁴⁸.

Hoje há a convivência harmônica de fatores subjetivos e objetivos de atribuição da responsabilidade civil, de forma que há nexos de imputação ligados à análise do caráter ilícito da conduta do causador do dano (dolo e culpa *stricto sensu*) e outros que prescindem da valoração da conduta daquele que é chamado a responder pelos prejuízos⁴⁴⁹.

O nexos de imputação pode estar ligado a atos ilícitos, o que ocorre nas hipóteses de responsabilidade subjetiva. Nestas situações o ordenamento imputa a quem praticou uma conduta culposa ou dolosa o dever de reparar os prejuízos causados à vítima.

Pode também ocorrer de o ordenamento atribuir a alguém o dever reparatório mesmo sem a prática de ilícitos. Fala-se então que há antijuridicidade mas não há a prática de nenhum ato ilícito. O nexos de imputação, nestas hipóteses, está ligado a elementos objetivos⁴⁵⁰.

Assim, é na verificação da ocorrência ou não de um nexos de imputação que se analisa a existência de um ato ilícito, e não quando da verificação da ocorrência da antijuridicidade.

⁴⁴⁷BUERES, **Derecho de daños**, p.13; GHERSI, op. cit., p.18.

⁴⁴⁸Ocorre que a doutrina aqui adjetivada como "tradicional" não visualizava o pressuposto da responsabilidade civil aqui analisado. Na Argentina, foi a partir de 1971, com as "Quintas Jornadas de Derecho Civil", que se iniciaram as discussões a respeito dos "fatores de atribuição da responsabilidade civil" (FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.195).

⁴⁴⁹FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.195.

⁴⁵⁰NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.470/478.

Não apenas os atos ilícitos estão arrolados entre os fatores de atribuição, mas também outros fatores ligados ao risco inerente a uma atividade econômica, a incentivos ou repressões a determinadas condutas etc.

"A culpa é compreendida como um dos fatores de atribuição, ao lado do risco criado, a equidade, a garantia dentre outros"⁴⁵¹, sendo que todos têm a mesma força, não havendo hierarquia entre eles⁴⁵².

O ato ilícito (que envolve condutas culposas e dolosas), então, deixa de ser o exclusivo ou o principal fator de atribuição do dever reparatório, pois ao lado dele existem diversos outros fatores de índole objetiva com igual valor⁴⁵³. Há quem defenda que "*cuantitativamente, la culpa ocupa um espacio menor al de los restantes factores de atribución*"⁴⁵⁴.

Paulo Sérgio Gomes Alonso, apesar de não falar expressamente em nexo de imputação ou fator de atribuição, compartilha das mesmas idéias:

Os fundamentos estruturais da velha culpa não mais atendiam a nova realidade. Outros elementos se impuseram para que ocorresse a reparação. O sistema individualista da culpa evoluiu para um sistema solidarista de reparação do dano. Elementos de caráter social, de equidade, de solidariedade, de prevenção, de assistência e de segurança concorrem para a imposição da nova concepção de responsabilidade, de forma a lhe possibilitar a sua sustentação, formando os seus pressupostos.⁴⁵⁵

Percebe-se, então, que o referido autor, mesmo sem utilizar a expressão "fatores de atribuição", aponta diversos "elementos" que podem ser adotados como

⁴⁵¹FONTES, op. cit., p.6.

⁴⁵²LORENZO, op. cit., p.26; BUERES, **El acto ilícito**, p.12.

⁴⁵³LORENZO, op. cit., p.29-30.

⁴⁵⁴BUERES, **El acto ilícito**, p.12.

⁴⁵⁵ALONSO, op. cit., p.43.

pressupostos da responsabilidade objetiva, mantendo a noção de ato ilícito como exigência prévia da responsabilidade subjetiva⁴⁵⁶.

André Fontes e Roberto Vázquez Ferreyra citam os seguintes fatores de atribuição: culpa *stricto sensu*, dolo, solidariedade, seguridade social, risco criado, equidade, garantia e tutela especial do crédito, igualdade dos ônus públicos, seguro e critérios econômicos⁴⁵⁷. Com exceção da culpa *stricto sensu* e do dolo, que são os fatores subjetivos de atribuição, os demais são fatores objetivos, pois prescindem da análise da ocorrência ou não de um ato volitivo contrário ao Direito que gere dano.

Vale aqui tecer breves comentários sobre os fatores objetivos de atribuição da responsabilidade civil apontados por Roberto Vázquez Ferreyra⁴⁵⁸.

Antes, contudo, cumpre expor que todos os fatores objetivos de atribuição da responsabilidade civil têm como escopo disseminar os riscos e custos dos danos às pessoas envolvidas em atividades arriscadas. Nesta medida todos os nexos de imputação que prescindem de análise de culpa decorrem da noção de solidariedade social. A este respeito, Carlos Young Tolomei expõe que:

Se de um lado a responsabilidade subjetiva traz em si a noção de culpa, a responsabilidade objetiva, de outro lado, não se volta para o agente, mas para a vítima, informada por aspectos distributivos: a divisão, entre toda a sociedade, do prejuízo experimentado por uma determinada pessoa. Divisão na sociedade, sim, pois o risco aparentemente assumido pelo empreendedor é, em última análise, repassado aos destinatários finais, através da reavaliação dos custos do empreendimento.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ALONSO, op. cit., p.22.

⁴⁵⁷FONTES, op. cit., p.70; FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.207/217.

⁴⁵⁸FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.207-218. Importante transcrever a ressalva feita pelo referido autor a respeito do tema: "*cabe advertir que estos dos factores de atribución no han sido contemplados em forma expresa por la jurisprudencia, nu tampoco analizados por la doctrina, pero creemos que inconscientemente funcionan como justificativos de indemnizaciones otorgadas por los tribunales*" (p.214).

⁴⁵⁹TOLOMEI, op. cit., p.361.

Independentemente desta intenção solidarista de toda a responsabilidade civil objetiva, aponta-se a solidariedade social como fator de atribuição da responsabilidade civil. Isto a partir da idéia de que o Direito não pode conceber o homem isolado na sociedade, de maneira que todos devem agir de forma a prestarem ajuda mútua.

Tal dever de solidariedade é apontado como o nexo de imputação para as hipóteses de responsabilização por danos necessários (decorrentes de estado de necessidade), chamando-se a indenizar aquele que se beneficiou do ato danoso necessário. Nestas situações a vítima tem a necessidade de sujeitar-se ao dano, pois o seu causador estava evitando a ocorrência de um mal maior. Assim, o dano sofrido é um mal menor que necessita ser suportado. Ocorre que *"no se halla justificado que el tercero deba suportar por sí solo el daño causado cuando éste se realizó para beneficiar a otro"*⁴⁶⁰. A norma, então, em razão do dever de solidariedade, exige que aquele que se beneficiou evitando o mal maior indenize os prejuízos daquele que não o gerou e acabou sofrendo o mal menor⁴⁶¹.

Outro exemplo apontado de imputação do dever de indenizar em decorrência da solidariedade social é a responsabilidade do Estado por atos lícitos. Em decorrência de atos administrativos lícitos, praticados de acordo com o princípio da legalidade, o Estado pode causar danos aos cidadãos. Estes danos são injustos na medida em que os cidadãos vitimados não devem sofrer os prejuízos que beneficiaram toda a sociedade. Esta, por meio da pessoa jurídica de Direito público respectiva, deve arcar com os custos do ato. Tendo em vista que a solidariedade

⁴⁶⁰FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.153.

⁴⁶¹Silvio Neves Baptista afirma que o fundamento da imputação do dever de indenizar àquele que age em estado de necessidade e causa danos à pessoa diferente daquela que criou o "mal maior" evitado é a equidade. Diz que "o fundamento lógico desse dever de reparar e do poder de pleitear a reparação está na exigência da justiça comutativa, no justo equilíbrio daquele que em defesa do seu interesse lesa o interesse alheio, se bem que de forma permitida – e por isso deve ser indenizado aquele que for compelido a tolerar a violação" (BAPTISTA, op. cit., p.77-78). No mesmo sentido: NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.375-376; GHERSI, op. cit., p.100.

social significa que todos devem prestar colaboração mútua em busca do bem comum, parece claro que o dever desta sociedade, por meio do Estado, de arcar com os danos decorrentes de atos administrativos lícitos decorre do fator objetivo de atribuição da responsabilidade aqui exposto.

Outro nexos de imputação de índole objetiva citado por Roberto Vázquez Ferreyra é a seguridade social, que significa a proteção integral do indivíduo contra as adversidades da vida cotidiana por meio da socialização dos riscos.

Na Nova Zelândia, desde 1973, há um sistema integral de seguridade social. Lá existem três fundos sociais que indenizam as pessoas sem sequer indagar a respeito das circunstâncias em que o dano foi gerado: um destinado a proteger os trabalhadores frente a acidentes e doenças laborais, outro para indenizar vítimas de acidentes de trânsito e um último com caráter residual que visa amparar todos os infortúnios não abrangidos pelos dois primeiros⁴⁶². O primeiro fundo é custeado pelos empregadores e pelos trabalhadores autônomos, o segundo é formado por contribuições de todos os proprietários de veículos de transporte terrestre e o terceiro é financiado unicamente pelo Estado⁴⁶³.

Os deveres de reparação que se baseiam na seguridade social normalmente cabem ao Estado. Assim, no Brasil, pode ser citada a responsabilidade objetiva do INSS pelos acidentes de trabalho. Mas também particulares podem ser os imputados, como por exemplo as empresas de seguro pelos danos decorrentes de acidentes de trânsito (DPVAT, instituído pela Lei n.º 6.197/74)⁴⁶⁴.

Nestas situações não importa a análise de culpa, risco ou qualquer outro fator de atribuição, pois o ordenamento, à luz da seguridade social, considera que a

⁴⁶²FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.209.

⁴⁶³HOFMEISTER, op. cit., p.111-112.

⁴⁶⁴Vide seção 1.3.

pessoa imputada está em melhor situação para reparar o dano e, assim, redistribuir suas conseqüências a toda a sociedade.

O risco criado, como fator objetivo de atribuição da responsabilidade civil, significa que aquela pessoa que se serve de coisas que por sua natureza ou modo de emprego geram riscos potenciais a terceiros, ou desempenham atividades de igual natureza, devem responder pelos danos daí originados, independentemente de ter efetivamente auferido benefícios⁴⁶⁵.

A respeito do tema, Alvino Lima expõe que:

Partindo da necessidade da segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para ele concorrer, os seus defensores [do risco criado] sustentam que 'les faiserus d'actes', nas suas múltiplas atividades, são os criadores de riscos, na busca de proveitos individuais. Se destas atividades colhem os seus autores todos os proventos, ou pelos menos agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados – Ubi emolumentum, ibi onus. Não é justo, nem racional, nem tampouco eqüitativo e humano, que a vítima, que não colher os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia.⁴⁶⁶

A justificativa da adoção de um fator de atribuição com estas características é a imposição de responsabilidade pela criação e/ou controle do risco envolvido nas atividades humanas, bem como a idéia de que quem auferir benefícios com uma determinada atividade deve suportar os ônus a ela inerentes⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵Cabe aqui diferenciar as noções de "risco criado" e "risco proveito", podendo-se dizer que a primeira abrange a segunda. A primeira significa que todo aquele que expuser alguém a risco deve indenizar os danos daí decorrentes, sem indagação de culpa. A segunda adiciona a necessidade de que a pessoa tenha efetivamente se beneficiado com a utilização da coisa ou a prática da atividade de risco (PEREIRA, op. cit., p.268; ALONSO, op. cit., p.63-69; GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.22).

⁴⁶⁶LIMA, **Culpa e risco**, p.124.

⁴⁶⁷BITTAR e BITTAR FILHO, op. cit., p.167.

Fernando Noronha aponta a existência de três espécies de riscos que são adotados pelo ordenamento brasileiro como nexos de imputação da responsabilidade civil: risco de empresa, risco administrativo e risco-perigo.

O risco de empresa significa que "quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo, inclusive os danos causados por empregados e prepostos"⁴⁶⁸. Graciela Gutiérrez afirma que este nexo de imputação decorre do fato de o empresário beneficiar-se do eventual lucro pelos danos gerados, como também porque está numa situação de superioridade jurídica e social frente à vítima da qual se aproveita para obter vantagens⁴⁶⁹. Assim, o risco da empresa poderia ser adotado como justificativa da imputação do dever de indenizar por danos laborais (quando imputados ao empregador) e ao consumidor.

O risco empresarial pode também ser considerado o fator de atribuição inerente à responsabilidade pelo fato do produto prevista no artigo 931 do Código Civil⁴⁷⁰.

Também a responsabilidade civil nas relações de consumo é fortemente influenciada por este nexo de imputação, pois o Direito do consumidor tem como um dos escopos principais fazer o empresário suportar os riscos resultantes de sua atividade, no sentido de "fazer recair sobre quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou a circulação de bens ou

⁴⁶⁸NORONHA, **Direito das obrigações**..., p.486.

⁴⁶⁹GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. Un aspecto de la teoría del riesgo. In: GESUALDI, Dora Maria (Coord.). **Derecho privado**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p.1294.

⁴⁷⁰Artigo 931 do Código Civil de 2002: "*Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação*".

serviços, a obrigação de arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo"⁴⁷¹.

O risco administrativo significa que "a pessoa jurídica pública responsável, na prossecução do bem comum, por uma certa atividade, deve assumir a obrigação de indenizar particulares que porventura venham a ser lesados, para que os danos sofridos por estes sejam redistribuídos pela coletividade beneficiada"⁴⁷². Tal nexos de imputação está presente na responsabilidade objetiva da administração pública prevista no § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal⁴⁷³ e no artigo 43 do Código Civil⁴⁷⁴, principalmente quando se trata de falhas na prestação do serviço público, visto que nas hipóteses de atos lícitos parecem mais adequadas a solidariedade ou a igualdade entre cargas públicas.

O risco-perigo decorre da idéia de que "quem se beneficia com uma atividade lícita e que seja potencialmente perigosa (para outras pessoas ou para o

⁴⁷¹NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.340. Há, contudo, quem defenda que o "risco criado" não pode ser considerado fator de atribuição da responsabilidade civil do fornecedor por "fatos do produto". Neste sentido: "o fundamento da responsabilidade civil objetiva não é propriamente o risco criado pela atividade, mas o defeito do produto, pois não há responsabilidade civil por acidente de consumo quando inexistente defeito no produto ou no serviço. Desta forma, não é qualquer dano causado pelo produto que deverá ser ressarcido, sob pena de o fornecedor tornar-se um segurador do produto, mas sim um dano qualificado, ou seja, um dano diretamente causado por um defeito" (CALIXTO, op. cit., p.122). Carlos Alberto Ghersi afirma que o fundamento para a obrigação de reparar do fabricante em razão de um produto colocado no mercado que causa danos é a "seguridade" (GUERSI, op. cit., p.158).

⁴⁷²NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.486.

⁴⁷³Artigo 37, § 6.º da Constituição Federal: "*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*".

⁴⁷⁴Artigo 43 do Código Civil de 2002: "*As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo*".

meio ambiente) deve arcar com eventuais conseqüências danosas"⁴⁷⁵. Poderia ser adotado como exemplo da responsabilização a partir do risco-perigo aquela decorrente de acidentes de trânsito, principalmente quando não há culpa grave envolvida na situação.

Aponta-se também a equidade como nexó de imputação de índole objetiva. Ela é entendida como a justiça do caso concreto. Este fator de atribuição pode ser utilizado como justificacão para o dever reparatório decorrente do enriquecimento sem causa, pois não é justo que alguém sofra prejuízo em decorrência de um indevido acréscimo patrimonial de outrem.

A equidade pode também ser mencionada como fundamento para a responsabilidade civil do incapaz⁴⁷⁶, pois uma pessoa a quem o Direito não reconhece imputabilidade (no sentido de capacidade de se autodeterminar de acordo com a lei), e que portanto não pratica ato ilícito (pois a imputabilidade é elemento do ilícito), é chamada a indenizar o dano gerado em razão da injustiça que a não reparação causaria à vítima⁴⁷⁷. A idéia fica ainda mais clara quando se lembra que esta responsabilidade do incapaz não existirá se for suficiente para privá-lo dos meios materiais necessários para sua sobrevivência⁴⁷⁸.

Outro fator objetivo de atribuição da responsabilidade civil mencionado por Roberto Vázquez Ferreyra é o dever de garantia, que serve de fundamento para que certas pessoas sejam chamadas a indenizar danos causados por outras. Isto porque não pode ser a culpa o fundamento da responsabilização, mas sim a necessidade de garantir que terceiros não sejam prejudicados por ação danosa praticada por

⁴⁷⁵NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.486.

⁴⁷⁶GESUALDI, op. cit., p.38.

⁴⁷⁷Art. 928 do Código Civil de 2002: "*O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes*".

⁴⁷⁸Parágrafo único do artigo 928 do Código Civil de 2002: "*A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem*".

pessoas que atuam em interesse alheio⁴⁷⁹. É o que justifica, por exemplo, a responsabilidade objetiva das empresas por atos de seus prepostos⁴⁸⁰.

A igualdade entre as cargas públicas é o nexos de imputação mencionado por Roberto Vazquez Ferreyra para também justificar a responsabilidade do Estado por atos lícitos, além da solidariedade social. Isto porque é justo que todos suportem por igual os danos gerados pelo Estado para a todos beneficiar.

Conforme Roberto Vazquez Ferreyra, o seguro pode ser incluído entre os nexos de imputação uma vez que pode servir de fundamentação para decisões em ações judiciais quando se imputa o dever de indenizar a determinada pessoa porque possui contrato de seguro que a ressarcirá. "*Existe una predisposición jurisprudencial que opera de manera automática e irreversible a la imputación de responsabilidad sobre el agente cuyas actividades profesionales, personales, e industriaes, se encuentran amparadas por una póliza de seguro*", apesar de que, segundo afirma o referido autor argentino, dificilmente um tribunal admitirá tal fundamentação para a decisão⁴⁸¹.

Roberto Vazquez Ferreyra afirma que critérios econômicos também podem ser adotados como fatores objetivos de atribuição de responsabilidade, se forem considerados no sentido de impor a obrigação ressarcitória a quem resulte menos gravosa ou que esteja em melhores condições de redistribuir o prejuízo. Isto pode ser invocado como fundamento, por exemplo, para a responsabilidade dos empresários por fatos do produto⁴⁸².

⁴⁷⁹GESUALDI, op. cit., p.34-35.

⁴⁸⁰Artigo 932 do Código Civil de 2002: "*São também responsáveis pela reparação civil: o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (...)*".

⁴⁸¹FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.215.

⁴⁸²Artigo 931 do Código Civil: "*Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independente de culpa pelos danos causados pelo produtos colocados em circulação*".

Nestes dois últimos fatores de atribuição mencionados por Roberto Vázquez Ferreyra nota-se forte influência de critérios "não-jurídicos" para a solução dos casos de indenização. Em ambas as situações, a solução das relações indenizatórias decorreria de uma análise a respeito de quem melhor suportaria os custos das externalidades de atividades econômicas. Ricardo L. Lorenzetti denomina de princípios ocultos os fundamentos não expressos nas decisões dos intérpretes do Direito⁴⁸³. Entretanto, defende o mencionado autor a explicitação de tais razões dos julgadores:

Estes princípios ocultos devem tornar-se explícitos. Pouco a pouco os juízes o fazem, usando argumentos de política social ou legislativa, ou econômicos, ou definitivamente consequencialistas em suas decisões. Isto deve pôr-se de manifesto a fim de se proceder à sua crítica, sua verificação de legitimidade e congruência.⁴⁸⁴

Desta forma, mesmo que não exista no ordenamento jurídico nenhuma regra determinando que a pessoa que possui contrato de seguro deve sempre receber a imputação do dever de indenizar, ou que aquele que tem melhores condições econômicas deve suportar os danos gerados apenas por este motivo, vale mencionar esses fatores de atribuição da responsabilidade civil para que as decisões assim proferidas possam ser analisadas de acordo com os pressupostos aqui apontados. Até mesmo porque, como já exposto em diversas passagens, o rol de nexos de imputação é aberto e construído não somente a partir dos textos legais, mas também pela jurisprudência. Assim, se a partir de uma postura tópica os tribunais reconhecem o seguro e os critérios econômicos como fundamentos lícitos para a responsabilização, passam estes a integrar o ordenamento jurídico, ao lado de todos os outros expressamente previstos em lei.

Além dos fatores de atribuição referidos por Roberto Vázquez Ferreyra, já expostos, vale também tratar de dois outros nexos de imputação mencionados por

⁴⁸³LORENZETTI, op. cit., p.320.

⁴⁸⁴LORENZETTI, op. cit., p.321.

Carlos Alberto Gherzi: o abuso de direito e a violação de deveres decorrentes da boa-fé objetiva.

O exercício abusivo de direitos seria um nexo de imputação de índole objetiva na medida em que se encara o abuso de direito como independente de uma intenção de prejudicar alguém⁴⁸⁵. Assim, o ato abusivo não se enquadraria na noção de ato ilícito, deixando de estar abrangido pelo fator de atribuição culpa ou dolo. Neste sentido, a obrigação de reparar surgiria do abuso de direito em si mesmo, com independência de qualquer ilicitude⁴⁸⁶.

Já a violação a deveres impostos pela boa-fé objetiva apareceria também como fator objetivo de atribuição da responsabilidade civil. A boa-fé objetiva é entendida como um princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as pessoas que se relacionam, pretendendo, então, tutelar a confiança mútua⁴⁸⁷, sendo prevista de forma expressa nos artigos 113⁴⁸⁸, 187⁴⁸⁹ e 422⁴⁹⁰ do Código Civil brasileiro de 2002.

⁴⁸⁵Vale aqui lembrar que para o Direito brasileiro esta discussão é afetada pelo artigo 187 do Código Civil de 2002, que expressamente enquadra o abuso de direito na idéia de ato ilícito. Apesar disto, há quem defenda que o ato abusivo não se confunde com o ato ilícito. "O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. (...) Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade" (CARPENA, op. cit., p.381).

⁴⁸⁶GHERSI, op. cit., p.193-201.

⁴⁸⁷MARTINS-COSTA, op. cit., p.411; SCHREIBER, **A proibição...**, p.79.

⁴⁸⁸Art. 113 do Código Civil de 2002: "*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*".

⁴⁸⁹Artigo 187 do Código Civil de 2002: "*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*".

⁴⁹⁰Artigo 422 do Código Civil de 2002: "*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*".

A quebra da confiança despertada na vítima determina o dever de reparar o dano causado mesmo que a conduta seja formalmente ajustada à lei, ou seja, lícita. Neste sentido, Carlos Ghersi:

En efecto, frente al quebramiento de la buena fe se impone el deber de reparar el daño causado por esa sola circunstancia, sin que deba requerirse la presencia de otro factor de atribución, ya que la sola violación del precepto constituye fundamento suficiente para el nacimiento de la obligación resarcitoria, sin perjuicio de que medien el caso otros factores subjetivos (culpa e dolo).⁴⁹¹

Anderson Schreiber visualiza, então, na boa-fé objetiva o fundamento para considerar proibido o comportamento contraditório, na medida em que pode violar expectativas despertadas em outrem e causar-lhe danos⁴⁹². Em outras palavras, o comportamento contraditório pode gerar, por si só, responsabilidade civil:

*É certo que o dano eventualmente causado por um *venire contra factum proprium* deve ser ressarcido. (...) Nada obstante, parece que o *venire contra factum proprium* desempenha um relevante papel dogmático, qual seja, o de ser a causa de 'injustiça' (rectius: antijuridicidade) do comportamento danoso. De fato, sendo o comportamento contraditório violador da confiança tomado como um comportamento abusivo, a vítima está, exatamente por esta razão, habilitada a obter a indenização. Vale dizer: não terá o prejudicado por um comportamento contraditório o ônus de provar culpa ou dolo de outrem, o que seria exigido na hipótese de ato ilícito em sentido estrito.⁴⁹³*

Fica claro, por tal passagem da obra de Anderson Schreiber, que o comportamento contraditório, ou melhor, a violação aos deveres de lealdade e cooperação decorrentes da confiança criada na vítima (boa-fé objetiva) pode ser encarada como um fator objetivo de atribuição da responsabilidade civil. Uma vez constatado o comportamento contraditório gerador de dano, este é considerado injusto e a vítima terá direito a indenização.

⁴⁹¹GHERSI, op. cit., p.205.

⁴⁹²SCHREIBER, **A proibição...**, p.90.

⁴⁹³SCHREIBER, **A proibição...**, p.158-159.

Ocorre que de acordo com o artigo 187 do Código Civil brasileiro de 2002, a violação à boa-fé objetiva pode ser enquadrada na noção de abuso de direito⁴⁹⁴, pois "é possível falar em abuso de direito por violação à boa-fé, sem que aí se esgotem todas as espécies de abuso, ou todas as funções da boa-fé"⁴⁹⁵.

Assim, para aqueles que entendem que o abuso de direito configura um ato ilícito *stricto sensu* (corrente subjetivista), visto que seria necessária a culpabilidade ou propósito de prejudicar, o fundamento da norma derivada do artigo 187 do Código Civil de 2002 corresponderia a um fator subjetivo de atribuição da responsabilidade civil, englobado na idéia de culpa ou dolo. Por este modo de pensar, o comportamento contraditório (ou violação aos deveres da boa-fé objetiva) ganharia mais relevo como fator objetivo de atribuição da responsabilidade civil, pois distanciar-se-ia do abuso de direito encarado como ato ilícito.

Já para aqueles que entendem que o abuso de direito configura uma situação antijurídica (corrente objetivista), independente da vontade do agente, o comportamento contraditório pode ser englobado pela idéia de abuso de direito como fator objetivo de atribuição da responsabilidade civil⁴⁹⁶.

Vale mais uma vez ressaltar que tal rol não é exaustivo, podendo outros nexos de imputação serem percebidos a partir da interpretação do ordenamento, ou serem criados por lei.

A partir da admissão deste pressuposto da responsabilidade civil, fica claro mais uma vez o afastamento da noção de sistema-perito⁴⁹⁷ para a teoria jurídica da reparação de danos. Isto porque a responsabilidade civil estruturada da forma aqui

⁴⁹⁴Artigo 187 do Código Civil de 2002: "*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*".

⁴⁹⁵SCHREIBER, **A proibição...**, p.114.

⁴⁹⁶A respeito da discussão aqui exposta: BUERES, **Derecho del daños**, p.134; CARPENA, op. cit., p.381-384; NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.369-372.

⁴⁹⁷Vide seção 1.2.1.

apresentada estará aberta à construção de novos nexos de imputação melhor adequados a cada situação concreta. Ademais, para cada ocasião danosa será possível o embate entre diversos fatores de atribuição, sendo um deles escolhido para eleger a pessoa responsabilizada pelos prejuízos.

Certo é, entretanto, que os fatores de atribuição topicamente utilizados para a solução dos casos concretos nunca poderão representar valores não recepcionados pelo ordenamento jurídico⁴⁹⁸.

3.3.4 Nexos de Causalidade

A teoria tradicional exigia o nexos causal entre uma conduta daquele chamado a indenizar e o dano sofrido pela vítima.

Anderson Schreiber aponta como uma das tendências da teoria da responsabilidade civil a flexibilidade dos tribunais na exigência de prova desta causalidade entre conduta do responsabilizado e o dano⁴⁹⁹.

De fato, "existem hipóteses, embora de natureza excepcional, em que uma pessoa é obrigada a reparar danos que em rigor não foram causados por ela, nem por ninguém dela dependente"⁵⁰⁰. Nestas situações não há nexos causal entre a conduta do responsabilizado e o dano, por exemplo quando os fatos excludentes de causalidade (caso fortuito, força maior, fato de terceiro, fato da vítima) não são suficientes para afastar a responsabilidade⁵⁰¹.

O nexos de causalidade, com sua nova roupagem, "é o elo que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado"⁵⁰².

⁴⁹⁸Vide seção 2.3.

⁴⁹⁹SCHREIBER, Novas tendências..., p.56.

⁵⁰⁰NORONHA, **Direito das obrigações**..., p.476.

⁵⁰¹NORONHA, **Direito das obrigações**..., p.488.

⁵⁰²NORONHA, **Direito das obrigações**..., p.476.

Ou seja, na visão contemporânea o nexo de causalidade presta-se apenas para delimitar o objeto da indenização devida pela pessoa responsabilizada.

Certo é que, mesmo sem a necessidade de nexo de causalidade entre conduta e dano, é imprescindível que este tenha alguma conexão com a atividade do seu responsável, de forma que "não são todos os danos ocorridos que serão indenizáveis, serão apenas aqueles que possam ser considerados riscos inerentes, característicos ou típicos da atividade em questão"⁵⁰³. Assim, aqueles casos fortuitos e de força maior que puderem ser considerados riscos inerentes à atividade desenvolvida não afastarão a responsabilidade civil.

Podem ser citados como exemplos de hipóteses de responsabilidade civil independentes do nexo de causalidade entre o dano e qualquer conduta do responsável, o dever de indenizar passageiros que viajam sob a abrangência de um contrato de transporte oneroso e que sofrem danos em decorrência de fato de terceiro⁵⁰⁴, a responsabilidade do estabelecimento prisional pela incolumidade do preso em caso de suicídio ou assassinato por outro detento⁵⁰⁵, o dever de o estabelecimento bancário garantir a incolumidade do cliente, ainda que não correntista, e assim reparar os danos decorrentes de assaltos em seu interior⁵⁰⁶, entre outros⁵⁰⁷.

Como explicar a responsabilização de alguém que não praticou nenhuma conduta ligada ao dano a ser indenizado? A resposta a esta questão leva à inarredável

⁵⁰³NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.638.

⁵⁰⁴Prevista no artigo 735 do Código Civil brasileiro de 2002.

⁵⁰⁵STOCO, op. cit., p.619-620.

⁵⁰⁶STOCO, op. cit., p.336.

⁵⁰⁷Certo é que não há unanimidade no enquadramento destas situações citadas como exemplo na responsabilidade civil agravada. Até porque as hipóteses de responsabilidade civil independente de nexo causal entre a conduta do imputado e o dano são decorrentes essencialmente de construção jurisprudencial (NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.488).

conclusão de que a necessidade de estabelecimento de umnexo causal entre o dano e a conduta geradora não é mais adequada para a teoria da responsabilidade civil⁵⁰⁸.

Neste sentido, Fernando A. Sagarna expõe que, tendo em vista que o legislador quis que a responsabilidade civil por certos eventos seja imputada a sujeitos que praticaram condutas que não são causa do dano indenizado, a relação de causalidade pode ser prescindível. Isto porque apesar de não ser qualquer ato do responsabilizado causa adequada, imediata ou necessária do dano, haverá a responsabilidade civil. Afirma ainda que, nestas situações, a única causa adequada poderia ser um ato da própria vítima, de terceiro por quem não se deve responder ou o caso fortuito⁵⁰⁹.

Fernando A. Sagarna chega então à conclusão de que o nexode causalidade pode ser dispensável em algumas hipóteses de responsabilidade civil se for tal elemento visualizado com a roupagem tradicional (como a ligação entre um ato do responsabilizado e o resultado danoso provocado)⁵¹⁰.

Ocorre que contemporaneamente atribui-se ao nexode causalidade características e funções diferentes de outrora, de forma que tal elemento continua sendo um dos pressupostos da responsabilidade civil.

Primeiramente há que se ressaltar que o nexode causalidade não mais se presta para apontar o responsável pela indenização, uma vez que, como já dito, em algumas hipóteses o devedor da reparação não pratica nenhuma conduta adequada, necessária ou imediatamente ligada ao dano.

⁵⁰⁸SEGUÍ, op. cit., p.308. Neste sentido Roberto Vázquez Ferreyra afirma que a ação humana também não pode ser indicada como pressuposto autônomo da responsabilidade civil, apesar de tal elemento ter enorme importância. Isto porque em muitos casos a responsabilização não está ligada à prática de conduta danosa (FERREYRA, **El acto ilícito**, p.999-1000).

⁵⁰⁹SAGARNA, Fernando A. La relación de causalidad: es prescindible como presupuesto de la responsabilidad civil? In: GESUALDI, Dora Maria (Coord.). **Derecho privado**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p.1.273.

⁵¹⁰SAGARNA, op. cit., p.1248.

A determinação da pessoa chamada a indenizar é tarefa do nexo de imputação, e não mais do nexo de causalidade⁵¹¹. "Por razões de solvibilidade e de distribuição dos custos, a responsabilidade civil amplia o catálogo de legitimados passivos. Muitos deles não têm nenhuma relação 'real' com o fato danoso, já que se lhes imputa em virtude de uma legitimação extraordinária disposta pelo legislador."⁵¹²

O nexo de causalidade exigido não se dá entre a conduta do responsável e o dano. O pressuposto da responsabilidade civil é, então, a causalidade entre o dano injusto e o nexo de imputação, sendo certo, entretanto, que este pressuposto continua importante para a verificação dos atos ou atividades ligados ao dano⁵¹³. Assim, serão indenizados apenas os danos ligados ao fundamento previsto na norma que fixa o dever de reparação de dano.

Isto explica por que se exige o nexo causal mesmo para as situações de responsabilização objetiva sem que exista nenhuma conduta danosa praticada por aquele que foi chamado a indenizar.

Neste sentido, Roberto Vázquez Ferreyra afirma:

*Pero se debe tener en cuenta que existen casos en que la relación causal no se fija entre el daño y el hecho del hombre. Así, por ejemplo, sucede en la responsabilidad objetiva en los casos en que el daño proviene del riesgo o vicio de la cosa. Acá precisamene la ligazón de causa a efecto debe establecerse entre el perjuicio y el riesgo o vicio de la cosa.*⁵¹⁴

Para os fatores subjetivos de atribuição de responsabilidade civil a afirmação acima colocada não traz nenhuma novidade, pois será exigida a causalidade entre uma conduta ilícita e o dano, assim como sempre defendeu a teoria tradicional da

⁵¹¹Vide seção 3.3.3.

⁵¹²LORENZETTI, op. cit., p.229.

⁵¹³GESUALDI, op. cit., p.71-72.

⁵¹⁴FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.225.

responsabilidade civil. Mas isto porque a culpa *stricto sensu* ou o dolo (ato ilícito) são aqui considerados nexos de imputação.

Já para as diversas situações de responsabilidade objetiva, principalmente as decorrentes dos fatores de atribuição garantia, seguridade social e risco criado, não há como se negar a exigência de que o nexo causal se dê entre o dano injusto e o nexo de imputação. Isto porque nestas hipóteses podem ocorrer responsabilizações de pessoas que não praticaram nenhuma conduta danosa.

Assim, por exemplo, para a responsabilização das empresas de seguro por danos decorrentes de acidentes de trânsito até um determinado valor (DPVAT) exige-se que exista um nexo causal entre o prejuízo e o fator objetivo de atribuição aplicável ao caso, qual seja, a seguridade social.

Quando o pai é chamado a indenizar danos causados pelo seu filho, o nexo causal se dá entre o dano e o dever de garantia que recai sobre o imputado.

Quando o Estado recebe o dever de reparar danos causados à família de preso que foi assassinado por outro detento no interior de presídio, o nexo causal exigido é entre o dano e o fator objetivo de atribuição da responsabilidade civil que aqui seria o risco administrativo.

Em todos estes exemplos fica clara a impossibilidade de exigência de ligação causal entre uma conduta da pessoa a quem se imputa o dever de indenizar e o dano.

Outrossim, o nexo de causalidade passa a ter a função primordial de delimitar a extensão da indenização⁵¹⁵, e não mais de indicar a pessoa a ser responsabilizada, uma vez que só devem receber reparação os danos ligados a determinado fato antijurídico. Se não houver nexo de causalidade em relação ao dano, este não receberá indenização⁵¹⁶. Assim, o pressuposto aqui comentado dá a

⁵¹⁵SAGARNA, op. cit., p.1250.

⁵¹⁶FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.219.

extensão do ressarcimento, sendo que se não houver causalidade alguma não haverá responsabilização, por não existir dano indenizável.

Neste aspecto o nexo causal é ainda influenciado pela idéia de dano injusto. Isto porque a extensão do valor da indenização depende, além do nexo causal, da verificação do escopo da norma jurídica que tutela o interesse violado, de maneira que apenas os danos que a norma pretende tutelar serão indenizados. Ou seja, para que se delimitem os danos indenizáveis deve ser verificada qual parcela dos prejuízos tem relação causal com o nexo de imputação em questão, bem como a parte dos danos reclamados que seja considerada injusta⁵¹⁷.

3.4 OS PRESSUPOSTOS CONTEMPORÂNEOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A POSTURA TÓPICO-INDUTIVA

Os aqui denominados pressupostos contemporâneos da responsabilidade civil (antijuridicidade, dano injusto, nexo de imputação e nexo de causalidade) representam diferença significativa em relação àqueles denominados de tradicionais (conduta culposa ou prevista em lei como de responsabilidade objetiva, dano e nexo causal).

Os chamados pressupostos tradicionais da responsabilidade civil foram todos construídos com atenção à conduta da pessoa responsabilizada.

Assim, para a teoria tradicional existia um rol de condutas que poderiam gerar o dever de indenizar: atos dolosos, culposos ou previstos em lei como de responsabilização independente de ato ilícito.

⁵¹⁷Neste sentido Fernando Noronha expõe que "se a causalidade adequada parece a teoria que melhor atende aos interesses e valores em jogo na matéria, não se pense, porém, que ela seja panacéia capaz de conduzir à solução justa de todos os casos. Nenhuma solução jurídica pode fundamentar-se apenas em relações causais cegas, antes deve partir de juízos de valor, daqueles juízos que estejam subjacentes às normas. A determinação de um nexo causal apenas nos permite dizer quais são os danos que é possível considerar como sendo conseqüência adequada do fato acontecido; saber, todavia, se todos esses danos serão ressarcíveis, depende de outras considerações, estritamente jurídicas" (NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.608).

Não fosse pela abertura proporcionada pelas noções de negligência, imprudência e imperícia (*culpa stricto sensu*), poder-se-ia defender a existência de um sistema fechado semelhante à noção de tipo legal da responsabilidade criminal.

Já os pressupostos contemporâneos partem de uma mudança de perspectiva no Direito dos danos, que passa a se preocupar com a plena reparação do dano injusto, e não mais com a sanção à conduta contrária ao Direito.

Com o giro copernicano vivido pela responsabilidade civil, que passou a se preocupar muito mais com a reparação do dano injusto do que com a punição à conduta reprovável, sentiu-se a necessidade de pressupostos de responsabilização mais abertos e flexíveis.

Esta flexibilização e abertura estão contidas na superação do caldo cultural da modernidade em que foi construída a teoria tradicional da responsabilidade civil e no conseqüente desmoronamento do mundo da segurança.

Os denominados pressupostos contemporâneos se distanciam também da idéia de sistema-perito⁵¹⁸, pois não mais pretendem o desencaixe entre o regramento da responsabilidade civil e as características próprias de cada situação analisada. Reconhece-se que cada caso concreto tem suas vicissitudes próprias que devem influenciar decisivamente na eleição do nexo de imputação do dever de indenizar.

Os pressupostos contemporâneos do Direito de danos, portanto, são adequados à conjugação entre as posturas sistemático-dedutiva e tópico-indutiva atualmente exigida do aplicador do Direito.

No que tange aos fatores de atribuição, cumpre ressaltar que estes formam um rol aberto de critérios legais de imputação que justificam a responsabilização, podendo ser ampliados pela doutrina, jurisprudência ou lei⁵¹⁹.

⁵¹⁸Vide seção 1.2.1.

⁵¹⁹FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.207.

Esta ampliação no rol de nexos de imputação realizada pela doutrina e jurisprudência decorre justamente de uma atividade tópica pela qual, a partir de situações caracterizadoras de danos injustos que não se enquadram perfeitamente nas diversas hipóteses legais de responsabilização⁵²⁰, juristas passam a debater argumentos de grande força persuasiva no sentido de atribuir ou não o dever de indenizar a determinada pessoa. A partir do reconhecimento de um desses pontos de vista diretivos como válido e adequado aos valores constitucionais para a imputação da responsabilização, passa ele a ser encarado, então, como mais um fator de atribuição do dever de reparar prejuízos.

Um exemplo da decisiva influência da postura tópico-indutiva na teoria da responsabilidade civil é o reconhecimento de que a alta lucratividade de uma determinada atividade possa ser encarada como fator objetivo de responsabilidade civil para as instituições bancárias⁵²¹.

Não apenas na criação ou reconhecimento de novos fatores de atribuição da responsabilidade civil se percebe a decisiva influência da tópica, mas também na definição do fator de atribuição dentre os diversos existentes no ordenamento que será utilizado para dar a mais justa solução a cada caso concreto.

Isto porque não mais se fala em um princípio geral da responsabilidade civil (que em momentos passados foi centralizado na idéia de culpa), pois cada fator de atribuição (objetivo ou subjetivo) tem seu próprio campo de atuação e aplicação,

⁵²⁰De acordo com as idéias expostas neste trabalho esta sentença poderia ser substituída por "(...) nos diversos fatores objetivos ou subjetivos de atribuição da responsabilidade civil previstos em lei (...)".

⁵²¹Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves, ao analisar, por exemplo, a responsabilidade do banco pelos danos decorrentes do pagamento de cheque falso, afirma que ela pode ser objetiva, pois o banco, "ao exercer a sua atividade com fins de lucro, assume o risco dos danos que vier a causar. A responsabilidade deve recair sobre aquele que auferir os cômodos (lucros) da atividade (...). A teoria do risco profissional tem em seu favor o fato de o estabelecimento de crédito ser uma entidade de fins altamente lucrativos, com melhores condições de arcar com o prejuízo" (GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.339).

dentro do qual opera plenamente. Todos os fatores estão num mesmo plano de igualdade⁵²².

Na Argentina, por exemplo, discute-se qual entre diversos fatores de atribuição pode ser utilizado para a imputação às indústrias do dever de indenizar os danos gerados por tal atividade. Neste sentido, as XV Jornadas Nacionais de Direito Civil realizadas na Universidade de Mar del Plata em 1995 concluíram que "*em los supuestos de daño derivados de la actividade industrial de la responsabilidad se puede fundar em el riesgo criado, culpa, dolo u outros factores subjetivos u objetivos de atribución*"⁵²³.

No exemplo analisado em tópico anterior – em que se imputou à associação que mantinha cursos de judô a responsabilidade pela indenização a danos sofridos por aluno que se machucara gravemente durante treinamento⁵²⁴ –, discutia-se topicamente se para o caso aplicar-se-ia o fator de atribuição risco-criado, na modalidade de risco empresarial, ou se o nexo de imputação no caso seria subjetivo, na modalidade de culpa.

Também quando se discutem os danos gerados por lícita atividade policial imputados ao Estado, encontram-se em embate diversos fatores de atribuição: risco criado, na modalidade de risco administrativo, solidariedade e distribuição de encargos. A escolha a respeito de qual deles poderá ser utilizado para a decisão quanto à responsabilização ou não do Estado pelos danos necessita de uma análise tópica-indutiva.

Outro caso hipotético a respeito de responsabilidade estatal demonstra o necessário embate entre diversos fatores de atribuição válidos para sua solução: é defensável a idéia de que não existe o dever de o Estado reparar danos decorrentes

⁵²²FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.199.

⁵²³GESUALDI, op. cit., p.133.

⁵²⁴Seção 3.2 deste trabalho.

de furto de veículo estacionado em via pública, pois no caso se adota o nexo de imputação subjetivo, na modalidade culpa⁵²⁵; já quando se fala em responsabilidade do Estado pelos danos gerados à família de preso que é assassinado dentro de presídio por outro detento é factível a utilização de um fator objetivo de atribuição para se imputar o dever de reparação à pessoa jurídica de Direito público⁵²⁶. Ocorre que em ambas as situações está em discussão a falta de segurança, que deveria ser providenciada pelo Poder Público. O fato de na primeira situação se adotar um fator subjetivo e, na segunda, um fator objetivo demonstra mais uma vez que a atividade do aplicador do Direito quando trata da responsabilidade civil é eminentemente tópico-indutiva.

Quando se analisam danos gerados por acidentes de trânsito (não envolvidos em contratos onerosos de transporte) pode-se visualizar em contraposição os seguintes fatores de atribuição da responsabilidade civil: culpa e risco-criado. A jurisprudência brasileira majoritária entende que a melhor postura seria a utilização do nexo de imputação subjetivo, exigindo-se a culpa ou dolo para que surja o dever indenizatório em razão de danos decorrentes de acidente de trânsito⁵²⁷. Já a doutrina argentina entende que o fator objetivo é aqui plenamente aplicável, conforme conclusões das Segundas Jornadas Sanjuaninas de Direito Civil, realizadas em San Juan em 1984⁵²⁸.

Fica claro o embate entre diversas opiniões válidas que parecem adequadas ao caso concreto e que implicam decisões diferentes à lide posta, o que seria inimaginável se plenamente vigentes os pilares da modernidade e o mundo da

⁵²⁵STOCO, op. cit., p.580-581.

⁵²⁶GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.183.

⁵²⁷GONÇALVES, **Responsabilidade civil**, p.761.

⁵²⁸GESUALDI, op. cit., p.120-121.

segurança, pois se presumia certo e indubitável qual o regramento jurídico aplicável a cada caso concreto.

Também a análise do nexu causal é tópica, pois *"son en realidad los tribunales los que han de resolver las cuestiones derivadas del nexu causal, guiándose más que em teorías abstractas, por el criterio que em cada caso concreto pueda conducir a la solución justa"*⁵²⁹. Ou seja, as teorias da causalidade adequada, necessária ou imediata não passam de topoi de discussão a respeito do tema, sendo que será em cada caso concreto que os tribunais decidirão pelo reconhecimento ou não de causalidade entre os danos colocados à discussão e os fatores de atribuição eleitos para a solução dos problemas apresentados. Principalmente quando se fala em causalidade adequada demonstra-se a influência da tópica, pois se parte da observação daquilo que comumente acontece na vida para que então seja verificada a ocorrência ou não de relação de causalidade. Não há dúvidas de que a análise daquilo que normalmente acontece demanda uma postura indutiva.

Quando se fala em caracterização de um determinado prejuízo como injusto se pressupõe a argumentação a partir de diversos pontos de vista diretivos a respeito dos interesses do lesionante e da vítima, para que, após ponderação entre esses interesses, verifique-se se a lesão ocorrida merece ou não proteção de acordo com os valores defendidos pelo ordenamento jurídico. Quando se discute, por exemplo, se determinado dano extrapatrimonial extrapolou ou não os percalços naturais da vida cotidiana se utiliza mais uma vez a postura tópico-indutiva.

Fica clara, portanto, a inafastabilidade da postura tópico-indutiva na atividade do aplicador do Direito quando trata de responsabilidade civil, principalmente com o reconhecimento da superação dos pressupostos tradicionais antes mencionados.

⁵²⁹FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.219.

As decisões judiciais referidas na seção 3.2. deste trabalho demonstram a presença da postura tópico-indutiva na aplicação da teoria da responsabilidade civil aos casos concretos. Se aqueles julgados tivessem reconhecido abertamente esta situação e utilizado os aqui denominados pressupostos "contemporâneos" da responsabilidade civil talvez as soluções adotadas teriam sido melhor justificadas.

Assim, quando do julgamento da indenização pretendida pela família do pedestre atropelado por carro-forte desgovernado após ataque imprevisível de delinqüentes, poderiam os julgadores abertamente ter afirmado a desnecessidade denexo de causalidade dos prejuízos com qualquer conduta da empresa que sofreu a imputação do dever de reparar os danos. Após o reconhecimento da situação como antijurídica e dos danos como injustos, caberia a discussão a respeito de um fator de atribuição da responsabilidade adequado ao caso. Poderia ser a culpa, na hipótese de as provas demonstrarem que a empresa de transporte de valores fora negligente, o risco criado por tal atividade, ou até mesmo os "critérios econômicos" referidos por Roberto Vázquez Ferreyra⁵³⁰.

O mesmo pode ser dito em relação ao julgamento da ação de reparação de danos movida em razão do falecimento de um jovem que sofreu forte descarga elétrica por encostar em fios de luz desprendidos do poste pelo seu próprio pai. Após a definição da situação como antijurídica e do dano como injusto partir-se-ia à eleição de algum fator de atribuição para a imputação do dever de indenizar a alguém. No caso descrito poderia ser escolhido, por exemplo, a culpa ou o risco criado, na modalidade de risco empresarial ou risco administrativo. Após a eleição de um nexo de imputação adequado, seriam verificados quais os danos indenizáveis a partir da causalidade entre o fundamento para a responsabilização e os prejuízos reclamados.

Quando do estudo dos danos sofridos pelo aluno de judô durante seus treinos, o julgamento centrou-se, na realidade, na discussão tópica a respeito da caracterização do dano como injusto ou justo. Entretanto, os julgadores mais falaram

⁵³⁰Vide seção 3.3.3.

sobre nexos de causalidade. Apesar de o acórdão não ter sido expresso neste sentido, o que ocorreu foi que após a definição dos prejuízos como não desejados pelo ordenamento (o que também caracterizou a situação como antijurídica), passou-se ao embate entre os diversos nexos de imputação adequados ao caso. Colocaram-se em choque defensores do "ato ilícito" (fator subjetivo) e do risco criado. Foi eleito, então, por maioria, o nexo de imputação objetivo. Uma vez que este fator de atribuição mostrou-se adequado à situação e indicou à associação prestadora das aulas de judô o dever de indenizar, passou-se ao estudo da causalidade para extensão dos danos a serem indenizados.

Quando do julgamento da indenização pleiteada pelo garoto que desrespeitou proibição para utilização de piscina durante a noite e, embriagado, acabou se acidentando ao nela se jogar, parece claro que houve o reconhecimento do dano como injusto, apesar de que não de forma unânime. A partir disto, elegeu-se um fator de atribuição para a responsabilização, que no caso em tela parece ter ocorrido em favor de critérios econômicos. Desta maneira, imputou-se ao hotel em que se localizava a piscina e à agência de viagens que havia recomendado a utilização de tal estabelecimento o dever de reparar os prejuízos. Por fim, a partir da análise da causalidade, delimitaram-se os danos indenizáveis.

Já no julgamento proferido pelo Juizado Especial de Curitiba-PR a respeito do dever da empresa de energia indenizar danos sofridos pelos seus consumidores em razão de raios e tempestades, parece claro que não há nenhuma causalidade entre os danos e qualquer conduta da empresa. Assim, o que ocorreu foi a definição do dano como injusto, a eleição de um fator objetivo de atribuição da responsabilidade civil, que no caso podem ser critérios econômicos, risco criado, ou seguridade social, e então se verificaram os prejuízos a ele ligados.

Certo é, contudo, que todas as decisões mencionadas na seção 3.2, e aqui lembradas, justificaram as condenações nos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil. Assim procedendo, as fundamentações das decisões expressas pelas cortes julgadoras podem não parecer justas ou adequadas aos casos analisados.

É por este motivo que se defende neste trabalho o necessário reconhecimento pelo aplicador do Direito da superação dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil pelos contemporâneos, o que significa também o reconhecimento da necessária conjugação da postura tópico-indutiva à lógico-dedutiva no julgamento das ações indenizatórias.

4 A CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

A superação dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil e a decisiva influência da tópica ficaram ainda mais claras para o Direito de danos brasileiro a partir da vigência do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

A nova lei inicia o tratamento legal da responsabilidade civil estabelecendo que:

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 determina que a responsabilidade civil surge a partir de um ato ilícito ou de outro fator de atribuição da responsabilidade, o que fica claro a partir da expressão "casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"⁵³¹.

A doutrina aponta, na segunda parte deste dispositivo legal, a positivação de uma importante cláusula geral a respeito das relações de reparação dos danos⁵³²: responsabilidade objetiva para danos decorrentes de atividades naturalmente arriscadas e desenvolvidas com normalidade pela pessoa imputada.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, este dispositivo legal, no que tange à segunda parte do parágrafo único, é uma relevante e bem-vinda inovação do Código Civil de 2002. Isto porque, sob a vigência do antigo Código haveria responsabilidade independentemente de culpa apenas para os casos especificados

⁵³¹BERALDO, op. cit., p.218.

⁵³²NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.487; SCHREIBER. *Novas tendências...*, p.50.

em leis. Com o novo dispositivo legal pode ocorrer responsabilidade objetiva mesmo que não exista lei que regulamente especificamente a atividade em questão⁵³³.

Afirma-se que a norma aqui analisada contempla uma cláusula geral⁵³⁴ porque não pretende dar uma solução reparatória casuística (como a maioria das leis que fixam responsabilidade independente de culpa), de forma que seu conteúdo será progressivamente construído pela jurisprudência. O aplicador do Direito deverá valorar o que deve ser considerado uma atividade naturalmente arriscada para cada tempo e lugar, de acordo com valores constitucionalmente postos, como por exemplo a solidariedade social, o *alterum non laedere*, a função social da propriedade e da empresa, entre outros.

Tal cláusula geral estabelece que o dever de reparar o dano decorre do exercício de uma atividade arriscada que o responsabilizado desenvolve em seu interesse e sob seu controle. Isto em razão do perigo natural que ela acarreta a terceiros⁵³⁵. Parece que tal dispositivo reconheceu expressamente para o ordenamento jurídico brasileiro um fator objetivo de responsabilidade civil que pode ser denominado atividade naturalmente arriscada, que muito tem a ver com a noção de risco criado⁵³⁶. Nas palavras de Carlos Alberto Bittar:

Com efeito, inserem-se dentro desse novo contexto atividades que, embora legítimas, merecem, pelo seu caráter de perigosas – seja pela natureza, seja pelos meios empregados –, tratamento jurídico especial em que não se cogita da subjetividade do agente para a sua responsabilização pelos danos ocorridos.⁵³⁷

⁵³³GONÇALVES, **Comentários...**, p.313.

⁵³⁴NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.487. Há quem diga, entretanto, que tal norma representa um conceito jurídico indeterminado, pois não teria referência a valores, mas apenas a hipóteses de fato de aplicação da norma. Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. p.141-142.

⁵³⁵BITTAR e BITTAR FILHO, op. cit., p.167.

⁵³⁶BERALDO, op. cit., p.217; GONÇALVES, **Comentários...**, p.313.

⁵³⁷BITTAR e BITTAR FILHO, op. cit., p.167.

Já Judith Martins-Costa fundamenta tal fator objetivo de atribuição do dever de indenizar na solidariedade social:

Se aquele que atua na vida jurídica desencadeia uma estrutura social que, por sua própria natureza, é capaz de pôr em risco os interesses e os direitos alheios, a sua responsabilidade passa a ser objetiva e não mais subjetiva. Em outras palavras, é a noção metajurídica de 'atividade normalmente exercida pelo autor do dano, que implique risco', a ser necessariamente concretizada pelo intérprete, que definirá qual o regime aplicável à responsabilidade, constituindo essa norma, ao meu ver, a projeção, neste domínio, da diretriz da solidariedade social.⁵³⁸

Seja como for, por meio desta cláusula geral o juiz tem discricionariedade para avaliar o risco envolvido na atividade analisada e, na hipótese de existir alto perigo, o que geralmente corresponde a uma maior taxa de lucros para quem a pratica, afastar o regime subjetivo e reconhecer o dever de indenizar independentemente de culpa⁵³⁹.

Cumpra aqui ressaltar que o dispositivo legal estudado fala expressamente em *atividades*, e não em atos individuais. Assim, a referida cláusula geral não se aplica a ações ou omissões isoladas, mas sim ao conjunto de atos praticados por determinada pessoa em decorrência de sua atuação econômica ou profissional. Além disto, "não basta que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano crie risco a terceiros, sendo imprescindível que, na natureza da atividade, ou seja, na sua essência, exista uma potencialidade lesiva fora dos padrões normais"⁵⁴⁰.

Muito importante, portanto, a noção de atividade para o perfeito entendimento da norma em análise.

Fernando Noronha, a respeito do tema, afirma que "uma atividade é sempre caracterizada por uma série (ou conjunto) de atos praticados com vista à realização de determinado objetivo", de forma que "o todo é qualitativamente diverso

⁵³⁸MARTINS-COSTA e BRANCO, op. cit., p.128.

⁵³⁹TOLOMEI, op. cit., p.365.

⁵⁴⁰BERALDO, op. cit., p.220.

dos atos que a integram e, devido a isso, estes podem produzir conseqüências jurídicas que não aconteceriam, se não fosse estarem integrados no conjunto"⁵⁴¹.

Desta forma, a idéia de "atividade" é diferente das noções de fatos⁵⁴², atos⁵⁴³ e negócios jurídicos⁵⁴⁴.

Waldírio Bulgarelli, esforçando-se para demonstrar os elementos do ordenamento jurídico brasileiro referentes à empresa, trazia já em 1985 importantes noções necessárias para a distinção da "atividade". De acordo com suas lições, atividade é "um complexo de atos teleologicamente orientado, com continuidade e duração e direção para um fim"⁵⁴⁵.

⁵⁴¹NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.399.

⁵⁴²Fato jurídico é "qualquer fato do mundo real que interessa ao mundo do direito e sobre o qual, por isso, incidem normas jurídicas; fato jurídico será, por outras palavras, qualquer acontecimento juridicamente relevante, porque produtor de efeitos jurídicos, quer estes se traduzam na constituição, na modificação ou na extinção de direitos, ou ainda na imposição de obrigações" (NORONHA, **Direito das obrigações...**, p.346). Em outras palavras, e de forma simplificada, pode-se afirmar que "fato jurídico é tudo aquilo a que uma norma jurídica atribui um efeito jurídico" (GOMES, **Introdução...**, p.237).

⁵⁴³Atos jurídicos são espécies de fatos jurídicos, em que há a presença essencial da vontade humana, sendo que "não é a vontade que define o efeito da declaração, mas a lei, que o faz de maneira direta e imperativa independentemente da concordância do agente. Assim, o pagamento e a outorga da quitação entre devedor e credor são atos jurídicos" (GOMES, **Introdução...**, p.254).

⁵⁴⁴Negócios jurídicos são uma espécie de atos jurídicos, sendo portanto sub-espécie de fatos jurídicos, sendo então fatos em que a vontade humana é essencial e os efeitos jurídicos decorrentes são os pretendidos por tal vontade. Assim, "no negócio jurídico exerce-se, em amplitude, a autonomia da vontade, sem prévia vinculação a qualquer anterior obrigação legal ou convencional. O agente elege os efeitos jurídicos que deseja alcançar e a lei, reconhecendo a licitude de sua conduta, aprova o desiderato da parte. Isto é, determina a lei que o ato livremente praticado tenha o efeito querido pelo agente. Exemplo: compra e venda, doação, permuta, título de crédito, etc." (GOMES, **Introdução...**, p.254).

⁵⁴⁵BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa**: análise jurídica da empresarialidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p.183.

Vale aqui também transcrever o que Tulio Ascarelli expõe a respeito da idéia de atividade.

Atividade significa cumprimento a uma série de atos. (...) A irregularidade da atividade não imputa, necessariamente, um vício dos atos singulares, que poderão eventualmente permanecer válidos ou ser apenas resolúveis (ao invés de nulos), quando a atividade seja ilícita; o vício dos atos singulares pode, por sua vez, não acarretar a inexistência de atividade. A atividade é um fato duradouro, e essa duração significa pois um início, um fim, uma localização no espaço, a qual poderá ser considerada independentemente do ato singular.⁵⁴⁶

Desde que o ordenamento jurídico atribua a este complexo de atos agrupados em razão de um fim único efeitos distintos daquele que o faria para os atos praticados de forma isolada, estar-se-á na frente de uma atividade jurídica, com relevância distinta dos atos a ela integrados. Assim, é a prática de atividade empresarial que caracteriza determinada pessoa como um empresário, o que é diferente da prática de apenas um ato isolado de mercancia. Fala-se, então, em atividade empresarial, que para o Direito brasileiro encontra-se definida no artigo 966 do Código Civil de 2002⁵⁴⁷. O artigo 3.º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) em muito auxilia na construção da noção de atividade empresarial. Tal dispositivo legal caracteriza fornecedor aquele que "*desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*".

De acordo com tais dispositivos legais se considera atividade empresária aquela exercida de forma organizada e com habitualidade e visando lucro ou outro resultado econômico (produção de riqueza), produzindo e/ou promovendo circulação de bens e/ou prestação de serviços.

⁵⁴⁶ASCARELLI, Tulio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.114, v.37, p.251-252, abr./jun. 1999.

⁵⁴⁷Artigo 966 do Código Civil de 2002: "*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços*".

Pode-se também falar em atividade administrativa, que é aquela desenvolvida pelo Estado ou por particulares (concessionários ou permissionários) no sentido de prestar serviços públicos⁵⁴⁸.

A atividade, seja empresarial, administrativa ou de qualquer outra índole, para que possa ser enquadrada na cláusula geral aqui analisada, deve ser praticada de forma normal pelo seu responsável, o que significa "que ela não pode ser meramente esporádica ou momentânea"⁵⁴⁹.

Após a análise da idéia de atividade é preciso também atentar para o significado da expressão naturalmente de risco⁵⁵⁰.

O risco aqui exigido quer cobrir o perigo de dano que a pessoa tem em razão da vulnerabilidade perante quem pratica a atividade arriscada⁵⁵¹.

Carlos Alberto Bittar associa esta noção à de atividades perigosas, afirmando que:

Por intermédio de processos diretos, alcança-se a definição das atividades perigosas, e, por via indireta (por exclusão), a das não-perigosas, podendo-se chegar às primeiras, ainda, por meio de critérios naturais ou jurídicos. Dessa forma, com base em elementos naturais, consideramos perigosa a atividade que, por sua condição ou pelos meios empregados (substâncias, aparelhos, máquinas e instrumentos perigosos), se apresenta carregada de perigo. Outrossim, em função de elementos jurídicos, podemos qualificar como perigosas as atividades como tal consagradas na prática legislativa e, nos países em que se discutiu a respeito, as assim reconhecidas pela jurisprudência. Em consonância com esse critério, pela análise das leis e das decisões proferidas, pode o intérprete detectar, em concreto, aquelas atividades que a técnica jurídica vem aceitando nessa condição, considerando-se, então, por exclusão as não abrangidas como não-perigosas.⁵⁵²

⁵⁴⁸NORONHA, **Direito das obrigações**, p.400.

⁵⁴⁹BERALDO, op. cit., p.219.

⁵⁵⁰O Código Civil de 2002, no parágrafo único do artigo 927, expressa "*atividade que implicar por sua natureza risco para os direitos de outrem*".

⁵⁵¹BUERES, **Derecho de daños**, p.479-480.

⁵⁵²BITTAR e BITTAR FILHO, op. cit., p.169-170.

De forma semelhante, Carlos Young Tolomei, a respeito da norma aqui comentada, expõe a necessidade de que o juiz, ao estudar cada caso concreto, analise o risco envolvido na atividade para então decidir pela aplicação ou não de tal fator objetivo de responsabilidade civil.

Tal relevante flexibilização da subjetividade, trazida às claras pelo novo Código, confere ao juiz certa discricionariedade para a avaliação do risco envolvido na atividade e, com isso, da específica incidência da regra objetivista. Muito embora a redação se mostre, a rigor, um tanto quanto imprecisa, deve-se entender que o legislador desejou referir-se àquelas atividades que implicam alto risco, ou um risco maior que o normal, e que geralmente correspondem a uma maior taxa de lucros, justificando um sistema mais severo de responsabilização. Aí se faria presente, de um lado, a questão do risco criado e, de outro, a questão do risco-proveito, identificados como parâmetros de aferição e limites da discricionariedade. De qualquer forma, caberá à jurisprudência, passo a passo, fixar critérios mais seguros para a definição das atividades de risco a que se refere o legislador.⁵⁵³

É de ressaltar nas lições acima transcritas a necessidade de estudo das decisões proferidas a respeito da caracterização das diversas atividades como perigosas e a função primordial da jurisprudência no sentido de "fixar critérios mais seguros para a definição de atividades de risco". Inegável, portanto, a abertura da estudada norma e o inafastável recurso a uma postura tópico-indutiva para a sua concretização.

Desta forma, deve ser considerada atividade naturalmente arriscada aquela que contenha em si mesma uma notável probabilidade de dano em comparação com a normalidade. O preenchimento desta moldura deve ocorrer a partir do embate entre opiniões aparentemente adequadas a respeito e conformes com os valores constitucionalmente postos no ordenamento.

⁵⁵³TOLOMEI, op. cit., p.360-361 e 365.

Resumindo essas idéias, Carlos Roberto Gonçalves expõe que "tem-se, então, o risco como fundamento de responsabilidade. A obrigação de reparar surge do simples exercício da atividade que o agente desenvolve em seu interesse e sob seu controle, em função do perigo que dela decorre para terceiros"⁵⁵⁴.

Esta cláusula geral serve então como fundamento para a responsabilização por "risco de desenvolvimento", conceituado por Marcelo Junqueira Calixto como "aqueles riscos não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e da técnica no momento da introdução do produto no mercado de consumo e que só vêm a ser descobertos após um período de uso do produto, em decorrência do avanço dos estudos científicos"⁵⁵⁵. Pode-se argumentar que o nexo de imputação previsto nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor aqui não se aplicaria, pois não estaria presente o "defeito do produto"⁵⁵⁶. Desta forma, a responsabilização daquele que coloca no mercado produtos potencialmente perigosos por "risco do desenvolvimento" decorreria do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Outro exemplo de provável aplicação de tal fator objetivo de atribuição da responsabilidade civil é exposto por Leonardo de Faria Beraldo:

Já faz algum tempo que estamos refletindo sobre uma hipótese que, a nosso ver, com o advento do parágrafo único, do art. 927 do CC, passa a ser possível e defensável, conforme demonstraremos a seguir. Dois fatos são notórios: 1) que as instituições financeiras estão, a cada ano, aumentando ainda mais os seus lucros, e, 2) o número de cheques falsos e cheques 'sem fundos' estão crescendo de forma espantosa no Brasil. Assim

⁵⁵⁴GONÇALVES, **Comentários...**, p.316.

⁵⁵⁵CALIXTO, op. cit., p.176. Seria exemplo de "risco de desenvolvimento" a utilização do medicamento cortegan-talidomida, que foi colocado no mercado como seguro, ingerido por mulheres grávidas e acabou provocando o nascimento de crianças deformadas. O mesmo pode acontecer com o consumo de alimentos geneticamente modificados se, no futuro, eventualmente comprovar-se que podem gerar danos.

⁵⁵⁶Como relata Marcelo Junqueira Calixto há muita discussão na doutrina sobre o enquadramento dos "riscos do desenvolvimento" na noção de "produtos defeituosos" mencionada no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com o exposto por tal autor, a responsabilização do fornecedor deve decorrer da equidade, pois foi ele quem tomou a iniciativa de colocar o produto em circulação, com o intuito lucrativo (CALIXTO, op. cit., p.217).

sendo, levando-se em consideração estas assertivas, convidamos o leitor a refletir sobre a possibilidade de as instituições financeiras responderem, solidariamente, perante terceiros lesados que recebem cheques falsos ou cheques 'sem fundo'. A princípio pode parecer absurda a idéia, mas, será que a atividade normalmente desenvolvida pelos bancos, por sua natureza, não representa risco a terceiros? Particularmente, acreditamos que a resposta seja positiva.⁵⁵⁷

Percebe-se aqui mais uma vez que a escolha do fator de atribuição a ser utilizado para a solução de cada caso concreto demanda uma disputa entre tópicos argumentativos aparentemente válidos, o que demonstra mais uma vez a postura indutiva necessária à solução dos casos de reparação de danos.

Por fim, há que se esclarecer que, para as situações em que se imputa o dever de indenizar de acordo com a última parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, é necessária a comprovação de nexos causal entre a "atividade perigosa normalmente desenvolvida" e o dano. A pessoa que tem o controle de tal atividade será a responsabilizada. Fica claro que o nexo causal não ocorre entre uma ação ou omissão de tal titular e o dano.

A situação danosa analisada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 185.659⁵⁵⁸ (carro forte que atropelou pedestre após violento ataque de marginais) pode servir de demonstração para esta afirmação. Isto porque naquele caso não houve nenhum nexo causal entre qualquer conduta da pessoa jurídica prestadora de serviços de transportes de valor ou seu motorista e os danos lá reclamados. Contudo, reconheceu-se a causalidade entre uma atividade arriscada profissionalmente desenvolvida e o prejuízo, motivo pelo qual se imputou o dever de indenizar.

⁵⁵⁷BERALDO, op. cit., p.231.

⁵⁵⁸Vide seção 3.2.

Assim, a partir da cláusula geral colocada na última parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não há mais por que se afirmar que "o regime jurídico de responsabilidade civil nas atividades perigosas obedece a princípios e regras próprias"⁵⁵⁹. Na realidade, a mencionada norma representa mais um fator objetivo de atribuição da responsabilidade civil, que se enquadra, portanto, nos pressupostos contemporâneos do dever de indenizar.

⁵⁵⁹BITTAR e BITTAR FILHO, op. cit., p.172.

CONCLUSÃO

A teoria da responsabilidade civil tradicional foi construída para relações entre pessoas integrantes de atividades econômicas simples, eminentemente artesanais, típicas dos séculos XVIII e XIX.

Naquele período, de acordo com os ideais dos pensadores iluministas, "insculpiu-se na cultura jurídica a convicção de que, sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com afinação exata dos poderes do titular, não há bom direito"⁵⁶⁰. Neste sentido que o dever de reparar era reconhecido apenas se o praticante da conduta lesionante agisse com dolo ou culpa, ou seja, com manifestação de vontade contrária ao ordenamento jurídico.

De fato, o sistema de Direito privado construído a partir dos Códigos oitocentistas, entre eles o Código Civil brasileiro de 1916, fundava-se no racionalismo, individualismo e universalismo, nos aqui denominados pilares da modernidade.

Assim, partindo-se do reconhecimento de que todas as pessoas são iguais e que a partir da manifestação racional de suas vontades podem regulamentar suas vidas privadas, bem como toda a sociedade pela somatória dessas razões, não havia como se atribuir uma sanção reparatória a alguém que não praticasse voluntariamente conduta contrária ao Direito racionalmente posto.

A idéia de responsabilidade civil estava, então, ligada à sanção por um ato reprovável que mereceria punição.

Nesse momento eram apontados como pressupostos da responsabilidade civil a conduta culposa ou dolosa, o dano e o nexos causal entre os primeiros.

Ocorre que a sociedade evoluiu e a teoria da responsabilidade civil também passou a sofrer crises e superações, adaptando-se às novas necessidades. Assim, diversos danos que outrora não recebiam indenização passaram a recebê-la, bem

⁵⁶⁰TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.24-25.

como surgiram cada vez mais hipóteses legais de responsabilidade independente de culpa.

Tornou-se evidente a insuficiência da responsabilidade fundada na culpa para explicar e solucionar os problemas há muito emergentes e que se intensificaram com desenvolvimento industrial e tecnológico.

Então, a teoria tradicional da responsabilidade civil passou a reconhecer mais um pressuposto em alternativa à conduta culposa ou dolosa: o ato previsto em lei como de responsabilidade objetiva.

Não obstante o surgimento de leis que imputavam o dever de reparar a alguém que não praticasse nenhum ato volitivo contrário aos deveres gerais de cautela ou a normas específicas estabelecidas em lei ou contrato, a teoria da responsabilidade civil fundava-se nos pressupostos tradicionalmente elaborados: conduta, dano e nexa causal entre os primeiros.

Esses pressupostos da responsabilidade civil estavam em consonância com a era da segurança, uma vez que às pessoas era possibilitado prévio conhecimento de todas as hipóteses de responsabilização. Em outras palavras: haveria o dever de reparar um dano apenas se a conduta fosse dolosa, culposa, ou prevista em lei especial estabelecendo os exatos contornos das ações que poderiam acarretar responsabilidade objetiva. Havia, então, pretensão de certeza a respeito de quais atos seriam civilmente reprováveis, gerando a obrigação indenizatória.

Havia segurança a respeito do Direito aplicável a cada situação danosa, bem como dos efeitos das condutas praticadas.

Entretanto, em razão da já referida "revolta dos fatos contra a norma" a ciência do Direito foi obrigada a reconhecer a inexistência de tal certeza.

Ocorreu o que se denominou neste trabalho de superação da era da segurança, surgido do reconhecimento da insuficiência ou inadequação dos pilares da modernidade sobre os quais tal mundo foi imaginado.

Além disto, emprestando as idéias de Anthony Giddens a respeito de mecanismos de desencaixe e de sistemas-perito, pretendeu-se demonstrar que o

Direito privado dos Códigos oitocentistas, e em especial a teoria da responsabilidade civil com base neles construída, podem ser vistos como sistemas de organização social idealizados sem interação espaço-temporal com seus destinatários e que contemporaneamente perderam a confiança neles depositada.

A superação do Direito típico da era da segurança e a desconfiança nos sistemas-perito desaguaram na necessária conjugação das posturas lógico-dedutiva e tópico-indutiva nas atividades de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Esta conjugação de posturas era inimaginável para o Direito da era da segurança, posto que os Códigos oitocentistas tinham pretensão de completude e perenidade, de forma que não se esperava do seu operador mais do que uma atividade de pura subsunção dos fatos às normas, por meio de raciocínio lógico-dedutivo.

Reconhece-se, entretanto, que o Direito é eminentemente problemático, no sentido que se destina a resolver casos concretos impondo, na medida do possível, as soluções mais justas, independentemente do perfeito enquadramento das características das situações analisadas nos conceitos estabelecidos pelas leis postas.

Assim, não há como se afastar do Direito e também da teoria da responsabilidade civil uma postura tópica, pela qual se parte do embate entre argumentos aparentemente válidos à solução de uma situação concreta para então procurar-se no sistema jurídico os conceitos que melhor fundamentam a decisão adotada. Ainda mais quando passam a ser expressamente colocadas nas leis inúmeras cláusulas gerais, que são normas intencionalmente abertas ao preenchimento pelo aplicador do Direito de acordo com os valores sociais a elas adequados.

No que tange à teoria da responsabilidade civil, esta superação da era da segurança e a conseqüente influência da tópica na atividade jurisdicional passam a demonstrar a crise dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil. Estes pressupostos foram construídos em atenção à conduta lesionante, que era o enfoque

principal da teoria da responsabilidade civil típica da era da segurança e que contemporaneamente foi alterado para a plena reparação à vítima de um dano injusto⁵⁶¹.

Pode-se afirmar que "hoje o objetivo das cortes na aplicação da responsabilidade civil tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule (pela culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais o de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação dos prejuízos sofridos pela vítima"⁵⁶².

Em razão desta modificação do foco principal da teoria da responsabilidade civil (da conduta do agente lesionador para a reparação integral do dano sofrido pela vítima)⁵⁶³ há quem defenda até mesmo a alteração da denominação "responsabilidade civil" por "responsabilidade por danos"⁵⁶⁴, "direito de danos"⁵⁶⁵ ou "teoria da reparação de danos"⁵⁶⁶, visto que a pessoa a quem se imputa o dever de indenizar pode não ter praticado nenhuma conduta contrária ao ordenamento jurídico, não tendo qualquer "responsabilidade" pelo dano.

Sem preocupação com a questão terminológica acima mencionada, este trabalho pretendeu demonstrar que inúmeras situações concretas de dano injusto recebem reparação pelos tribunais mesmo sem que as características fáticas do ocorrido se enquadrem nos pressupostos tradicionalmente apontados pela doutrina (ação ou omissão culposa ou tipificada em lei como de responsabilidade independente de culpa, dano e nexos causal entre eles).

Em razão disto poder-se-ia pensar em ficções ou presunções de culpa ou causalidade. Mas não parece ser esta a solução mais adequada ao problema

⁵⁶¹HOFMEISTER, op. cit., p.117.

⁵⁶²SCHREIBER, Novas tendências..., p.56-57.

⁵⁶³MORAES, op. cit., p.12.

⁵⁶⁴FONTES, op. cit., p.6.

⁵⁶⁵LEONARDO, op. cit., p.265; GHERSI, op. cit., p.25.

⁵⁶⁶FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.23.

apresentado, uma vez que "*esas construcciones desconocen por completo la realidad social, son ficciones de laboratorio, que al carecer de contenidos válidos resultan jurídicamente irreversibles*"⁵⁶⁷. O caminho ideal a ser seguido pela ciência do Direito parece então ser aquele que abandona teorias de laboratório para buscar em cada caso concreto a solução mais justa⁵⁶⁸.

Neste sentido, já em 1960 Alvino Lima afirmava que a teoria da responsabilidade civil deve-se afastar de idéias abstratas em prol de elementos mais ligados à realidade da vida concreta. Expunha o referido autor que a ciência do direito deve desprender-se de conceitos que são mantidos apenas por "amor à lógica dos homens, à vaidade das concepções, ou à intransigência de moralistas de gabinete"⁵⁶⁹.

Assim, ao invés de manter-se o respeito aos pressupostos tradicionais parece que a ciência do Direito deve construir novas idéias mais adequadas à realidade.

Até mesmo porque, como muito bem diz Luiz Edson Fachin, "o saber que se encastela em definições e abstrações pode ser impreciso e negligente com o seu tempo"⁵⁷⁰, de forma que o aplicador do Direito contemporâneo tem como tarefa afastar-se do tecnicismo e do neutralismo do Direito tradicional⁵⁷¹.

Nesta esteira, apresentaram-se neste trabalho como pressupostos contemporâneos do dever de indenizar a antijuridicidade, o dano injusto, o fator de atribuição e o nexo causal.

⁵⁶⁷BUERES, **Derecho de daños**, p.29.

⁵⁶⁸FERREYRA, **Responsabilidad...**, p.18.

⁵⁶⁹LIMA, **Culpa e risco**, p.349. Certo é que tais afirmações foram feitas num contexto argumentativo em prol do reconhecimento da harmonia entre a culpa e o risco como fundamentos do dever de reparar danos. Discussão esta já superada pela ciência do Direito brasileira (como exposto na seção 3.1.2). Entretanto, tais idéias são ainda válidas em prol do reconhecimento de que os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil estão superados.

⁵⁷⁰FACHIN, **Teoria crítica...**, p.4.

⁵⁷¹FACHIN, **Teoria crítica...**, p.18.

A antijuridicidade ocorre quando a situação analisada como um todo é contrária ao ordenamento jurídico. Não apenas a conduta ou o dano, mas a situação integral é contrária ao contexto valorativo do ordenamento.

Tal idéia de antijuridicidade como contrariedade objetiva ao ordenamento pode ser diluída entre as idéias de dano injusto e fator de atribuição.

Caracterizar-se um dano como injusto significa que, após uma ponderação contraposta dos interesses do lesionante e da vítima, conclui-se que o prejuízo analisado não merece ser suportado por esta, por estar contido no âmbito de proteção das normas jurídicas e porque decorre de uma situação antijurídica, ou seja, objetivamente contrária ao ordenamento.

Já o fator de atribuição (ou nexa de imputação) significa o fundamento (ou a razão de justiça) pela qual se imputa o dever de indenizar um determinado dano injusto a uma certa pessoa. O rol de fatores de atribuição é aberto, decorrendo de textos expressos de lei ou de trabalho da doutrina e jurisprudência. Assim, podem ser citados como exemplos de fatores de atribuição a culpa, o dolo, a solidariedade social, a seguridade social, o risco criado, a equidade, a garantia, a tutela especial do crédito, a igualdade dos ônus públicos, o seguro, os critérios econômicos, o abuso de direito, a boa-fé objetiva, entre outros.

Neste ponto cumpre ressaltar que resta superada a dualidade culpa-risco como fundamento do dever de indenizar, uma vez que o rol de fatores de atribuição não é taxativo e não se limita apenas a estes⁵⁷².

Por fim, tendo em vista que em diversas ocasiões a pessoa imputada a indenizar de acordo com um determinado fator de atribuição não é aquela que praticou a conduta lesionante, percebe-se a necessária modificação no conteúdo do nexa de causalidade. A relação de causa e efeito necessária para que surja o dever de indenizar não mais se dá entre a conduta e o dano, mas sim entre o nexa de imputação e o prejuízo. Desta forma, a causalidade, mais do que apontar a pessoa a

⁵⁷²BUERES, *Derecho de daños*, p.124.

ser chamada a ressarcir um prejuízo, presta-se contemporaneamente a medir a extensão da indenização.

Tudo o que foi exposto a respeito de superação dos pressupostos tradicionais em favor dos contemporâneos aparece claramente na cláusula geral prevista na última parte do artigo 927 do Código Civil brasileiro de 2002, ao estabelecer um novo nexo de imputação à responsabilidade civil: atividades perigosas praticadas com habitualidade.

De acordo com o exposto nota-se que os pressupostos aqui denominados contemporâneos possibilitam uma abertura muito maior ao aplicador do Direito em comparação com aqueles denominados tradicionais.

Isto porque a eleição do fator de atribuição a ser aplicado em cada caso concreto, a própria construção dos nexos de imputação, a caracterização de um dano como injusto, bem como a análise de outros elementos para que se conclua pelo dever de indenizar demandam de forma indubitável uma postura tópico-indutiva daquele que estuda as situações danosas.

A teoria da responsabilidade civil, assim, abre-se à visualização de características próprias de cada caso concreto, afastando-se de idéias demasiadamente estáticas e abstratas de outrora.

Caminha-se então em direção ao reconhecimento de que o Direito está diretamente ligado às necessidades e percalços da sociedade⁵⁷³. Tendo em vista a inafastável influência das vicissitudes sociais ao Direito e à teoria da responsabilidade civil, os aqui denominados pressupostos contemporâneos da reparação de danos permitem uma atividade jurisdicional nas ações indenizatórias muito mais aberta a tais necessidades.

Ademais, o exposto neste trabalho permite que se veja a responsabilidade civil como fenômeno unitário, sem distinção entre responsabilidade contratual e

⁵⁷³NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.21.

aquiliana, de Direito público ou Direito privado etc.⁵⁷⁴ Esta unidade sistemática tem em conta que os pressupostos contemporâneos da responsabilidade civil são os mesmos para todas as situações. Não há por que se falar em pressupostos diferentes para a responsabilidade civil do Estado, das relações de consumo, dos acidentes de trânsito ou das atividades perigosas⁵⁷⁵.

Evita-se, assim, a maquiagem dos fatos para enquadrá-los aos pressupostos tradicionais, a impressão de desordem que o reconhecimento da existência de diversos sistemas de responsabilidade civil gera, bem como a sensação de injustiça em razão de desigualdades entre vítimas que tiveram interesses dignos de proteção aparentemente iguais diferentemente tratados pelas cortes de justiça⁵⁷⁶.

Contudo, as cortes brasileiras ainda se mostram muito apegadas aos pressupostos tradicionalmente enumerados pela doutrina para que se decida pela condenação de alguém a indenizar prejuízos, não obstante existir algum material doutrinário apontando a superação de tais elementos da teoria da responsabilidade civil.

Percebe-se a necessidade de que a ciência do direito aprofunde a análise dos contemporâneos pressupostos da obrigação de indenizar, fornecendo argumentos para que as decisões judiciais a respeito do tema sejam mais adequadas à realidade das situações danosas e às características de cada pessoa envolvida. Possibilitar-se-ia, então, uma teoria da responsabilidade civil mais atenta à vida concreta das pessoas, e menos apegada a conceitos abstratos que não permitem o perfeito enquadramento dos fatos sociais em suas molduras. O singelo intuito deste estudo foi colaborar com esta travessia em que se encontra o tratamento jurídico das indenizações por danos.

⁵⁷⁴BUERES, **Derecho de daños**, p.444.

⁵⁷⁵BUERES, **Derecho de daños**, p.444.

⁵⁷⁶SEGUÍ, *op. cit.*, p.315.

REFERÊNCIAS

AGOGLIA, María M. Es la antijuridicidad un presupuesto de la responsabilidad civil? In: GESUALDI, Dora Maria (Coord.). **Derecho privado**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários: responsabilidade civil bancária – doutrina**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 1999.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A evolução do direito civil brasileiro. **Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n.24, abr./jun. 1983.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 63, jan./mar. 1993.

ASCARELLI, Tulio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.114, v.37, abr./jun. 1999.

BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do direito civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil no parágrafo único do artigo 927 do código civil e alguns apontamentos do direito comparado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n.20, out./dez. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. PARANÁ. Juizado Especial Cível de Curitiba. **Reclamação n. 2005.24372-6**. Juíza Denise Krüger Pereira. Reclamante Iraides Floris Ferreria. Reclamada COPEL. Julgamento em 24 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 185.659 – SP**. Relator Originário Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Relator Designado Ministro Nilson Naves. Recorrente Protege Proteção e Transporte de Valores S/C Ltda. Recorrida Nelcina Martins Oliveira da Silva. Julgamento em 26 de junho de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 287.849 – SP**. Relator Ministro Ruy Rosado Aguiar. Recorrente Agência de Viagens CVC Tur Ltda e outro. Recorrido Renato Esteves Versolato. Julgamento em 17 de abril de 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 473.085 – RJ**. Relator Ministro Castro Filho. Recorrente Rui Nuno Nunes Fernandes. Recorrido Associação Atlética Banco do Brasil – AABB RJ. Julgamento em 14 de junho de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 506.099 – MT**. Relator Ministro Castro Filho. Recorrente Centrais Elétricas Matogrossenses S/A. Recorrido: Neriton Teixeira Sigilião e Outro. Julgamento em 16 de dezembro de 2003.

BUERES, Alberto J. **Derecho de daños**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

BUERES, Alberto J. **El acto ilícito**. Buenos Aires: Hammurabi, 1986.

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelo risco do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no código civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 8.ed. São Paulo: Ática, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CRUZ, Gisela Sampaio da. As excludentes de ilicitude no código civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. O sistema jurídico herdado do positivismo científico e os códigos civis oitocentistas. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, n.26, 1996.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.1 e 2.

DOMINGUES, José Maurício. Desencaixes, abstrações e identidades. **Revista USP**, n.42, p.20-33, jun./ago. 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. In: **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, v.172, p.45, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro; Renovar, 2003.

FARIA, Ricardo de Moura. **História**. Belo Horizonte (MG): Lê, 1989. v.3.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREYRA, Roberto A. Vázquez. El acto ilícito: significado, estructura y evolución. In: GESUALDI, Dora Maria (Coord.). **Derecho privado**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

FERREYRA, Roberto A. Vázquez. **Responsabilidad por daños (elementos)**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

FONTES, André Ricardo Cruz. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**, Rio de Janeiro, ano II, n.6, 2002.

FREITAS, A. Teixeira de. **Código civil**: esboço. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.13, ano 4, jan./mar. 2003.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GESUALDI, Dora M. **Responsabilidad civil**: factores objetivos de atribución – relación de causalidad. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

GHERSI, Carlos A. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 1997.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v.11.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONZÁLES, Matilde M. Zavala de. **Responsabilidad por el daño necesario**. Bueno Aires, Astrea, 1985.

GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. Un aspecto de la teoría del riesgo. In: GESUALDI, Dora Maria (Coord.). **Derecho privado**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, n.19, ano 5, p.261-269, jul./set. 2004.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

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

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZO, Miguel Federico de. **El daño injusto em la responsabilidad civil**: alterum non lardere. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.d.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Do ressarcimento de danos pessoais e materiais**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992.
- MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Anaconda Cultural, 1986.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da; MONTEIRO, António Pinto. **Teoria geral do direito civil**. 4.ed. Coimbra, Editora Coimbra, 2005.
- MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa, Grávida, 1996.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v.761, mar. 1999.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NORONHA, Fernando. O nexó de causalidade na responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 4, v.14, abr./jun. 2003.
- NORONHA, Fernando. Os danos à pessoa humana, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 6, abr./jun. 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- PERLIGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o código civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. Prefácio. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SAGARNA, Fernando A. La relación de causalidad: es prescindible como presupuesto de la responsabilidad civil? In: GESUALDI, Dora Maria (Coord.). **Derecho privado**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 6, v.22, abr./jun. 2005.

SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.52, ano 13, out./dez. 2004.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexó de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, v.6, abr./jun. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microsistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____ (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA NETO, J. R. **O risco e a imprevisão**: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 1989.

ZANITELLI, Leandro Martins. Tópica e pensamento sistemático: convergência ou ruptura? In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANEXO
DECISÕES MENCIONADAS NA SEÇÃO 3.2