

# Imputação da responsabilidade civil: responsabilidade objetiva e subjetiva

*Luciana Carone Nucci Eugenio Mahuad*  
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

*Cassio Mahuad*  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Da impossibilidade de se criar cientificamente uma teoria completa e perene sobre responsabilidade civil. Renovação natural e indomável dos fundamentos ou requisitos e finalidades da responsabilidade civil. Solução possível (simplificação de seu conceito básico).

Culpa e risco na responsabilidade civil. Dano. Nexu Causal.

## 1. Conceito: O que é responsabilidade?

Os romanos já diziam que o direito é sempre o que é bom e equânime, estando o seu fim último na realização da justiça verdadeira ou superior.

No mesmo sentido, Marcelo Benacchio explica que “o Direito tem por finalidade a ordenação dos comportamentos das pessoas na sociedade, ou seja, enquanto fenômeno social pretende normatizar condutas em conformidade aos valores sociais constantes do sistema jurídico”. Procura, assim, “incentivar certos comportamentos, desestimular ou impedir outros, conformando a sociedade de acordo com os valores estabelecidos, tudo em favor da paz entre os seres humanos e na consolidação do justo, do bem e do honesto”<sup>1</sup>.

Por meio de normas de comportamento ou de organização que emanam do Estado ou têm sua aplicação por ele garantida, é possível

---

<sup>1</sup> BENACCHIO, Marcelo. A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 642.

estabelecer uma estrutura que possibilite a vida em sociedade, evitando e solucionando conflitos, garantindo segurança às relações sociais e jurídicas e realizando justiça e o bem comum<sup>2</sup>.

Um dos institutos jurídicos propícios a tanto é a responsabilidade civil, na medida em que, como bem coloca Benacchio, “identifica os comportamentos não conformes ao Direito” e, “a partir disso, cria obrigação para outro sujeito por meio da transferência desta situação desfavorável do lesado ao responsável indicado pelo ordenamento jurídico”<sup>3</sup>.

A responsabilidade civil, assim, nascendo doutrinariamente enquanto obrigação imposta a uma pessoa de reparar o dano causado por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam<sup>4</sup>, é consequência da vida em sociedade, é produto do meio social regrado: o dever de responder por seus próprios atos ou por fatos vinculados a si, em virtude do descumprimento de uma norma jurídica preexistente, seja ela decorrente da atividade estatal ou da declaração de vontade, reflete a própria noção de justiça existente no grupo social. A responsabilização é a forma de exteriorização da justiça, traduzindo o dever moral de não prejudicar o outro (*neminem laedere*)<sup>5</sup>.

Rui Stocco, ao citar Aguiar Dias, bem coloca que:

Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas. Várias são, pois, as significações. Os que se fundam na doutrina do livre-arbítrio, pondera o eminente Pontes de Miranda, sustentam uma acepção que repugna à ciência. Outros se baseiam na distinção, aliás bem vaga e imprecisa, entre psicologia normal e pato-

<sup>2</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 104.

<sup>3</sup> BENACCHIO, Marcelo. Id.

<sup>4</sup> SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2. ed., 1951, p. 1: “la responsabilité civile est l’obligation qui peut incomber à une personne de réparer le dommage causé à autrui par son fait, ou par le fait des personnes ou des choses dépendant d’elle” (Tradução livre: “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o dano causado a outra por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas dependentes dela”).

<sup>5</sup> STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 59.

lógica. Resta, rigorosamente sociológica a noção da responsabilidade como aspecto da realidade social. Decorre dos fatos sociais, é o fato social... Das relações de responsabilidade, a investigação científica chega ao conceito de personalidade. Com efeito, não se concebem nem a sanção, nem a indenização, nem a recompensa, sem o indivíduo que as deva receber, como seu ponto de aplicação, ou seja, o sujeito passivo, ou paciente. Neste terreno onde as dificuldades filosóficas ameaçam, a cada passo, desviar a pesquisa para o plano metafísico, é que coincidem as noções de responsabilidade, culpabilidade e imputabilidade, tanto que a acepção vulgar assimila uma às outras. Não é possível acatar esse juízo, mas é preciso diminuir a estreita afinidade que apresentam aquelas ideias<sup>6</sup>.

Não há como negar, de fato, que toda atividade humana pode implicar responsabilidade civil e que esta possibilidade é cada vez maior com o desenvolvimento tecnológico.

Uma sociedade avançada, que teme a decadência, tende a, cada vez mais, buscar o equilíbrio, sendo que a reparação dos prejuízos causados é uma das maneiras indicadas a tanto, revestindo-se ainda como instrumento garantidor de segurança a cada um dos membros que a integra. A indenização da vítima inocente traduz, por fim, justiça e solidariedade.

Nesse sentido, Savatier coloca que:

De todos os processos civis, aqueles de responsabilidade civil são atualmente os mais frequentes, os mais práticos. De uma parte, os casos em que uma parte responde pelo prejuízo sofrido por uma outra se multiplicaram; de outra parte, a ideia de responsabilidade incide agora sobre todas as matérias do direito; ela penetra e modifica o seu desenvolvimento. Este desenvolvimento da responsabilidade civil está dentro da lógica de nosso tempo. Uma civilização avançada, que teme a decadência,

---

<sup>6</sup> Id.

tende instintivamente a assegurar seu equilíbrio e a reparação do prejuízo causado é uma maneira de restabelecê-lo. Cada membro da sociedade vê aí também um instrumento de segurança, mais e mais comprometida pelos excessos das forças extraordinárias capturadas pelo homem. Enfim, a reparação dada a uma vítima geralmente inocente corresponde a uma ideia de piedade, que permeia o desenvolvimento do direito moderno<sup>7</sup>.

Andrea Ueda esclarece que a origem da palavra responsabilidade, do latim *respondere*:

Cinge-se à ideia de uma obrigação, um encargo ou contraprestação. Nos dizeres de José Aguiar Dias: “responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem a ideia de equivalência, de contraprestação, de correspondência”. No entanto, juridicamente, seu sentido é um pouco diverso, na medida em que representa um dever jurídico derivado, secundário ou sucessivo, advindo da violação de um dever primário, originário ou simplesmente de uma obrigação. Por isso, como assevera Sérgio Cavalieri Filho, “não há responsabilidade sem a correspondente obrigação” e, portanto, “ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado um dever jurídico preexistente<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> SAVATIER, René. Op. cit., p. 1: “de tous les procès civils, ceux de responsabilité sont aujourd’hui les plus fréquents, les plus pratiques. D’une part, les cas se sont multipliés où une personne répond du préjudice subi par une autre; d’autre part, l’idée de responsabilité chevauche désormais sur toutes les matières du droit; elle en pénètre et en modifie le développement. Ce développement de la responsabilité civile est dans la logique de notre temps. Une civilisation avancée, qui craint la décadence, tend instinctivement à assurer son équilibre, et la réparation du préjudice causé est une manière de le rétablir. Chaque membre de la société y voit aussi un instrument de la sécurité, de plus en plus compromise par la démesure des forces redoutables captées par l’homme. Enfin, la réparation accordée à une victime généralement innocente correspond à une idée de pitié imprégnant le développement du droit moderne”.

<sup>8</sup> UEDA, Andréa Silva Rasga. Responsabilidade contratual: a causalidade do dano (nexo de causalidade) é a mesma na responsabilidade contratual e na extracontratual? Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22673>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

Para Carlos Roberto Gonçalves:

A palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as várias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social. Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *statu quo ante*<sup>9</sup>.

O doutrinador também bem evidencia a distinção entre obrigação, enquanto vínculo jurídico transitório que confere ao credor o direito de exigir do devedor uma prestação pessoal, positiva ou negativa (normalmente de caráter patrimonial), cujo inadimplemento possui consequências jurídicas, e responsabilidade, a qual somente surge com o inadimplemento.

A responsabilidade é, pois:

---

<sup>9</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. v. IV, p. 3.

A consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. Malgrado a correlação entre ambas, uma pode existir sem a outra. As dívidas prescritas e as de jogo constituem exemplos de obrigação sem responsabilidade. Como exemplo de responsabilidade sem obrigação pode ser mencionado o caso do fiador, que é responsável pelo pagamento do débito afiançado, este sim originariamente obrigado ao pagamento dos aluguéis. Obrigação “é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não-cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E, sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação (a imagem é de Larenz), sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de observar a quem a lei imputou a obrigação ou o dever originário... A distinção entre obrigação e responsabilidade começou a ser feita na Alemanha, discriminando-se, na relação obrigacional, dois momentos distintos: o do débito (Schuld), consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente da ação ou omissão do devedor, e o da responsabilidade (Haftung), em que se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter o pagamento devido ou indenização pelos prejuízos causados em virtude do inadimplemento da obrigação originária na forma previamente estabelecida<sup>10</sup>.

Em suma, pode-se dizer que responsabilidade é a obrigação de reparar o dano: trata-se de dever jurídico secundário, que surge em

---

<sup>10</sup> Id.

virtude do descumprimento da relação obrigacional. É a consequência patrimonial. Obrigação, por sua vez, é dever jurídico originário.

A primeira causa de progresso da responsabilidade é:

De ordem social ao mesmo tempo que de ordem científica e mecânica; e é preciso reconhecer que ela é singularmente imperiosa e ativa; constitui o que os filósofos chamam uma razão bastante; mas, ao lado dela, acima dela, nas regiões mais elevadas, está uma outra, esta de ordem individual e moral, e que reside no apuro de nossas consciências de homens pensadores e cultos.<sup>11</sup>

Quanto a esse ponto, Rui Stocco, citando mais uma vez Aguiar Dias, bem coloca que a teoria do direito é íntima da moral:

Entretanto, é evidente que o domínio da moral é muito mais amplo que o do direito, a este escapando muitos problemas subordinados àquele, porque a finalidade da regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação de traduz em prejuízo... Envolve a responsabilidade jurídica, desse modo, a pessoa que infringe a norma, a pessoa atingida pela infração, o nexo causal entre infrator e infração, o prejuízo ocasionado, a sanção aplicável e a reparação consistente na volta ao status quo ante da produção do dano<sup>12</sup>.

Já Carlos Alberto Bittar ensina que:

O ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõem a sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no

---

<sup>11</sup> JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, ano XXXVIII, v. LXXXVI, fasc. 454, Rio de Janeiro, página 549, abr. 1941.

<sup>12</sup> STOCCO, Rui. Op. cit., p. 63.

âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade. Impõe-se-lhe, no plano jurídico, que responda (do latim *spondeo* = “responder a”; comprometer-se; “corresponder a compromisso, ou a obrigação anterior”) pelos impulsos (ou ausência de impulsos) dados no mundo exterior, sempre que estes atinjam a esfera jurídica de outrem. Isso significa que, em suas interações na sociedade, ao alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as consequências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade. Nasce, assim, a teoria da responsabilidade... A ideia central, inspiradora dessa construção, reside no princípio multissecular do *neminem laedere* (a ninguém se deve lesar), uma das primeiras do denominado ‘direito natural’<sup>13</sup>.

A história demonstra que se trata de matéria viva e dinâmica, a qual se renova constantemente para atender aos novos anseios sociais, dando origem a diversas teses jurídicas.

Para Louis Josserand:

O tronco primitivo, o tronco romano, desdobrou-se numa porção de ramos, e a responsabilidade tornou-se todo um mundo jurídico, mundo em movimento, em incessante gestação, sempre a começar; não é somente no sentido quantitativo que ela evoluiu, é também qualitativamente; a responsabilidade não só se realiza mais frequentemente que outrora, mas também se realiza de outros modos; apresenta-se com múltiplas faces, desconhecidas da sociedade romana, desconhecidas mesmo – algumas dentre elas, pelo menos, – de nossos avós, cujos traços às vezes fugidios não são sempre fáceis de fixar no papel ou pela palavra.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil nas atividades perigosas. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade civil* - doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva. 1984. p. 85-103, p. 87.

<sup>14</sup> JOSSERAND, Louis. Op. cit., p. 548.

Por isso mesmo, antiga e bastante conhecida é a dificuldade em se organizar a matéria cientificamente, ou seja, dentro de uma teoria lógica, competente e exaustiva, a permitir que todos os casos concretos da vida humana encontrem nela resposta jurídica adequada.

Não há dúvida, como já posto, que a responsabilidade civil nasce doutrinariamente como o dever por meio do qual uma pessoa, vinculada ao evento fático, fica adstrita a reparar o dano causado a outra. Destina-se, assim, a cumprir não apenas um ideal de punição, mas também de reparação ou de compensação. Em suma, de retorno à situação anterior.

O avanço social, entretanto, impõe novos elementos vinculatários de responsabilidade e traz questionamentos quanto a seus antigos fundamentos e finalidades.

A intenção deste estudo é justamente avaliar porque a dificuldade de organização científica é tão grande e quais são os obstáculos à empreitada, abordando temas relevantes sobre a matéria da responsabilidade civil, como sua origem, seu conceito, pressupostos e fundamentos, suas finalidades e seu provável destino, bem como apontar qual a solução mais eficiente para a solução de conflitos dentro desta seara, a começar pela demonstração de que impossível a elaboração de uma teoria perene e apta a solucionar todos os casos que a ela se subsumam.

Destina-se, em suma, a oferecer um panorama geral para compreensão do tema, com o apontamento de parâmetros (talvez mais objetivos) para que o instituto da responsabilidade civil possa cumprir sua função social, garantindo efetiva realização de justiça (solução adequada dos conflitos e paridade nas soluções judiciais aplicadas).

A discussão não poderá apreciar com o aprofundamento necessário, justamente em virtude da limitação temporal e física, a questão relativa à existência ou não da necessidade de uma nova tipificação da matéria, já que há muito se reconhece que as boas leis civis são o maior bem que os homens se podem dar e receber<sup>15</sup>.

E esta necessidade pode estar justificada pela ausência de regulamentação adequada do instituto no “novo” Código Civil de 2002.

Sérgio Cavalieri Filho não foi o único a notar que o diploma em questão deixou de trazer qualquer inovação à matéria, na medida em

---

<sup>15</sup> DISCOURS préliminaire du premier projet de code civil français. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/code/index.html>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

que não a disciplinou de forma concentrada e exaustiva, o que é impossível, já que:

Tudo ou quase tudo em Direito acaba em responsabilidade. A responsabilidade civil é uma espécie de estuário onde deságuam todas as áreas do Direito – Público e Privado, contratual e extracontratual, material e processual; é uma abóbada que concentra e amarra toda a estrutura jurídica, de sorte a não permitir a centralização de toda sua disciplina”<sup>16</sup>

Além disso, muitas foram as modificações legislativas que ocorreram de forma esparsa antes de sua promulgação, com novas regulamentações do instituto, o que se verá a seguir.

Busca-se aqui, portanto, a elucidação dos bons critérios para que seja possível identificar com maior clareza o que é responsabilidade civil, quais são as hipóteses que fazem surgir o dever de reparar e qual é a melhor forma de garantir cumprimento a ele.

## 2. Breve histórico

Nos primórdios da civilização, a responsabilidade era objetiva, ou seja, desvinculada da ideia de culpa e fundada na concepção de vingança privada, o que, embora rudimentar, era compreensível sob o ponto de vista humano (reação pessoal ao prejuízo sofrido).

Carlos Roberto Gonçalves confirma que “o dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito”<sup>17</sup>.

A vingança privada era “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas. p. 6.

<sup>17</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 6.

<sup>18</sup> LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p. 10.

A Pena de Talião, ao impor o olho por olho, dente por dente, regulamentou a vingança privada, que evoluiu, posteriormente, para o período da composição voluntária do dano a critério da vítima:

A entrega de objetos ou uma soma em dinheiro do agente causador do dano para a vítima denomina-se *poena*, não restando qualquer dúvida quanto ao fato de a reparação ainda ter como lastro a vingança”, sem questionamento de culpa ou não-culpa<sup>19</sup>.

A Lei das XII Tábuas tornou a composição obrigatória e tarifada, mas ainda sem estabelecer um princípio geral de responsabilidade civil.

Wendell Lopes Barbosa de Souza assevera que:

Cronologicamente caminhando, reconhecendo-se o inconveniente da composição a critério único e exclusivo da vítima, chega-se ao período da composição tarifada, regrada pelo poder público, nos termos da Lei das XII Tábuas, que fixava, para cada caso concreto, o valor da pena a ser paga pelo ofensor, representando a reação contra a vingança privada, que é, assim, substituída e abolida pela composição obrigatória [...]. Note-se que, nesse período em que as indenizações eram tarifadas, se pagava uma determinada quantia pelo dano ocasionado, com previsão de casos concretos, sem que existisse um princípio geral de responsabilidade civil<sup>20</sup>.

John Gilissen pontua, ainda, que, em verdade, “apesar do desenvolvimento da responsabilidade individual no domínio penal no final da Idade Média e na época romana, a responsabilidade puramente civil não surge senão no século XVIII”<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 20.

<sup>20</sup> SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva genérica fundada na atividade de risco (teoria geral e hipóteses práticas)*. 2009. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp086902.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2014.).

<sup>21</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 751.

Carlos Roberto Gonçalves confirma que entre “os romanos não havia nenhuma distinção responsabilidade civil e responsabilidade penal. Tudo, inclusive a compensação pecuniária, não passava de uma pena imposta ao causador do dano”<sup>22</sup>.

A transição para a composição tarifada, a qual reflete, inclusive, a passagem da responsabilidade pessoal, por meio da qual o devedor respondia com o seu próprio corpo, para a responsabilidade patrimonial, em que a reparação se operava pelo pagamento de um determinado valor, mediante expropriação do patrimônio do devedor, é fruto de um processo evolutivo:

A responsabilidade por delito importa a obrigação de pagar uma pena pecuniária. É este o ponto de início de uma evolução que diferenciou delito de crime, e para o ilícito considerado de menor gravidade resultou em uma relação obrigatória as consequências do comportamento contrário ao direito. O sistema da pena privada é precisamente o resultado de uma evolução, através de fases sucessivas. De início, o ofendido podia recorrer à vingança, inicialmente indiscriminada e depois regulamentada. É assim que nasce o talião (talio), que enquadra a vingança em termos de retaliação: é ‘o olho por olho’. A etapa seguinte prevê a possibilidade substitutiva da composição pecuniária pela qual é possível liberar-se da sanção de talião, como de outra pena corporal ou aflitiva, mediante o pagamento de uma soma em dinheiro (pena). A composição voluntária se transforma em pena legal. O delito se caracteriza agora pela obrigação a cargo do responsável de entregar ao ofendido uma soma a título de pena, válida de acordo com certos parâmetros. O escopo principal é de infligir uma punição ao responsável; entretanto, afirma-se gradualmente a ideia de uma função de reintegração do patrimônio do ofendido”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 23.

<sup>23</sup> DALLA, Danilo; LAMBERTINI, Renzo. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2001, cap. VI, *Obbligazioni - I delitti*. Generalità La pena privata, p. 381: “la responsabilità per delitto comporta l’obbligo di pagare una pena pecuniaria. È questo il punto di arrivo di un’evoluzione che ha differenziato i delitti dai crimini, e per l’illecito considerato di minore gravità ha risolto in un

Mas foi a “Lex Aquilia”, ainda no período romano, que introduziu a noção de culpa, ao regulamentar a responsabilidade extracontratual.

Ainda que haja divergência na doutrina sobre a matéria, sustentando parte dela que referida lei previu a culpa como pressuposto para a caracterização do delito<sup>24</sup>, enquanto outra entende que o dever de reparar, no direito romano, se fundava no dano, foi a partir da Lei Aquilia que o direito passou a trabalhar com a concepção de culpa, esta “proveniente dos grandes filósofos gregos”<sup>25</sup>.

O Código Civil de Napoleão fixou a culpa como pressuposto da responsabilidade aquiliana, influenciando muitas legislações, como o Código Civil Brasileiro de 1916, o qual adotou a teoria subjetiva da responsabilidade civil: embora a culpa tenha sido expressamente vinculada apenas à responsabilidade extracontratual (artigo 159), as normas relativas aos contratos traziam consequências para o inadimplemento sob a mesma justificativa: reparação do prejuízo causado, via de regra, por culpa.

Entretanto, a culpa, como pressuposto da responsabilidade, por se revestir de caráter subjetivo e moral, exige a verificação de um comportamento reprovável do autor do dano, de difícil prova, o que dificultava a indenização em algumas hipóteses.

Com a Revolução Industrial e suas novas tecnologias, originando a produção em massa e mecanizada e o grande desenvolvimento dos transportes, inúmeros acidentes sociais passaram a ocorrer. A prova da culpa pela vítima hipossuficiente era diabólica e impedia a reparação.

A primeira reação da doutrina e dos regimes jurídicos, visando à maior proteção da vítima, foi presumir a culpa, com inversão do ônus da prova.

---

rapporto obbligatorio le conseguenze del comportamento contrario al diritto. Il sistema delle pene private è appunto il risultato di una evoluzione, attraverso fasi successive. Dapprima l'offeso poteva ricorrere alla vendetta, all'inizio indiscriminata, poi regolamentata. È così che nasce il 'taglione' (talio), che inquadra la vendetta nei termini del contrappasso: è l'occhio per occhio'. L'ulteriore passaggio prevede la possibilità sostitutiva della composizione pecuniaria per cui è possibile liberarsi dalla sanzione del taglione, come da altre pene corporali o afflittive, mediante il pagamento di una somma di denaro (poena). La composizione attraverso il pagamento da volontaria diviene alla fine legale. Il delictum si caratterizza allora per l'obbligo a carico del responsabile di corrispondere all'offeso una somma a titolo di pena, valutata secondo certi parametri... Lo scopo primario è quello di infliggere una punizione al responsabile; tuttavia si afferma progressivamente l'idea di una funzione di reintegrazione del patrimonio dell'offeso”.

<sup>24</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2006. p. 420-421.

<sup>25</sup> SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962. p. 17.

A dificuldade, porém, persistia, haja vista que, para elidir a responsabilidade, bastava ao agente demonstrar que tinha se valido de todos os cuidados necessários em sua atividade.

As vítimas, assim, continuavam indenadas.

O segundo passo, em consequência, foi a teorização da responsabilidade objetiva: o dano era atribuído ao seu autor, que deveria indenizá-lo, independentemente de culpa. O problema passou a ser resolvido na relação de causalidade, dispensando-se juízo de valor sobre dolo ou culpa *strictu sensu*.

A Teoria do Risco foi uma das teorias desenvolvidas para fundamentar a responsabilidade objetiva, vinculando a obrigação de reparar aos riscos da atividade exercida.

Em outros termos, a necessidade social fez como que a ciência jurídica desenvolvesse novos fundamentos para a responsabilidade civil, deslocando-se da noção clássica de culpa para a ideia de causalidade, com vistas a garantir efetiva reparação à vítima do dano.

No Brasil, onde nosso Código Civil era essencialmente subjetivista, como já visto, a responsabilidade objetiva veio positivada em leis especiais, aplicáveis aos setores mais sensíveis aos apelos sociais: Lei das Estradas de Ferro, Lei dos Acidentes de Trabalho, Código Brasileiro do Ar, Código Brasileiro da Aeronáutica, etc.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça retributiva, trouxe novos contornos para os pressupostos e fundamentos da responsabilidade civil, mais comprometidos com a proteção e a efetiva reparação.

Seguindo tais passos, o Código de Defesa do Consumidor, ao verificar a vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica do consumidor e visando garantir integral reparação, erigiu a responsabilidade objetiva à categoria de princípio, regulando-a nos artigos 12 e 14 (fato do produto ou serviço) e 18 e seguintes (vício do produto e serviço), bem como garantindo o direito à inversão do ônus da prova (artigo 6º). A única exceção à responsabilidade sem culpa ficou por conta da responsabilidade dos profissionais liberais (artigo 14, parágrafo 4º).

O CDC, ao regulamentar a matéria de forma uniforme, superou a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, já que garante a reparação para o contratante, imediato ou mediato na cadeia

(subcontratantes), bem como a eventuais terceiros, os quais são equiparados ao consumidor (artigos 17 e 29).

A responsabilidade objetiva, que via de regra é solidária, é qualificada pelo defeito ou a causalidade é qualificada pelo defeito (ou como quer parte da doutrina, o risco não é integral), na medida em que pode ser afastada quando houver prova de não colocação do produto no mercado, de que inexistente defeito ou de que houve fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

O Código Civil de 2002 regulou a matéria sobre a mesma estrutura do diploma anterior: seus artigos 389 e seguintes tratam da responsabilidade contratual e os artigos 186 e seguintes, da responsabilidade extracontratual. Em virtude da dicotomia no tratamento, portanto, verifica-se que, nas relações civis, as consequências jurídicas do inadimplemento de um dever legal são diversas, em alguns pontos, do descumprimento de uma obrigação contratual, como no caso da solidariedade, do ônus da prova e da mora, sendo a responsabilidade contratual, via de regra, subjetiva.

O CC em vigor, entretanto, inovou ao converter em responsabilidade objetiva hipóteses antes marcadas pela culpa presumida, como no caso de responsabilidade pelo fato de terceiro ou de animais, ao criar novos casos de responsabilidade objetiva (artigo 931) e ao instituir uma cláusula geral de responsabilidade objetiva decorrente da atividade de risco (artigo 927, parágrafo único).

O risco aqui, embora não seja qualificado como no CDC, é probabilidade concreta de perigo, decorrente de atividade habitual. Deve ser, ainda, excepcional, já que toda atividade tem um risco, e está fundado na teoria do risco criado (a responsabilidade decorre dos riscos da atividade exercida e independe dos benefícios que o agente dela aufera).

As hipóteses de exclusão ou limitação da responsabilidade contratual são tratadas pelo Código Civil na parte do inadimplemento das obrigações, podendo a força maior e o caso fortuito serem citados como exemplo.

Vale consignar que já é possível defender a responsabilidade objetiva como regra no direito brasileiro, notadamente diante do disposto no Código de Defesa do Consumidor e das novas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, previstas pelo Código Civil e pela legislação extravagante.

Após a tentativa de definição do que é responsabilidade e de um breve histórico sobre o instituto, urge analisar os dois tipos de responsabilidade que nos interessam, oportunidade em que se poderão abordar conceitos como imputabilidade e culpabilidade.

### 3. Responsabilidade subjetiva ou culposa

Alcides Alberto Munhoz da Cunha diferencia imputação, enquanto instrumento de atribuição de um fato a uma pessoa, do fundamento da responsabilidade, enquanto motivo que justifica a imposição de uma consequência jurídica, como a reparação do dano causado, à pessoa imputada:

Imputação, palavra derivada do latim, *imputatio* ou *imputare*, tem o significado de levar em conta, atribuir e, segundo DE PLÁCIDO E SILVA, implica na declaração ou atribuição de que uma determinada ação pertence a uma determinada pessoa. Implica, ainda, segundo o mesmo autor, na indicação, teoricamente, de quem deva ser chamado à responsabilidade, por lhe ser atribuída a qualidade de autor ou causador do ato ou do fato imputável.

A imputação, portanto, seria um pressuposto da responsabilidade, por meio do qual se daria a identificação do agente, que, por força do ordenamento jurídico, submeter-se-ia às consequências da responsabilidade, em virtude de fato a ele vinculado (imputação direta) ou vinculado a pessoa ou coisa que dele dependam (imputação indireta). Quando se diz, por outro lado, que a responsabilidade é subjetiva (ou objetiva), identifica-se se o dever de reparar tem ou não por fundamento a culpa<sup>26</sup>.

Já Savatier ensina que a *faute* francesa, que pode ser equiparada à nossa culpa, é entendida como a inexecução de um dever que o

<sup>26</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Considerações sobre a responsabilidade civil do Estado por fatos dos seus agentes*. Trabalho apresentado à disciplina de Direito Administrativo do Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/8919>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

agente podia conhecer e observar. Em todos os domínios, comporta dois elementos: um principalmente objetivo (o dever violado) e um principalmente subjetivo (a imputabilidade ao agente). A culpabilidade pressuporia, portanto, imputabilidade:

Toda culpabilidade pressupõe a imputabilidade do agente do ato ilícito. Assim, a culpa ou a falta não comporta apenas a violação de um dever, mas, para o agente, a possibilidade de observá-lo. Ela é a transgressão de um dever, ao qual o agente poderia se conformar<sup>27</sup>.

A responsabilidades civil, como já visto, nasceu ligada à culpa, a demandar que o agente somente fosse responsabilizado se pudesse conhecer e observar o dever a ele imposto, como forma de garantir a sua liberdade<sup>28</sup>. E culpabilidade, nesse contexto, implica imputabilidade (capacidade de entendimento e autodeterminação).

Agostinho Alvim ratifica essa impressão, ao indicar, na forma proposta por Savatier e Colin et Capitant, que a imputabilidade compreende dois elementos (a possibilidade, para o agente, de conhecer o dever, e a possibilidade de observá-lo). Além de conhecer o dever, é necessário que o agente tenha condições de observá-lo<sup>29</sup>.

Sergio Cavaliere também acompanha a mesma lógica, expondo que a imputabilidade é:

<sup>27</sup> SAVATIER, René. Op. cit., p. 5-9 e 205: “Toute culpabilité suppose l'imputabilité à l'agent de l'acte illicite. Ainsi, la faute ne comporte pas seulement la violation d'un devoir, mais, chez l'agent, la possibilité de l'observer. Elle est la transgression d'un devoir, auquel l'agent pouvait se conformer”.

<sup>28</sup> Savatier, na obra já citada, às páginas 354-355, defende que a culpa possui uma função essencial, a de fazer eco à liberdade humana, concedendo ao homem a consciência de bom uso que ele deve fazer desta liberdade, sob as penas da lei, motivo pelo qual deve prevalecer nos sistemas jurídicos em geral: “Si une responsabilité se fonde légitimement sur le risque, encore ne faut-il lui attribuer, ni un rôle unique, ni même la première place. Celle-ci revient à une valeur humaine, plutôt qu'à une causalité physique. Car c'est entre les hommes que la responsabilité civile doit établir l'ordre et l'équilibre. Or, la responsabilité fondée sur la faute a cette vertu essentielle de faire écho à la liberté humaine, d'entretenir chez l'homme la conscience de bon usage qu'il doit faire de cette liberté, de lui rendre sensibles les sanctions qu'il encourt quand il en use mal, négligemment ou imprudemment. La responsabilité fondée sur le risque, au contraire, repose exclusivement sur un équilibre matériel, conforme à une idée d'équité impersonnelle. La substitué systématiquement à la responsabilité fondée sur la faute, sans respecter la primauté de celle-ci, serait le triomphe de la matière sur l'esprit”.

<sup>29</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 255.

O conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo. Disso se conclui que a imputabilidade é pressuposto não só da culpa em sentido lato, mas também da própria responsabilidade. Por isso se diz que não há como responsabilizar quem quer que seja pela prática de um ato danoso se, no momento em que o pratica, não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento [...]. Dois são os elementos da imputabilidade: maturidade e sanidade mental. Importa o primeiro desenvolvimento mental; e o segundo, higidez. Consequentemente, imputável é o agente mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento”<sup>30</sup>.

Anderson Schreiber, por sua vez, ao diferenciar a ilicitude da conduta de sua antijuridicidade, entende a culpabilidade como elemento essencial da responsabilidade subjetiva, significando ela a possibilidade de agir de forma diversa:

Quem viola um dever jurídico ou o direito de outrem, pratica um ato antijurídico – contrário ao direito – mas nem por isso, comete ato ilícito. A ilicitude depende da configuração desta possibilidade de agir de maneira diversa, sem a qual a responsabilidade subjetiva não se impõe [...]. De qualquer modo, é certo que a antijuridicidade, como componente objetivo da ilicitude, corresponde à violação de um dever de conduta, não se confundindo com a ilicitude em si, que exige, além disso, um componente vinculado visceralmente à conduta do sujeito: o da culpabilidade, essencial à responsabilidade subjetiva<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> CAVALIERI, Sergio. *Op.cit.*, p. 52.

<sup>31</sup> SHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas. p. 156-157.

Alcides da Cunha, porém e como já indicado, é enfático no sentido de que não se deve confundir “um pressuposto da responsabilidade com os fundamentos de sua própria liquidação”, apontando que neste erro incidiram vários doutrinadores, como Pierre Wigny (para quem os pressupostos da responsabilidade civil são o prejuízo, a lesão de um direito, a culpa e a causalidade), Savatier (para quem os pressupostos são a culpa e a imputabilidade), e Trabuchi (fato danoso, o dano e a antijuridicidade ou culpabilidade)<sup>32</sup>.

A ideia de dever é clara e traduz toda e qualquer obrigação legal em sentido amplo, o que pode envolver um dever específico, imposto legalmente, ou um dever contratual, criado pela própria vontade dos contratantes, mas já a noção em torno dos pressupostos e fundamentos da responsabilidade não é uniforme.

A nosso ver, correta é a colocação da imputação como pressuposto da responsabilidade, na medida em que se trata de mero instrumento de vinculação do sujeito ao dever (seja ele de reparar, compensar ou até mesmo prevenir e punir).

Vinculação esta que poderá encontrar justificativa na culpa ou no risco, com abertura para outras hipóteses legais que justifiquem a imposição do dever legal.

É o que traduz, por sinal, a regra do artigo 928 do Código Civil, a qual estabelece que 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, sendo que a indenização, que será equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam. Isto logo após o artigo 927, do mesmo diploma, tratar da responsabilidade civil subjetiva (decorrente de ato ilícito, que causa dano a outrem, com consequência da obrigação de repará-lo), do que se conclui que mesmo o incapaz ou inimputável poderá responder por culpa.

Essa conclusão se confirma pela ressalva trazida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, o qual prevê que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, somente 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.

<sup>32</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Op. cit., p. 108-109.

Em suma, a responsabilidade civil deve ser vista como mais um dever decorrente de imputação legal, em função de um valor moral humano inato (justiça), a qual poderá ser operacionalizada, conforme a necessidade social, de acordo com diversos fundamentos e requisitos.

À vista do exposto, passemos, então, a avaliar o conceito e as implicações da responsabilidade subjetiva ou culposa.

Rui Stocco apresenta três conceitos interessantes sobre culpa, após apontar a dificuldade em sua definição. Um de Henoch D. Aguiar, no sentido de que a culpa:

Envolve a ideia de toda falta de um dever jurídico. Em sentido amplo, *latu sensu*, com o sentido de injúria da Lei Aquilia, compreende também a ofensa dolosa. Em sentido estrito, reside a ideia de previsibilidade das consequências de nossos atos voluntários.

O segundo de Marcel Planiol: “Culpa é a infração de uma obrigação preexistente, de que a lei ordena a reparação quando causou um dano a outrem”.

E a última de Aguiar Dias:

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.<sup>33</sup>

Carlos Bittar acrescenta que:

A teoria da responsabilidade civil foi edificada para alcançar as ações praticadas em contrário ao direito [...]. Com efeito, das ações que interessam ao direito, umas são conformes, outras desconformes ao respectivo ordenamento, surgindo, daí, os “atos

---

<sup>33</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 66.

jurídicos”, de um lado, e os “atos ilícitos”, de outro, estes produtores apenas de obrigações para os agentes. Entende-se, pois, que os atos ilícitos, ou seja, praticados com desvio de conduta – em que o agente se afasta do comportamento médio do *bonus pater familias* – devem submeter o lesante à satisfação do dano causado a outrem. Mas, em sua conceituação, ingressam diferentes elementos, tendo-se por pacífico que apenas os atos resultantes de ação consciente podem ser definidos como ilícitos. Portanto, à antijuridicidade, deve-se juntar a subjetividade, cumprindo perquirir-se a vontade do agente. A culpa *lato sensu* é, nesse caso, o fundamento da responsabilidade. Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração da esfera de outrem. Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato). Esse comportamento gera, para o autor, a responsabilidade civil, que traz, como consequência, a imputação do resultado à sua consciência, traduzindo-se, na prática, pela reparação do dano ocasionado, conseguida, normalmente, pela sujeição do patrimônio do agente, salvo quando possível a execução específica. Por outras palavras, é o ilícito figurando como fonte geradora de responsabilidade. Deve, pois, o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, resarcindo-lhe os prejuízos acarretados, à custa do seu próprio, desde que presente a subjetividade no ilícito<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 87-89.

Pode-se afirmar, portanto, que a teoria da responsabilidade civil foi estruturada sobre quatro requisitos/fundamentos: a atividade humana (ação ou omissão); a culpa *latu sensu* (dolo ou culpa *strictu sensu*: negligência, imprudência ou imperícia); o dano, material ou moral, e o nexo causal (relação direta de causalidade entre o fato gerador e o dano).

Sergio Cavalieri chama tais requisitos de pressupostos da responsabilidade subjetiva:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”; b) nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem”. Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem. Os pressupostos aqui examinados são comuns à responsabilidade contratual, com a única peculiaridade de ser a prova da culpa, nesse caso, limitada à demonstração de que a prestação foi descumprida<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 44.

A prova da culpa, porém, incumbia à vítima do dano e era, em muitos casos, diabólica. Com a revolução industrial e o desenvolvimento social, deixou de traduzir justiça e liberdade ao cidadão, tornando-se um verdadeiro empecilho ao restabelecimento do equilíbrio social, eternamente buscado pelo direito.

Foi quando se desenvolveu a ideia de responsabilidade independente de culpa, o que será analisado na sequência.

#### 4. Responsabilidade objetiva

Sobre a criação da responsabilidade objetiva, Fabio Ulhoa Coelho explica que:

Ao longo do século XX, a indispensabilidade do pressuposto subjetivo para a imputação de responsabilidade por danos foi paulatinamente questionada. De um lado, agredia cada vez mais o senso geral de justiça o desamparo a que o princípio nenhuma responsabilidade sem culpa relegava as vítimas dos acidentes inevitáveis. O princípio da culpa acabava conduzindo, na significativa imagem pinçada por Mario Bessone, a “nada muito diferente de uma loteria imoral” (Alpa-Bessone, 2001:112). De outro lado, o acúmulo de capitais já era suficiente à implantação de aprimorados mecanismos jurídicos de socialização dos custos. Surge e amadurece a responsabilidade objetiva, em que o devedor é obrigado a indenizar os danos do credor, mesmo não tendo nenhuma culpa por eles<sup>36</sup>.

Antes que o amadurecimento se consolidasse no sentido da responsabilidade objetiva, desenvolveu-se uma técnica intermediária, a teoria da culpa presumida. Nos dizeres de Rui Stocco:

---

<sup>36</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil 2 - obrigações - responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermédia, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado. Cumpre, por oportuno, não deslembrar das palavras do respeitado Aguiar Dias, quando enfatiza: ‘Não confundimos, pelo menos propositadamente, os casos de responsabilidade objetiva com os de presunção de culpa. Na realidade, como já tivemos ocasião de dizer, o expediente da presunção de culpa é, embora o não confessem os subjetivistas, mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo. Teoricamente, porém, observa-se a distinção, motivo por que só incluímos como casos de responsabilidade objetiva os que são confessadamente filiados a esse sistema’<sup>37</sup>.

Agostinho Alvim pondera que “a responsabilidade civil, em face da teoria clássica, pressupunha a culpa”. Portanto, sem culpa não havia responsabilidade. Já a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, que foi uma das teorias desenvolvidas para justificá-la, não caracterizaria um retorno à ideia de vingança, mas, sim, o entendimento de que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade: “o fundamento da teoria objetiva consiste em eliminar a culpa como requisito do dano indenizável, ou seja, em admitir a responsabilidade sem culpa, e isso porque cada um deve responder pelo risco de seus atos”. Embora existam críticos dessa teoria, uma vez que sustentam que o dano originado por conta de uma atividade lícita não pode ser fonte de responsabilidade:

Não é na ilicitude da atividade (indústria, transporte) que se acha o fundamento da responsabilidade e, sim, no risco da atividade mesma”. “A culpa deixa de ser elemento indispensável da responsa-

---

<sup>37</sup> STOCCO, Rui. Op. cit., p. 76-77.

bilidade, nos casos em que esta é estabelecida por lei, em virtude de necessidades de várias ordens”. “Ordinariamente, quando se fala em risco, tem-se em atenção, principalmente, a responsabilidade que se entende com o desenvolvimento das indústrias e transportes modernos, porque foi o progresso nesses setores que principalmente denunciou a insuficiência da teoria da culpa. Por isso, muitos dizem risco criado: quem criou ou aumentou um risco responde pelo dano que daí se originar. Todavia, o campo da responsabilidade objetiva, isto é, da responsabilidade que não depende de culpa, é mais vasto, ficando compreendidos, dentro do risco, muitos casos que nada têm que ver com o desenvolvimento das indústrias e transportes e que sempre foram resolvidos no sentido da responsabilidade sem culpa. Não será, propriamente, a responsabilidade por um novo risco criado, ou aumentado, mas será a responsabilidade pelo risco de seus atos<sup>38</sup>.

Savatier define o risco, enquanto princípio de responsabilidade, como aquele que obriga a reparar os danos causados mesmo sem culpa, em virtude de uma atividade que se exercita no interesse e sob a autoridade do agente:

A responsabilidade nascida do risco criado é aquela que obriga à reparação dos danos produzidos, mesmo sem culpa, por uma atividade que se desenvolvia dentro do interesse do agente e sob a responsabilidade dele. Esta definição visa compreender todos os casos em que a lei ou a jurisprudência determinam a responsabilidade civil de uma pessoa não culpada” (Tradução livre)<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 242, 306-307 e 309-310.

<sup>39</sup> SAVATIER, René. Op. cit., p. 349-350: “la responsabilité née du risque créé est celle qui oblige à réparer des dommages produits, même sans faute, par une activité qui s’exerçait dans votre intérêt et sous votre autorité. Cette définition vise à comprendre tous les cas où la loi ou la jurisprudence retiennent la responsabilité civile d’une personne non fautive”.

Essa responsabilidade está fundada no interesse moral ou pecuniário representado pela atividade, que impõe, àquele que dela se aproveita, suportar os riscos de dano causados por ela:

Sua responsabilidade se funda agora sobre o interesse que representa, para ele, esta atividade. Interesse que pode, de toda forma, ser também moral além de pecuniário. Aquele que se aproveita de uma atividade será equitativamente subordinado, em retorno, a suportar os riscos do dano que ela causa (Tradução livre).<sup>40</sup>

O doutrinador francês também aponta as críticas sofridas pelo novo tipo de responsabilidade, por parte daqueles que inadmitem responsabilidade sem culpa (tratar-se-ia de mera garantia) e por parte daqueles que negam a existência de um dever de reparação sem culpa, motivo pelo qual estendem o próprio conceito de culpa.

Savatier entende, porém, que há responsabilidade civil toda a vez que alguém deva responder em virtude de uma atividade que ela preside, de forma que nada tem de absurdo em ligar a responsabilidade civil a uma atividade não culposa: a nossos olhos, a responsabilidade civil existe todas as vezes que devemos responder por uma atividade que presidimos. Não é, portanto, absurdo ligá-la a uma atividade não culposa<sup>41</sup>. E, ainda, que não há como se falar em culpa sem culpabilidade (agente em falta mesmo se privado de inteligência e de vontade, ele não tem consciência de seus atos): falta/culpa sem culpabilidade, que M. Paul Esmein compara “a um homem sem cabeça, a um automóvel sem motor, a um silogismo sem premissas. Além disso, por tanto alargar a noção de culpa, não a destruímos, mas apenas a substituímos por uma responsabilidade fundada sobre o risco” (Tradução livre)<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Id., p. 359: “sa responsabilité se fonde alors sur l'intérêt que présentait, pour elle, cette activité. Intérêt qui peut, d'ailleurs, être aussi bien moral que pécuniaire. Celui qui profite d'une activité sera équitablement astreint, en retour, à supporter les risques du dommage qu'elle cause”.

<sup>41</sup> Id., p. 351 - Tradução livre: “A nos yeux, la responsabilité civile existe toutes les fois qu'on doit répondre d'une activité à laquelle on preside. Il n'est donc pas absurde de l'attacher à une activité non fautive”.

<sup>42</sup> Id., página 352: “faute sans culpabilité, que M. Paul Esmein compare “à un homme sans tête, à une automobile sans moteur, à un syllogisme sans premisses. Bien plus, à tant élargir la notion de faute, on ne la détruit pas seulement, mais on lui substitute une responsabilité fondée sur le risque”.

Desenvolvendo raciocínio parelho, Fábio Ulhoa pontua que:

Na modalidade objetiva, o devedor responde por ato lícito. Sua conduta não é contrária ao direito. Nada de diferente é ou seria jurídica ou moralmente exigível dele. Não obstante, arca com a indenização dos danos experimentados pela vítima do acidente. A noção de responsabilidade por lícito não tem sido facilmente operada por parte da tecnologia jurídica, que resiste em aceitar a hipótese de imputação de obrigação a quem fez exatamente o que deveria ter feito, que não desobedeceu minimamente às leis em vigor. Alguns autores buscam conceitos gerais em que possam ancorar as duas espécies de responsabilidade civil, de modo a afastar o desconforto da obrigação não negocial que existe a despeito da licitude do ato do devedor. Falam, por exemplo, numa anti-juridicidade, isto é, contrariedade aos direitos alheios que existiria na exploração de atividades criadoras de riscos (Iturraspe, 1982, 1:117/121). Ou, na linha do proposto inicialmente por Savatier (Tunc, 1989:152), afirmam a existência de um dever geral de não causar danos a outrem — expresso pela locução latina *neminem laedere* —, que seria desrespeitado pelo sujeito a quem se imputa tanto a responsabilidade subjetiva como a objetiva (Noronha, 2003:484)<sup>43</sup>.

Fábio Ulhoa, porém, entende como infrutíferas as tentativas de configurar a responsabilidade objetiva como a consequência de certa desconformidade com o direito:

É racional imputar responsabilidade por danos a quem agiu exatamente como deveria ter agido quando o sujeito passivo da obrigação de indenizar ocupa posição econômica que lhe permita socializar os custos da sua atividade entre os beneficiários dela. Nessa posição encontram-se, por

<sup>43</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 188-189.

exemplo, os empresários, o Estado e as agências de seguro social. A rigor, mais que infrutíferas, são desnecessárias as buscas de algum traço de antijuridicidade nas condutas que dão ensejo à responsabilidade objetiva. Como pretendo demonstrar, é racional – sob o ponto de vista jurídico, econômico e moral – a imputação de responsabilidade objetiva a determinados sujeitos de direito, mesmo reconhecendo e reafirmando a plena licitude de seus comportamentos causadores do dano. O fundamento da responsabilidade objetiva, isto é, da imputação da obrigação de indenizar danos a quem agiu exatamente como deveria ter agido, é a socialização de custos. Todo sujeito de direito que se encontra numa posição econômica que lhe permita socializar os custos de sua atividade entre os que são atendidos por ela podem e devem ser objetivamente responsabilizados [...]. Ocupar posição econômica que permite a socialização dos custos – como é o caso do Estado, do empresário ou do INSS – é fundamento racional suficiente para a imputação de responsabilidade civil por ato lícito. Não há nenhuma transgressão a norma jurídica ou mesmo a preceito moral por parte do sujeito apto a promover essa socialização. Pelo contrário, ao desempenhar sua atividade exclusivamente nos quadrantes da legalidade, acaba cumprindo a função distributiva. Aqui, não se impõe ao causador de danos uma sanção com o objetivo de desestimular a prática ilícita – esta, como se verá, é uma das funções da responsabilidade subjetiva. Apenas se alocam recursos de forma racional, compatibilizando a eficiência na administração da escassez e redução das injustiças na distribuição. As atividades que deram ensejo ao dano indenizável não devem ser desestimuladas; pelo contrário, o proveito que a generalidade das pessoas delas usufruem é visto como altamente compensador em face dos danos causados a alguns poucos. A questão, portanto, não é reduzir ou suprimir os ganhos, mas distribuir entre todos os beneficiados o custo com as indenizações dos danos que a atividade causa [...]. A objetivação da responsabilidade permite, por fim, a abstração de qualquer juízo de valor na

imputação da obrigação. O devedor deve pagar a indenização não porque fez algo irregular, que merece punição. Nem poderá, por outro lado, exonerar-se por nada ter feito de errado. Sua culpa é irrelevante para qualquer efeito: não constitui a obrigação, nem a afasta; não a aumenta ou diminui. Não está em jogo, em suma, qualquer apreciação moral de sua conduta, mas exclusivamente sua aptidão econômica para socializar os custos da atividade entre os beneficiados por ela<sup>44</sup>.

Sérgio Cavaliéri completa que a responsabilidade objetiva:

Tem suas raízes plantadas nas obras pioneiras de Raymond Saleilles e Louis Josserand, seguidos por Georges Ripert. Este último dizia que o Direito moderno já não visa ao autor do ato, porém à vítima. No Brasil, merecem destaque os nomes de Orosimbo Nonato, Alvinio Lima, em sua obra *Culpa e risco*, Wilson Mello da Silva, *Responsabilidade sem culpa*, Aguiar Dias e outros. No âmbito dela, provados o dano e o nexo causal, o que é ainda encargo da vítima, surge o dever de reparar, independentemente de culpa. A responsabilidade somente é eximida se se provar alguma das causas de exclusão do nexo causal<sup>45</sup>.

E continua o doutrinador:

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos

---

<sup>44</sup> Id.

<sup>45</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 351-352.

e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano. Na responsabilidade objetiva é irrelevante o nexó psicológico entre o fato ou atividade e a vontade de quem a pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta. Enquanto “a culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento. A culpa é pessoal, subjetiva; pressupõe o complexo de operações do espírito humano, de ações e reações, de iniciativas e inibições, de providências e inércias. O risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter impessoal e o objetivo que o caracteriza” (José Cretella Junior, Comentários à Constituição brasileira de 1988, 1991, v. 2, p. 1019)<sup>46</sup>.

Temos, assim, duas espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva:

Na primeira, o sujeito passivo da obrigação pratica ato ilícito e esta é a razão de sua responsabilização; na segunda, ele só pratica ato ou atos lícitos, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade. Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria

---

<sup>46</sup> Id. Vale consignar, nas palavras de Sérgio Cavalieri, que “em tomo da ideia central do risco, surgiram várias concepções, que se identificam como verdadeiras subespécies ou modalidades, dentre as quais podem ser destacadas as teorias do risco-proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e a do risco integral” (p. 153). Quanto às concepções mais relevantes para o direito brasileiro, Carlos Roberto Rios Gonçalves, na obra citada no item 06, a p. 31, bem sintetiza que “a responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo”.

ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer. A ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva ou objetiva [...]. Variam os pressupostos da responsabilidade civil de acordo com a espécie. Para que um sujeito de direito seja responsabilizado subjetivamente é necessária a convergência de três: a) conduta culposa (culpa simples ou dolo) do devedor da indenização; b) dano patrimonial ou extrapatrimonial infligido ao credor; c) relação de causalidade entre a conduta culposa do devedor e o dano do credor. O primeiro pressuposto pode ser denominado “pressuposto subjetivo”, por ser referido à negligência, imprudência ou imperícia (culpa simples) ou mesmo à intenção (dolo) do sujeito causador do dano. Se ele tivesse se comportado como determina a lei, se não tivesse praticado o ilícito, o evento danoso não ocorreria; foi a sua culpa ou dolo que provocou o dano. No âmbito da responsabilidade civil subjetiva, o pressuposto subjetivo, isto é, a culpa do devedor, é elemento indispensável à constituição da obrigação. A responsabilidade do devedor, nela, tem por fundamento último a manifestação de vontade do sujeito obrigado (subitem 3.1). Já, para a caracterização da responsabilidade objetiva, bastam dois pressupostos: a) dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado pelo credor; b) relação de causalidade entre a conduta do devedor descrita em lei e o dano do credor. Aqui, o pressuposto subjetivo é irrelevante. Se o sujeito a quem se imputa a obrigação foi negligente, imprudente, imperito ou teve a intenção de causar danos é por tudo irrelevante. Simplesmente, isso não se discute. Sua responsabilidade existirá e terá a mesma extensão em qualquer hipótese. Mesmo que ele tenha sido absolutamente correto e se comportado sempre de acordo com a lei, responderá pela indenização dos danos. Não era exigível do devedor que se comportasse de maneira diversa; ao contrário, exigia-se dele que fizesse nada mais nada menos do que fez. Sua responsabilidade tem por fundamento, como se verá adiante (subitem 3.2), a socialização dos custos. É possível divisarem-se duas subespécies

de responsabilidade civil. De um lado, a responsabilidade subjetiva de culpa presumida; de outro, a responsabilidade objetiva pura. Naquela, o pressuposto subjetivo é relevante, mas não cabe à vítima provar a culpa do sujeito a quem ela imputa a responsabilidade. Cabe-lhe apenas produzir em juízo a prova dos demais pressupostos (dano e relação de causalidade). A pessoa a quem a responsabilidade é imputada, porém, livra-se da responsabilização provando a inexistência de culpa. Trata-se de uma das formulações erigidas durante o longo processo de elaboração dos fundamentos da responsabilidade objetiva (subitem 3.3). Ao seu turno, na responsabilidade objetiva pura, é suficiente à constituição da obrigação a existência do dano, sendo irrelevantes tanto o pressuposto subjetivo como a relação de causalidade<sup>47</sup>.

## 6. Responsabilidade subjetiva x responsabilidade objetiva

Muito se discutiu sobre o futuro da culpa ou da própria responsabilidade civil diante da teoria do risco, mas o tempo comprova que o debate perdeu sentido: os dois tipos de responsabilidade – subjetiva e objetiva – convivem em muitos sistemas, como o brasileiro, há anos.

Filipo Bruno Silva Amorim bem sintetiza os diversos posicionamentos assumidos pela Doutrina sobre o tema, apontando que há doutrinadores que defendem a prevalência da responsabilidade civil subjetiva sobre a objetiva no novo Código Civil Brasileiro, como Carlos Roberto Gonçalves, com argumentos como a topologia da matéria e a importância de responsabilização apenas daquele que conscientemente causa o dano, assim como há estudiosos, entre os quais Sérgio Cavalieri Filho, que sustentam a prevalência da responsabilidade civil objetiva no novo ordenamento jurídico, notadamente diante da cláusula geral de responsabilidade objetiva trazida pelo parágrafo único do artigo 927 do novo diploma legal. Há teóricos, ainda, que entendem como compatibiliza-

---

<sup>47</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. Op. cit., p. 184-185.

dos ambos os sistemas na nova lei civil, sem predominância de um sobre o outro (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery)<sup>48</sup>.

Superando as divergências, Miguel Reale bem pontuou:

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental<sup>49</sup>.

Não há como negar, porém, que, embora se mostre bastante clara e até justificável a divisão teórica, o exercício prático do direito confirma a dificuldade em separar do instituto da responsabilidade civil a concepção de culpa.

Vejamos um exemplo.

## **7. Conflito quanto aos requisitos/fundamentos da responsabilidade civil**

Um exemplo prático em que há divergência sobre o conceito de responsabilidade civil e os requisitos ou pressupostos dos diferentes tipos de responsabilidade é o caso de infecção hospitalar (grifos nossos):

Ação de indenização por danos morais. Paciente que contraiu infecção hospitalar, após a realiza-

---

<sup>48</sup> AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O sistema da responsabilidade no Código Civil de 2002: prevalência da responsabilidade subjetiva ou objetiva?* Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22841/o-sistema-da-responsabilidade-no-codigo-civil-de-2002-prevalencia-da-responsabilidade-subjetiva-ou-objetiva/3>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

<sup>49</sup> REALE, Miguel. *Diretrizes gerais sobre o Projeto de Código Civil*. REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 176-177.

ção de mastectomia e reconstrução da mama, enfrentando difícil e delicada recuperação, durante quase dois meses. Hipótese em que o hospital responde objetivamente pelos danos causados à paciente, tendo em vista que a infecção hospitalar constitui risco inerente à sua atividade. Recurso parcialmente provido (TJ/SP, Apel. 0001725-69.2005.8.26.0286, Relator Aroldo Viotti, Data: 27.05.2014, grifo nosso).

Embargos Infringentes. Ação de indenização. Responsabilização de nosocômio pela morte de paciente por infecção hospitalar. Paciente com saúde debilitada e acentuada suscetibilidade à infecções. Existência de controle de risco de infecção hospitalar e adequação aos padrões internacionais. Responsabilidade objetiva do hospital afastada. Prestação de serviço regular e controle de infecção hospitalar comprovadamente satisfatórios. Embargos rejeitados (TJ/SP, MBI. Nº: 0070320-96.2005.8.26.0100/50000, Relatora MARY GRÜN, data 01.07.2014, grifo nosso).

INDENIZAÇÃO. INFECÇÃO HOSPITALAR. Responsabilidade objetiva do hospital (CDC, art. 14). À caracterização da responsabilidade civil, embora independa de culpa, é condicionada à demonstração do defeito na prestação do serviço, não sendo suficiente a mera caracterização do dano. Provas que afastam a ocorrência de falhas na prestação do serviço. Inexistência de nexos causal. Pretensão indenizatória julgada improcedente. Recurso desprovido (TJ/SP, Apel. 0040444-97.2007.8.26.0562, Relator Milton Carvalho, Data 27.09.2012, grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA HOSPITAL. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. 1. Demanda indenizatória proposta por paciente portador da Síndrome de Down, que, com um ano e cinco meses, após ser submetido a cirurgia cardíaca, recebeu indevidamente alta hospitalar, tendo de retornar duas vezes ao nosocômio, com risco de

morte, sendo submetido a duas outras cirurgias, redundando na amputação de parte da perna esquerda. 2. A regra geral insculpida no art. 14, “caput”, do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores. 3. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais. 4. Impossibilidade de interpretação extensiva de regra de exceção. 5. O ônus da prova da inexistência de defeito na prestação dos serviços médicos é do hospital recorrente por imposição legal (inversão ‘ope legis’). Inteligência do art. 14, § 3º, I, do CDC. 6. Não tendo sido reconhecida pelo tribunal de origem a demonstração das excludentes da responsabilidade civil objetiva previstas no parágrafo 3.º do artigo 14 do CDC, a pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula 07/STJ, pois exigiria a reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior. 7. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. 8. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (STJ, REsp 1331628 / DF - RECURSO ESPECIAL - 2012/0135921-0 - Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO (1144) - Órgão Julgador - T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento - 05/09/2013 - Data da Publicação/Fonte - DJe 12/09/2013, grifo nosso).

RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos materiais e morais - Infecção hospitalar - Responsabilidade objetiva do hospital - Hipótese em que restou comprovada a infecção do sítio cirúrgico, causa comum de infecção hospitalar, que levou à amputação do dedo indicador da mão esquerda da autora - Dano e nexos causal configurados - Indenização a título de dano moral devida, tendo sido arbitrada com razoabilidade - Ação procedente em parte - Ratificação dos fundamentos da sentença (art. 252, do RITJSP/2009) - Recurso desprovido (TJSP, VOTO Nº 28475 - APELAÇÃO Nº 0000363-62.2009.8.26.0554 Santo André - APELANTE Hospital e Maternidade Dr. Christóvão da Gama S/A - APELADA Fernanda Paula Ribeiro - JUIZ Jairo Oliveira Junior, grifo nosso).

Como se observa dos julgados copiados, situações idênticas possuem tratamento distinto pela jurisprudência.

Para alguns, mesmo em se tratando de responsabilidade objetiva, não há dever de indenizar se o hospital tomou todas as medidas possíveis para evitar o prejuízo.

Vale notar, porém, que a responsabilidade legalmente atribuída ao hospital é objetiva. Ou seja, ao se falar em responsabilidade independente de culpa e decorrente de atividade de risco, ainda que a conduta tenha sido lícita e provida das mais rigorosas cautelas, o dever de indenizar decorre da imputação legal, quando presentes todos os requisitos previstos.

Quando se nega o direito à indenização porque houve atividade lícita, com emprego de todas as regras técnicas e procedimentos disponíveis, sob a roupagem de quebra donexo causal ou de ausência de falha na prestação do serviço, pode-se estar decidindo, em verdade, com base na concepção de falta de culpa, análise que, como já visto, é totalmente dispensável para a solução do litígio.

A opção do legislador foi pela responsabilidade objetiva, de forma que, ainda que a obrigação soe desproporcional por conta de todas as cautelas adotadas, não há como o prestador do serviço se esquivar do dever imposto na legislação, a não ser que comprove uma das excludentes legais de responsabilidade.

Em outros termos, como a opção legislativa, no caso de relação de consumo, foi pela responsabilidade objetiva de causalidade mitigada, em que não basta a relação de causalidade fática, mas se fazendo necessário, ainda, um elemento qualificador (o defeito - artigos 12, parágrafo 1º, e artigo 14, parágrafo 1º, do CDC), caberá ao julgador avaliar se a atividade causou o mal à vítima, em virtude de defeito do produto ou da prestação de serviço, facultando-se ao fornecedor a prova sobre a inexistência de defeito (ou sobre a não colocação do produto no mercado), ou ainda sobre culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (artigo 12, parágrafo 3º, e artigo 14, parágrafo 3º, ambos do CDC).

Parece-nos que, no caso da infecção hospitalar, existirá defeito na prestação do serviço médico hospitalar quando não se puder comprovar estado debilitado da própria vítima (fato exclusivo da vítima), na medida em que se trata de risco intrínseco à própria atividade, ainda que tomadas todas as cautelas e providências para evitá-la.

E é justamente a opção do legislador que possibilita que uma mesma relação fática tenha o instituto da responsabilidade civil avaliado sob diferentes ângulos, como no caso da responsabilidade do hospital, que é objetiva, e a responsabilidade do médico, que é subjetiva (artigo 14 e parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor).

Note-se que esta avaliação também se aplica para as hipóteses do parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil, o qual dispõe que, após a elucidação de responsabilidade civil por dano decorrente do ilícito, ou seja, por dolo ou culpa (artigo 927, *caput*, do mesmo diploma) “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”.

Vale consignar que a responsabilidade objetiva não reflete ameaça à liberdade humana, na medida em que toda atividade possui potencialidade danosa, mas apenas aquela normalmente exercida pelo agente que implique risco a direitos alheios e cause dano injusto gerará o dever de reparar ou compensar, na forma da lei civil (ou de acordo com os requisitos da legislação especial, como a consumerista).

Como se verá dos julgados citados na sequência, é possível avaliação adequada de cada situação fática, com responsabilização apenas na hipótese de verificação do tipo legal:

DIREITO DE VIZINHANÇA. CONSTRUÇÃO. COMPACTAÇÃO DO SOLO CAUSADORA DE DANOS A IMÓVEL VIZINHO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONFIGURAÇÃO. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS. É devida indenização pelo construtor dos danos causados pela construção em imóvel vizinho, cuja causalidade foi reconhecida por prova técnica, nos limites do valor estimado efetivamente segundo a realidade constatada pelo perito, dada a especialidade do fato (CPC, art. 420, parágrafo único, I). Honorários contratuais. Reconhecimento. Condenação no pagamento de honorários de advogado contratado, nos limites da sucumbência (CC, art. 389). Danos morais não caracterizados. Situação que não ultrapassou o mero aborrecimento ou dissabor cotidiano. Ausência de lesão a direito da personalidade à vista da ausência de consta-

tação de afronta à saúde e sossego, com risco ao exercício da moradia. Recursos parcialmente providos (TJSP, Apelação APL 00195216220098260309 SP, 0019521-62.2009.8.26.0309, publicação de 15.10.2014).

CIVIL DIREITO DE VIZINHANÇA EXPLOSÃO EM PEDREIRA. DANOS EM IMÓVEL VIZINHO. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSÃO PELA AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE DEMANDA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Não há plausibilidade na alegação da autora no sentido de os problemas apresentados em seu imóvel decorrerem da explosão acidental ocorrida em julho de 2007 ou da atividade de extração exercida pela requerida. Para que haja responsabilização com base no direito de vizinhança faz-se necessária a demonstração do nexo de causalidade (CPC, art. 333, I, do CPC), o que não se vislumbra no caso em análise. 2. Recurso improvido (TJSP, Apelação APL 02510053020078260100 SP 0251005-30.2007.8.26.0100, publicação de 06.08.2013).

E ainda:

DIREITO DE VIZINHANÇA DANOS EM IMÓVEL VIZINHO - INDENIZAÇÃO PERÍCIA TÉCNICA QUE AFASTOU O NEXO DE CAUSALIDADE COM A ATIVIDADE EXERCIDA PELA RÉ LAUDO OFICIAL BEM FUNDAMENTADO - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO SENTENÇA MANTIDA APELAÇÃO DO AUTOR IMPROVIDA. Apesar de o juiz não estar adstrito ao disposto literalmente na perícia (artigo 436 do CPC), para que sejam afastadas as conclusões do laudo técnico é necessário que se apresentem outros elementos, seguros e coesos, a justificarem sua descaracterização, por se tratar de pronunciamento de pessoa especializada, imparcial e detentora de conhecimentos próprios, sem os quais o deslinde do feito não seria possível (TJSP, Apelação APL 1806234120098260100 SP 0180623-41.2009.8.26.0100, publicação de 18.06.2012).

## 8. Conclusão

A discussão em torno dos pressupostos e fundamentos da responsabilidade civil continua diante da renovação dos anseios sociais no decorrer do tempo.

De fato e como bem pontua Claudio Luiz Bueno de Godoy, com a advertência de Jorge Ferreira Sinde Monteiro:

O problema básico de que se ocupa a matéria atinente à responsabilidade civil é definir em que casos e sob quais condições será permitido a alguém, lesado, fazer repercutir o dano sofrido a esfera jurídico-patrimonial de outrem. Ou, em diversos termos, em que hipóteses será a uma pessoa carreada a obrigação de reparar os danos pela vítima sofridos”. Citando Stefano Rodotà, continua o doutrinador: “O papel central da responsabilidade civil é estabelecer meios e modos de ligar um fato danoso a um sujeito responsável, cujo patrimônio possa fazer frente ao prejuízo causado. É, por isso, uma maneira de se qualificar o fato danoso. A questão se põe na fixação das condições de relevância jurídica de um dano e das modalidades de imposição da respectiva obrigação de ressarcimento, e sem que o responsável seja necessariamente o autor, uma vez que o objetivo não é, em si e por si, a descoberta da autoria do evento lesivo. De maneira mais ampla, cuida-se, então, de erigir mecanismos de garantia da indenidade da pessoa humana, preservando-lhe a existência digna, afinal valor básico do ordenamento, no Brasil elevado a princípio fundamental da República<sup>50</sup>.

Já há doutrinadores como Teresa Ancona, a qual defende a responsabilidade civil fundada no princípio da precaução, independentemente de dano concreto<sup>51</sup>, e Giselda Hironaka, para quem há necessidade de

<sup>50</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

<sup>51</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 1228 e 1223-1234, jan./dez. 2010.

reformulação da teoria da responsabilidade civil em virtude dos novos princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, que trabalham novos conceitos, visando garantir maior proteção e efetiva reparação<sup>52</sup>.

Sustenta Teresa Ancona, ainda, a existência de forte tendência de acolhimento da responsabilidade civil preventiva:

Já prestigiada na França, nos Estados Unidos da América, na Itália (que tira seu fundamento da Constituição) e aqui no Brasil, por meio das tutelas processuais ressarcitórias e antecipatórias, que têm como finalidade a proteção dos interesses difusos, com destaque na área do consumidor e na área ambiental. Para a efetiva proteção e prevenção de danos coletivos e sociais temos a importante Lei da Ação Civil Pública, que coloca os membros do Ministério Público como instrumentos indispensáveis para essa efetiva prevenção, como nas hipóteses de proteção ao meio ambiente, evitando, assim, o efetivo dano ambiental<sup>53</sup>.

Daisy Gogliano, por sua vez, vê como necessária uma revisão dos requisitos da responsabilidade civil médica em contratos de plano de saúde, em virtude da redução da capacidade civil do paciente e em virtude de a medicina, embora arte no passado, ter se transformado em atividade técnico-científica, por meio da qual o diagnóstico é dado após a realização de uma série de exames, com mais de uma possibilidade de tratamento, à escolha do doente<sup>54</sup>.

Em consequência da crise da responsabilidade individual, questão esta muito bem trabalhada por Geneviève Vieny<sup>55</sup>, alguns grupos sociais optaram por estabelecer indenização tarifada (sistema escandinavo).

<sup>52</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, ano II, v. 2, n. I.

<sup>53</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 149, jan./dez. 2006.

<sup>54</sup> GOGLIANO, Daisy. Direito civil sanitário e o novo Código Civil. *Revista de Direito Sanitário, São Paulo*, v. 3, n. 2, p. 34-53, jul. 2002.

<sup>55</sup> VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: L.G.D.J., 1965.

Em outros, por sua vez, a securitização se tornou obrigatória (sistema neozelandês)<sup>56</sup>.

Vale consignar, porém, que Geneviève Viney, após constatar o declínio da responsabilidade civil, defende a sua importância a tornar necessária reforma para que ela possa subsistir, ao lado da responsabilidade coletiva<sup>57</sup>.

Todos os fatores trabalhados confirmam que a responsabilidade civil deve passar a ser interpretada como instrumento de realização de um dos valores humanos considerados inatos: o ideal de justiça (*fairness or equity*).

Ou seja, a responsabilidade civil é o reflexo jurídico da responsabilidade moral e, como tal, é produto do fato, da realidade, do meio social regrado, variando temporal e culturalmente.

Com efeito, quando o Estado assumiu o poder de regulamentar a vida em sociedade e punir os maus feitos, instituíram-se as ideias de faculdade e direito, dever e obrigação, sendo a responsabilidade civil mais um dos instrumentos disponíveis para a busca do equilíbrio e da paz social, com o fim maior de realização de justiça.

A vinculação da responsabilidade à concepção de culpa, em um primeiro momento e tão logo iniciada a tentativa de teorização da matéria, é produto do Iluminismo, centrado na razão e na autonomia humana: a pessoa responsável por seus atos e as consequências deles.

Resta evidente que, ao se vincular a responsabilidade à culpa, e, portanto, ao livre arbítrio, garantiam-se a liberdade e a autonomia humana, privilegiando-se o indivíduo e seu patrimônio.

Com a evolução do pensamento humano e a transformação social, percebeu-se, porém, como inexistente um verdadeiro autocontrole (*free will*), diante da constatação de que o homem é um ser biológico e social<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> MORSELLO, Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. *Revista da Escola da Magistratura*, ano 7, n. 2, p. 1-176, jul./dez. 2006.

<sup>57</sup> VINEY, Geneviève. Op. cit., p. 385.

<sup>58</sup> TAMLER, Sommer. Free will and experimental philosophy: an intervention. Disponível em: <www.

Em outras palavras, embora haja um ideal inato de justiça em cada pessoa, o que pesquisas com bebês podem confirmar<sup>59</sup>, estudos passaram a apontar que este ideal é fruto também do meio social em que inserida a pessoa. Ou seja, o valor de justiça é cultural e temporal.

O contexto histórico e cultural, em consequência, faz da responsabilidade civil uma entidade viva e em constante construção.

---

verybadwizards.com>. Neste artigo, o filósofo americano Sommer Tamler avalia justamente a diversidade de intuições morais sobre livre arbítrio e responsabilidade: “This is from Knobe and Nichols in the new edition of the Kane free will anthology. They’re discussing a possible objection: that different cultures might possibly have different intuitions about free will and responsibility than some college students at Florida State or wherever, and that certain intuitions in the debate may be shaped by cultural forces like the American emphasis on individual autonomy [...] In a recent study, subjects from India, Hong Kong, Colombia and the United States were all presented with the abstract condition of the experiment described above (Sarkissian, Chatterjee, De Brigard, Knobe, Nichols & Sirker forthcoming). Strikingly, the majority of subjects in all four of these cultures said that no one could be fully morally responsible in a deterministic universe, and there were no significant cross-cultural differences in people’s responses. Yet ordinary people, many of whom have never thought about these questions before, seem somehow to immediately converge on one particular answer. In fact, we find this convergence even across four different cultures, with radically different religious and philosophical traditions. What could possibly explain this striking pattern of intuitions?”.

Para um maior aprofundamento na discussão, vale conferir:

a) Very Bad Wizards - Episodes 1 and 2. Disponível em: <[www.verybadwizards.com](http://www.verybadwizards.com)>. Acesso em: 18 out. 2014.

b) TAMLER, Sommer. No soul? I can live with that. No free will? AHHHHH!!! Disponível em: <<http://www.psychologytoday.com/blog/experiments-in-philosophy/200804/no-soul-i-can-live-no-free-will-ahhhhh>>.

c) COYNE, Jerry A. Why you don’t really have free will. Disponível em: <<http://usatoday30.usatoday.com/news/opinion/forum/story/2012-01-01/free-will-science-religion/52317624/1>>. Acesso em: 18 out. 2014.

d) NAHMIA, Eddy. Is neuroscience the death of free will? Disponível em: <[http://opinionator.blogs.nytimes.com/2011/11/13/is-neuroscience-the-death-of-free-will/?\\_php=true&\\_type=blogs&\\_r=0](http://opinionator.blogs.nytimes.com/2011/11/13/is-neuroscience-the-death-of-free-will/?_php=true&_type=blogs&_r=0)>. Acesso em: 18 out. 2014)

e) HARRIS, Sam. Free will. Disponível em: <[http://www.amazon.com/Free-Will-ebook/dp/B0061-DG2T6/ref=sr\\_1\\_2?ie=UTF8&qid=1346431071&sr=8-2&keywords=sam+harris+free+will](http://www.amazon.com/Free-Will-ebook/dp/B0061-DG2T6/ref=sr_1_2?ie=UTF8&qid=1346431071&sr=8-2&keywords=sam+harris+free+will)>. Acesso em: 10 maio 2015.

<sup>59</sup> COOK, Gareth. The moral life of babies. Scientific American site. Disponível em: <<http://www.scientificamerican.com/article/the-moral-life-of-babies/>>. Acesso em: 29 out. 2014. Ao entrevistar o psicólogo Paul Bloom, Gareth expõe o entendimento do cientista no sentido de que moralidade não é apenas algo que aprendemos, mas algo que nascemos com. Quando chegam ao mundo, bebês já são compassivos e empáticos e possuem um senso de justiça: “morality is not just something that people learn, argues Yale psychologist Paul Bloom: It is something we are all born with. At birth, babies are endowed with compassion, with empathy, with the beginnings of a sense of fairness. It is from these beginnings, he argues in his new book *Just Babies*, that adults develop their sense of right and wrong, their desire to do good – and, at times, their capacity to do terrible things” (Tradução livre: “Moralidade não é somente algo que as pessoas aprendem, defende o psicólogo de Yale, Paul Bloom: É algo que todos nós nascemos com. Já quando do nascimento, bebês são dotados de compaixão, empatia e com um início de senso de justiça. É destes pontos iniciais, ele alega em seu novo livro *Só Bebês*, que adultos desenvolvem o seu senso de certo e errado, seu desejo de fazer o bem - e, algumas vezes, sua capacidade de fazer coisas terríveis”).

Construção esta possível em virtude da inteligência humana e do poder das palavras. Segundo a teoria da linguagem de Sapir-Whorf, as palavras não são simplesmente descritivas da realidade, mas construtoras da realidade. O que pode ser questionado em relação ao mundo físico, é muito verdadeiro em relação ao mundo social. É por isso que as lutas das palavras pelas palavras são tão importantes: ter a última palavra é ter o poder sobre a representação legítima da realidade; dentro de certos casos, impor a representação é impor a realidade quando se trata de fazer a realidade. Em muitos casos, o poder das palavras e o poder sobre as palavras são poderes políticos; em última análise, o poder político é em grande parte um poder pelas palavras, na medida em que as palavras são instrumentos de construção da realidade. E na medida em que a política é uma luta pelos princípios de visão e de divisão do mundo social, o fato de impor uma nova linguagem a propósito do mundo social possibilita, em grande parte, a mudança desta realidade. Os juristas, portanto, possuem um capital de palavras, um capital de conceitos e eles podem, a este título, contribuir à construção da realidade... Este capital de palavras, de conceitos, é também um capital de soluções e de precedentes para as situações difíceis da experiência. Isto se vê muito bem nas sociedades ditas arcaicas, nas quais o poeta, que era o jurista espontâneo, tinha a última palavra porque ninguém sabia o que dizer. Desde a Idade Média, os juristas estão nesta posição de *juris peritus*, de quem é experto em direito e de quem, por isso mesmo, pode fornecer soluções a problemas passados, para os quais há precedentes, mas também para problemas inusitados, sem precedente<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> Discours préliminaire du premier projet de code civil français. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/code/index.html>>, acesso em: 15 out. 2014: “selon la théorie du langage de Sapir-Whorf, les mots ne sont pas simplement descriptifs de la réalité, mais construisent la réalité. Ce qui est très discutible quand il s’agit du monde physique, est fortement vrai quand il s’agit du monde social. C’est pourquoi les luttes des mots, sur les mots, sont si importants: avoir le dernier mot, c’est avoir le pouvoir sur la représentation légitime de la réalité; dans certains cas, imposer la représentation, c’est imposer la réalité quand il s’agit de faire la réalité. Dans des nombreux cas, le pouvoir des mots et le pouvoir sur les mots sont des pouvoirs politiques; à la limite, le pouvoir politique est pour une grande part un pouvoir par les mots, dans la mesure où les mots sont des instruments de construction de la réalité. Et dans la mesure où la politique est une lutte sur les principes de vision et de division du monde social, le fait d’imposer un nouveau langage à propos du monde social, c’est, pour une grande part, changer la réalité. Les juristes ont donc un capital de mots, un capital de concepts et ils peuvent à ce titre contribuer à la construction de la réalité... Ce capital de mots, de concepts, est aussi un capital de solutions et de précédents, pour les situations difficiles de l’expérience. Cela se voit très bien dans les sociétés dites archaïques, où le poète, qui était le juriste spontané, était celui qui avait le dernier mot lorsque personne ne savait quoi dire. Dès le Moyen Age, les juristes sont dans cette position *juris peritus*, celui qui est expert en droit e qui, de ce fait, peut fournir des solutions aux problèmes passés, pour lesquels il ya des précédents, mais aussi aux problèmes inouis, aux problèmes sans précédent.”

Foram justamente os novos anseios e as novas relações da sociedade que tornaram necessária a construção de uma inédita forma de responsabilização, desvinculando a obrigação de reparar do ilícito e da noção de culpa, a qual, como já visto, por se revestir de caráter subjetivo e moral, tornava difícil a prova e dificultava o reconhecimento do dever indenizatório.

A responsabilidade objetiva foi fruto de um novo ideal de justiça, em que a responsabilização não decorre do descumprimento de um dever jurídico preexistente, seja por culpa *strictu sensu* ou por dolo, mas da própria atividade do agente, tendo sido o risco desenvolvido como um de seus fundamentos. A imputação, antes vinculada ao conhecimento do dever e à possibilidade de observá-lo, decorre pura e simplesmente do fato, da atividade, que por isso mesmo pode ser lícita.

E a transformação é constante. Como já abordado, já há doutrinadores que desenham outros fundamentos para a responsabilidade civil, desvinculando-a dos pressupostos originalmente integrados a ela como a culpa e o dano.

A própria noção de causalidade é estendida, na medida em que a securitização se transforma também em instrumento de responsabilização<sup>61</sup>, enquanto o nexa causal acaba atenuado com o surgimento de novas possibilidades de indenização, como no caso da responsabilidade pela perda de uma chance<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Como bem coloca Savatier (Op. cit.), a securitização é criação que possibilitou que a responsabilidade civil continuasse a cumprir sua função social, sem difusão de maiores prejuízos, notadamente no que diz respeito às pessoas envolvidas em atividades lícitas, mas de risco e essenciais ao desenvolvimento: “Ces résultats n’ont été possibles que par le développement d’une institution devenue capitale: l’assurance de responsabilité. Elle permet, en effet, d’amortir sur la collectivité des dommages qui ne pourraient être mis à la charge privée d’un individu responsable, sans faire de lui une autre victime. (...) Grâce à l’assurance de responsabilité, on a donc pu, sans risque d’injustice, faire répondre, de préjudices considérables, des individus mêmes exempts de faute. A l’antique responsabilité sortie de la faute, s’est jointe, dès lors, une autre sorte de responsabilité. Il est commode de lui attribuer pour source une notion de risque. Car elle repose sur cette idée que celui que met en mouvement des activités susceptibles de devenir dommageables, doit, sous certaines modalités, en supporter les risques, c’est-à-dire, réparer à ses frais, directement, ou par le moyen d’une assurance, le dommage qui en résulterait. Non seulement l’assurance a permis de développer une responsabilité sans faute, mais elle est, aujourd’hui, nécessaire pour permettre le maintien de la règle astreignant l’auteur d’une faute vénielle à répondre, indéfiniment, de tout le dommage qu’elle cause, et dont les proportions se sont multipliées à l’échelle des forces démesurées captées par l’homme”.

<sup>62</sup> CASTRO, Alexandre Martins de; MAIA, Maurilio Casas. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica*: entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O dano, por sua vez, tem o conceito transformado, para abarcar qualquer interesse juridicamente protegido.

Como bem pontua Alexandre Guerra, a conceituação do elemento dano filia-se majoritariamente a uma acepção patrimonial (econômica) no sentido de um efetivo prejuízo, a uma perda de algo que até então compunha o patrimônio da vítima, ainda que futuro (os lucros cessantes, que, propriamente, não são cessantes [ou seja, os que cessaram]), mas o que não advieram justamente pelo comportamento do ofensor). Não é, contudo, necessariamente assim. O conceito de dano intensamente se vincula, na contemporaneidade, à lesão de direitos próprios da condição humana, direitos fundamentais, não necessariamente econômico-patrimoniais<sup>63</sup>.

Por essa nova abordagem, pode o dano ser subdividido em diversos tipos, possibilitando até mesmo a defesa quanto à existência de um dano social, que ultrapassa a pessoa da vítima, para atingir a toda a coletividade<sup>64</sup>, assim como a defesa quanto a uma função também punitiva para a responsabilidade civil.

É nesse contexto que Geneviève Viney vislumbra como duas as tendências marcantes do instituto no Direito contemporâneo: a organização de um sistema próprio de indenização de danos de massa e a diversificação de suas funções:

[...] Deverá diversificar suas funções integrando os imperativos de dissuasão e de prevenção que foram um tanto negligenciados até o presente. Em poucas palavras, será preciso que ‘vista uma nova pele’. Esperemos, em consequência, que os jovens juristas que se responsabilizarão pelo direito futuro saibam demonstrar imaginação e clarividência a fim de propor as reformas que se impõem, e que os juízes, assim como os políticos, tenham a coragem de efetivar essas proposições<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> GUERRA, Alexandre. O dano moral punitivo e a indenização social. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 201-231.

<sup>64</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<sup>65</sup> VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPETINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 55.

Questiona-se mais uma vez, então, se não seria possível visualizar a responsabilidade civil apenas como mais um dever jurídico a ser observado pelo cidadão, por imputação legal. Em outros termos, a responsabilidade civil poderia ser definida como o dever de reparar ou compensar (ou até mesmo de punir ou prevenir), por força de determinação legal, com a finalidade precípua de manter o equilíbrio e a paz social, na busca da justiça (na satisfação de nosso ideal inato de equidade).

Dentro desse contexto, diversos tipos de responsabilidade, com pressupostos ou requisitos próprios (decorrentes da necessidade de cada fato ou relação real), teriam espaço para conviver pacificamente e sem limitação da evolução necessária.

O que faz muito sentido quando se verifica que situações fáticas que anteriormente não implicavam o dever de reparação, passaram a fazê-lo, ainda que ausente imputação legal expressa, como no caso da proteção do direito à imagem *per se* – independentemente da violação de outros direitos da personalidade – antes da vinda da Constituição Federal e do Código Civil em vigor, e de indenização por abandono moral<sup>66</sup>.

Frise-se que a responsabilidade civil tem como prioridade, ainda nos tempos hodiernos, a função reparadora, apoiada no princípio romano da *restitutio in integrum* (princípio da restituição integral), o qual justifica a existência da regra do artigo 944 do Código Civil Brasileiro.

Com relação a tal ponto e como bem coloca Sergio Cavalieri:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente exis-

<sup>66</sup> Direito à imagem. Fotografia. Publicidade comercial. Indenização. A divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe a reparação do dano. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE n. 95.872-0, Rio de Janeiro, Primeira Turma, Relator Ministro Rafael Mayer, 10 de setembro de 1982).

ABANDONO MORAL - AUSÊNCIA DE ALIMENTOS E PRESENÇA DO PAI NA VIDA DO FILHO - FALHA DO APELO COM NÃO TANGENCIAR O MÉRITO - EIVA ELIMINADA PELA INTERPRETAÇÃO LÓGICOSISTEMÁTICA DO PEDIDO - DANOS MORAIS PLEITEADOS - CONFIGURAÇÃO - RÉU QUE ADMITE AFASTAMENTO DA FILHA POR PROBLEMAS COM A MÃE DESTA - INADMISSIBILIDADE - CONFISSÃO SEGURA DA AUSÊNCIA VOLUNTÁRIA DO RÉU NO ACOMPANHAMENTO DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA DO APELANTE - DANO MORAL RECONHECIDO - NEXO CAUSAL EVIDENTE - PENA PECUNIÁRIA DEFERIDA NÃO POR NÃO SENTIR AMOR SENÃO POR O NÃO PROCURAR SENTIR - ABANDONO MATERIAL E MORAL CONFIGURADO - SENTENÇA REFORMADA - APELO PROVIDO (TJSP, APELAÇÃO n° 4005529-88.2013.8.26.0320, Relator Giffoni Ferreira, 2ª Câmara de Direito Privado, julgamento de 21/10/2014).

tente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano... Observa o insigne Antônio Montenegro que a teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões em tomo da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocada pelo dano<sup>67</sup>.

Para atendimento da função social do instituto, talvez não haja, de fato, necessidade de se restringirem os possíveis fundamentos e as possíveis finalidades da responsabilidade civil. Nos dizeres de Teresa Ancona, em face dos novos princípios constitucionais: “a obrigação geral de segurança veio se acrescentar à reparação integral e à solidariedade, ou seja, a responsabilidade civil foi enriquecida, evoluiu. Não há exclusão de nenhum dos paradigmas anteriores”<sup>68</sup>.

Note-se, porém, que a releitura dos fundamentos da responsabilidade civil não dispensa a necessidade de depuração dos conceitos, para que a segurança jurídica não reste abalada. Daí a relevância do esforço doutrinário para uma nova sistematização da matéria, visando à garantia de uniformidade na solução dos conflitos e de realização de justiça.

Caberá, portanto, a cada sociedade, de acordo com os seus valores e ideais, regulamentar o dever de indenizar da forma mais eficiente para que os danos não resem indenes, sem que isto reflita obstáculo ao desenvolvimento econômico, que é garantia de progresso, ou institua preferência injustificada para algumas classes de cidadãos em prejuízo de outras, que também demandam proteção.

Nesta caminhada, não podem ser esquecidas algumas providências práticas relevantes: organização da matéria pela doutrina e sistematização da jurisprudência.

<sup>67</sup> CAVALIERI, Sérgio. Op. cit., p. 39.

<sup>68</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 1223-1234, jan./dez. 2010.

## Bibliografia e notas

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Renovar.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O sistema da responsabilidade no Código Civil de 2002: prevalência da responsabilidade subjetiva ou objetiva*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22841/o-sistema-da-responsabilidade-no-codigo-civil-de-2002-prevalencia-da-responsabilidade-subjetiva-ou-objetiva/3>>. Acesso em: 9. dez. 2014.

BENACCHIO, Marcelo. A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 642.

BETTI, Emílio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2006

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil nas atividades perigosas. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: editora Saraiva, 1984.

CASTRO, Alexandre Martins de; MAIA, Maurilio Casas. A responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, n. 95, set./out. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil 2 – obrigações – responsabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COOK, Gareth. *The moral life of babies*. Scientific American site. Disponível em: <<http://www.scientificamerican.com/article/the-moral-life-of-babies/>>. Acesso em: 29 out. 2014.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Considerações sobre a responsabilidade civil do Estado por fatos dos seus agentes*. Trabalho apresentado à Disciplina de Direito Administrativo do Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/8919>>.

DALLA, Danilo; LAMBERTINI, Renzo. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2001. cap. VI, Obbligazioni - I delitti. Generalità La pena privata.

DISCOURS préliminaire du premier projet de code civil français. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/code/index.html>>. Acesso em 23. ago. 2014.

GLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

GOGLIANO, Daisy. Direito civil sanitário e o novo Código Civil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 34-53, jul. 2002.

\_\_\_\_\_. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 509-547, jan./dez. 2009.

GOÑÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. v. IV, p. 3.

GUERRA, Alexandre. O dano moral punitivo e a indenização social. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 201-231.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, ano II, v. 2, n. 1.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano XXXVIII, v. LXXXVI, fasc. 454, abr. 1941.

LIMA, Alvino. Da culpa ao risco. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1938.

\_\_\_\_\_. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 111-152, jan./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 1228 e 1223-1234, jan./dez. 2010.

MORSELLO, Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. *Revista da Escola da Magistratura*, ano 7, n. 2, p. 1-176, jul./dez. 2006.

REALE, Miguel. Diretrizes gerais sobre o Projeto de Código Civil. In: REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

SHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva genérica fundada na atividade de risco (teoria geral e hipóteses práticas)*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp086902.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2014.

STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TAMLER, Sommer. *Free will and experimental philosophy: an intervention*. Disponível em: <[www.verybadwizards.com](http://www.verybadwizards.com)>. Acesso em: 13 jun. 2015.

UEDA, Andréa Silva Rasga. *Responsabilidade contratual: a causalidade do dano (nexo de causalidade) é a mesma na responsabilidade contratual e na extracontratual?* Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22673>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: L. G.D.J., 1965.

\_\_\_\_\_. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.