

RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA EVOLUÇÃO DE UNDAMENTOS E DE PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**

SUMÁRIO: RESUMO. RESUME. PRIMEIRAS PALAVRAS: AS RAZÕES DE SE BUSCAR A ESTRUTURA DE UMA RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA. 1. A POSIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO ENTRE 1916 E 2002: DE CLÓVIS BEVILAQUA A MIGUEL REALE. 2. O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O PERCURSO ENTRE A CULPA E O RISCO: UM IMPORTANTE PASSO NA EVOLUÇÃO. 3. O PASSO ALÉM QUE TEM SIDO INTENTADO PELOS DOUTRINADORES CONTEMPORÂNEOS E A ADMISSÃO DE UM FUNDAMENTO DISTINTO A JUSTIFICAR A RESPONSABILIDADE CIVIL, HOJE. 4. EM SÍNTESE: QUAL SERIA O PERFIL DE UMA *MISE EN DANGER OTIMIZADA*, E QUAL SERIA, POR CONSEQÜÊNCIA. O PERFIL DO CRITÉRIO QUE SE TEM INTENTADO BUSCAR?. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Em todo o mundo jurídico, de sistemas ocidentalizados especialmente, tem se buscado alcançar este desiderato, quer dizer, a construção ou consolidação de uma noção que seja um *portador geral*, ou um *denominador comum*, ou um *critério suficiente*, mas que seja capaz de assegurar a reparação efetiva e adequada aos danos sofridos em razão das especificidades do *modus* contemporâneo de atuação humana.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade, Culpa, Risco

RESUME: Dans le monde juridique, avec ses systèmes qui ne sont pas qu'espécialement occidentalisés, il y a une querelle à ce sens; celà veut dire que le construction ou le consolidation d'un notion qu'il soit un conception général ou consensuel, ou une critère qui'il ne soit pas qu'assurateur de la réparation éfetif et d'adequation à les danes, en fonction des espécificités du *modus* contemporain de l'action humaine.

** Doutora e Livre Docente em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora Associada do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MOTS-CLES: Responsabilité, Culpes, Risque

PRIMEIRAS PALAVRAS: AS RAZÕES DE SE BUSCAR A ESTRUTURA DE UMA RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA

O presente artigo tem por escopo ordenar uma breve síntese do pensamento contemporâneo acerca da busca doutrinária que se faz – em boa parte do mundo jurídico ocidental, principalmente – de um *novo critério* que seja capaz de fundamentar e de justificar uma proposta voltada à organização de um novo sistema de responsabilidade civil, ao qual se denomina, pioneiramente, de *responsabilidade pressuposta*.

A grande questão, em sede da responsabilidade civil contemporânea, a se envolver nas dobras do pensamento jurídico da pós-modernidade, afinal de contas, é aquela que mostra a atual tendência de revolta contra as torrentes de construções doutrinárias e jurisprudenciais que visaram, precipuamente, *dar menos* à interpretação dos textos legais, no sentido do favorecimento do direito das vítimas, para *dar mais*, a essa interpretação que correu no sentido de melhor favorecer o interesse do demandado em não reparar o dano causado.

Não sem estar coberto de razão, já havia escrito, ao final do século anterior, o eminente civilista brasileiro Caio Mário da Silva Pereira, que “a evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça” (1999, p. 362). A lúcida razão do autor se encontra nesta imperiosa necessidade de se definir, de modo consentâneo, eficaz e ágil, um sistema de responsabilização civil que tenha por objetivo precípua, fundamental e essencial a convicção de que é urgente que deixemos hoje, mais do que ontem, um *número cada vez mais reduzido de vítimas irressarcidas*.

Mais que isso. O momento atual desta trilha evolutiva, isto é, a realidade dos dias contemporâneos, detecta uma preocupação – que cada vez mais ganha destaque – no sentido de ser garantido o direito de alguém de *não mais ser vítima de danos*. Este caráter de *prevenção da ocorrência de danos* busca seu espaço no sistema de responsabilidade civil, em paralelo ao espaço sempre ocupado pela *reparação dos danos já ocorridos*.

Há um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama transformação, pois as soluções teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontram-se em crise, exigindo revisão em prol da manutenção do justo.

Estrutura-se, paulatinamente, um sistema de responsabilidade civil que já não se sustenta mais pelos tradicionais pilares da antijuridicidade, da culpabilidade e do nexos de causalidade, apenas. Organiza-se, já, um sistema que não recusa – como outrora se recusava, por absolutamente inaceitável – a existência de um *dano injusto*, por isso indenizável, decorrente de *conduta lícita*. Apresenta-se, nos dias de hoje, um sistema de responsabilidade civil que já não se estarrece com a ocorrência de responsabilidade independentemente de culpa de quem quer que seja.

As perguntas que insistem em latejar na mente do pesquisador e do observador social e jurídico são: Qual é a efetiva razão de ressarcir? Qual é o verdadeiro pressuposto do dever de indenizar? Qual é o novo contorno e conteúdo da reparação? Qual é, então, o marco teórico da responsabilidade civil, neste tempo das primeiras pegadas do novo milênio?

Sobre isso discorre o que se tem chamado de *responsabilidade pressuposta*, enquanto uma responsabilidade de novo perfil, que se descortina por meio de um critério que a fundamente e justifique, como já se disse antes, isto é, um verdadeiro critério de imputação da responsabilidade sem culpa, elevado à categoria de *règle à valeur d'ordonnancement juridique*.

Não é simples encontrar um critério assim, que seja portador de qualidades que o permitam posicionar-se como um denominador comum de variadas hipóteses danosas, já ocorridas ou não, bem como seja um critério que tenha qualidades e atributos tão suficientes que possam arrebatar as hipóteses todas, subsumindo-as à sua determinação de responsabilização. Não é simples encontrar um critério assim porque não se busca apenas um critério tão geral que possa, sob um padrão de melhor segurança, constituir-se em fundamento essencial e intrínseco de um sistema de responsabilização porvir. Mas se busca um critério que pudesse, perfeitamente, se determinar em prol destas intenções e exigências primordiais, quais sejam, que o número de vítimas de danos que permanecem irressarcidas fosse um número – a cada vez, e sempre – significativamente *menor*.

O contorno fundamental da principiologia de amparo e o matiz de sustentação do viés axiológico de resguardo de uma tal reestruturação sistemática deverá estar, por isso mesmo, indelevelmente vinculado ao respeito à dignidade da pessoa humana, esta que é, enfim, o sentido e a razão de toda e qualquer construção jurídico-doutrinária ou jurídico-normativa. Tudo exatamente para que o direito, pensado em sua gênese, cumpra seu papel mais extraordinário, o papel de responsável pela viabilização da justiça e da paz social.

1. A POSIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO ENTRE 1916 E 2002: DE CLÓVIS BEVILAQUA A MIGUEL REALE

Antes de ingressar propriamente no desdobramento analítico do tema central deste artigo, é útil mostrar, ainda que com brevidade, qual a situação do direito positivo brasileiro, na trajetória de seus dois Códigos Civil, e como ele tratou (ou não) as preocupações que agora geram estas reflexões sobre o que se tem denominado *responsabilidade pressuposta*.

Como se sabe, o Código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva para a composição das regras jurídicas acerca da responsabilidade civil, como se verificava do art. 159, do qual se dizia ser o *habitat legal* da responsabilidade derivada da culpa.¹ Mas tal posicionamento não impediu que o legislador, em passagens esparsas, houvesse considerado a adoção da responsabilidade objetiva, baseada no risco e não na culpa. Ambas as posições coexistiram pacificamente no corpo do Código anterior, sendo que a responsabilidade objetiva – posto que obrigação legal de indenizar – esteve, como não poderia deixar de ser, invariavelmente prevista na lei, imputando a responsabilidade de ressarcir o dano a certas pessoas, independentemente da prática de ato ilícito, pessoas estas a quem não se admite qualquer escusa subjetiva no sentido de pretender demonstrar a sua não-culpa.

No momento atual, sob a égide do novo Código Civil Brasileiro², observa-se, sem dúvida, a presença de certo avanço que o Projeto de Código Civil, conhecido como Projeto Miguel Reale, do ano de 1975, pôde produzir, há cinco lustros. Nem perfeito, nem retrógrado. Nem ambicioso, nem descomprometido com a realidade, mas com um certo viés de coragem, caso se considere a inserção de um sistema geral de responsabilidade objetiva ao lado do sistema geral de responsabilidade subjetiva, ou caso se considere a abertura cometida em nome da *equidade*, assunto que absolutamente não habitou o sistema do Código Civil de 1916, ao tempo de sua promulgação, no início do século anterior.

O Código Civil de 2002, e no cerne da estruturação legislativa da

¹Art. 159 CC/1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

²O novo Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, entrou em vigor no dia 10 de janeiro de 2003. Este capítulo foi escrito em março de 2002, e tomou por base as considerações já expandidas pela autora do presente estudo, no ano anterior, quando proferiu a palestra *Tendências atuais da Responsabilidade Civil: marcos teóricos para o direito do século XXI*, proferida no Congresso Jurídico – Brasil 500 Anos, promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, coordenado pelo Prof. FRANCISCO AMARAL, no Rio de Janeiro, entre os dias 13 e 16 de setembro de 2000, em homenagem póstuma ao Professor RUBENS LIMONGI FRANÇA, da Faculdade de Direito da USP.

responsabilidade civil, introduziu uma regra geral bem distinta daquele que se continha na legislação anterior. Vale dizer, introduziu a imputação do dever de indenizar por atribuição meramente objetiva, sendo que não o fez pontualmente, em situações individualizadas, delimitadas, mas o fez como sistema geral, transmudando o caráter da responsabilidade objetiva – até então meramente excepcional – em regra, isto é, em preceito legal geral. O art. 927 e § único do novo Código³ destacam assim, em vivas letras, aquilo que é uma necessidade crescente entre nós: o dever de indenizar *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outra pessoa.

Obviamente, apesar desta marcante tendência objetivista da responsabilidade civil, na Lei nova, não se encontra abandonada a responsabilidade por culpa, continuando consagrada na Parte Geral, entre os dispositivos que formatam o Título relativo aos *atos ilícitos*⁴, repetindo-se adiante, no arcabouço da responsabilidade civil propriamente dita.⁵

Relativamente à responsabilidade do *incapaz*, avançou o novo Código⁶, ao prever que ele responde pelos danos a que der causa, se seus responsáveis não tiverem a obrigação de indenizar ou se o patrimônio destes, desde que responsabilizados, não for suficiente para atender ao reclamo da vítima. Trata-se de interessantíssimo avanço já conhecido de outras legislações estrangeiras, e que atende rigorosamente a este paradigma da pós-modernidade que aponta o foco de atenção, do direito e da lei, para a pessoa da vítima e para a imprescindibilidade de refazimento de sua circunstância jurídico-patrimonial afetada pelo dano sofrido, mas, especialmente, pelo refazimento de sua condição de titular do direito à dignidade constitucionalmente plasmada enquanto valor máximo da pessoa humana, pela imposição do dever indenizatório ao causador do dano. Ainda que incapaz. Embora o atual Código Civil não estabeleça expressamente esta consignação, a oportunidade da inserção legislativa se sobreleva naquelas hipóteses em que o incapaz causador do dano é, na verdade, um relativamente capaz e titular de patrimônio suficiente.

Cuidadoso, o legislador não deixou de avisar que a aplicação desta

³Art. 927. [...] *Parágrafo único*. Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (g.n.).

⁴Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁵Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

⁶Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se ela privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

regra tem, como pressuposto inafastável, a certeza de que a cominação do dever de indenizar não promoverá a privação do incapaz, relativamente àquilo que minimamente necessita para si próprio. O bom senso do magistrado zeloso – que aplicará a nova forma de expressão legislativa do direito civil no que respeita à responsabilidade civil e ao dever de indenizar danos causados – levará em conta esta bipolarização de interesses, conjugando-os *equitativamente*, conforme convém à nova arquitetura legislativa.

Por outro lado, e ainda sob a consideração do Código Civil de 2002, destaca-se esta especialíssima questão referente à expansão dos critérios endereçados à quantificação ou mensuração dos valores indenizatórios por dano moral. Equilibrada e moderna, além de justa, a nova legislação civil eleva e destaca valores éticos imorredouros, tais como a probidade, a boa-fé e, principalmente a *equidade*. Todo este novo perfil normativo traz enormes mudanças na aplicação do direito, exatamente porque confere ao magistrado uma saudável responsabilidade na composição pecuniária da indenização, tornando-a equânime e, por isso, mais justa, atuação esta que é inovadora entre nós, mas que tem por paradigma a moldura da *common law*. Contudo, o que mais se destaca, talvez, como novidade a ser considerada é a revolução provocada pela nova Lei em matéria de responsabilidade por fato de outrem, pela adoção da teoria do risco-proveito e pelo conseqüente abandono, enfim, do *frágil estratagema da inversão do ônus da prova*. E assim, o colossal art. 933 do novo Código⁷, em caráter coadjuvante, determina que as pessoas indicadas no artigo antecedente (os pais, o tutor, o curador, o empregador) responderão pelos atos daqueles indicados e a eles relacionados (os filhos menores, os pupilos, os curatelados e os empregados), *ainda que não haja culpa de sua parte*. Trata-se da tão ansiada transição da *culpa presumida* e do ônus probatório invertido para uma *objetivação efetiva* desta responsabilidade *in casu*.

Indo além, o legislador do novo Código estabeleceu a solidariedade⁸ entre as pessoas responsabilizadas pelos danos causados por terceiros e estes próprios, situação não presente na Lei Civil anterior, mas muito

⁷Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

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

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

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

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

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

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a III do artigo antecedente, *ainda que não haja culpa de sua parte*, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

⁸Art. 942. [...] *Parágrafo único*. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

discutida doutrinária e jurisprudencialmente, no curso da vigência do Código de 1916.

Sem pretender a análise pontual dos dispositivos que compõem o Título IX do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002 – artigos. 927-954 – anotam-se os fundamentais plexos ou paradigmas da responsabilidade civil na nova legislação, à guisa de reconhecer as tendências de outrora já fixadas na lei nova, como ponto de partida e reflexão para o evoluir do novo século: a) reparação do dano causado por culpa do agente, ou independentemente de sua culpa⁹; b) reparação do dano moral¹⁰; c) repressão ao abuso do direito¹¹.

2. O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O PERCURSO ENTRE A CULPA E O RISCO: UM IMPORTANTE PASSO NA EVOLUÇÃO

A crise do sistema clássico de responsabilidade civil está a exigir uma revisão crítica que se fará obrigatoriamente por intermédio da releitura da própria história dos povos, da re-edição do diálogo entre o direito e a sociedade e da re-apreciação dos fatos da vida como se apresentam hodiernamente e como influenciam a trajetória e a esfera jurídica dos homens. A era da globalização, conforme Milton Santos (2000, p. 171) “mais do que qualquer outra antes dela, é exigente de uma interpretação sistêmica cuidadosa, de modo a permitir que cada coisa, natural ou artificial, seja redefinida em relação com o todo planetário”.

Ao longo do século XX, dezenas de teorias foram desenvolvidas para explicar ou para criar parâmetros fundantes de um sistema de responsabilidade civil distinto daquele que até o anterior século pareceu bastar. Os pensadores do direito, jusfilósofos e jus-sociólogos, buscaram critérios de identificação para as novas ocorrências e exigências da vida dos homens, como se buscassem – diga-se assim – *um padrão de fundamentação*, ou uma *tábua de pressupostos*, ou ainda um *denominador comum* que fosse capaz de se expressar, enfim, como fonte e fundamento do dever de indenizar o dano que alguém injustamente sofra.

Ao lado desta prodigalidade de formulações teóricas se instalaram, também, e de modo igualmente pródigo, as mais diferentes tendências

⁹Art. 927. Aquele que, *por ato ilícito* (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. *Parágrafo único*. Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁰Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito. (g.n.)

¹¹Art. 187. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (g.n.)

jurisprudenciais, com respostas distintas para casos semelhantes, com respostas semelhantes para casos distintos e com idênticas respostas, para casos semelhantes ou não, mas oriundas de fundamentação diversa. O século XX – não há como negar – produziu uma verdadeira torre de Babel, em termos de apreciação, análise e aplicação da responsabilidade civil.

O espaço de tempo de cem anos, se contado desde 1899 e até 1999 – quer dizer, o lapso temporal que liga e relaciona Clóvis Bevilacqua a Miguel Reale¹² – pode dar bem a noção do quanto se alterou, em termos doutrinários e em sede jurisprudencial, a maneira de tratar a responsabilidade civil.

Olhando este passado relativamente recente, no Brasil e fora dele, resta sempre, ao investigador, a dúvida, como tão bem traduzida por Luiz Edson Fachin (2000, p. 16) *se o passo a frente que se esboça é uma mudança efetiva ou tão-só a última fronteira de um sistema moribundo que agoniza, mas ainda não esgotou*.

Ora, todo tema investigatório que pertença ao contexto geral da ciência jurídica, como é o caso do instituto da *responsabilidade civil*, trará consigo as mesmas preocupações e as mesmas angústias acerca de se desvendar qual o melhor percurso para definir, a contento, a cientificidade da investigação por ele levada a efeito, assim como se o faz, *a priori*, com a própria ciência que o contempla.

A ciência do direito é uma inquietude ante o problemático, afirma Maria Helena Diniz (1995, p. 29), e por isso, a escolha do método de investigação se torna imprescindível à delimitação do objeto a ser investigado e à certeza do investigador acerca do que realmente tenciona fazer e do lugar onde efetivamente deseja chegar.

É certo que a escolha de um método não exclui, obrigatoriamente, a interferência positiva de outro, desde que não conflitem os espectros e os paradigmas perseguidos, sempre em prol da qualidade, da validade e da segurança dos resultados que se visa obter. Pode ocorrer de ser, o método selecionado, um método histórico, ou um método de concepções analíticas, ou um método de experimentação do cotidiano em busca das estruturas positivadas. Pode ocorrer de ser uma mistura possível de dois deles, como uma simbiose, ou uma infiltração oportuna de um em outro. Importa, verdadeiramente, a justificação do recurso metodológico e a sua adequação ao quanto se tem em vista perseguir e demonstrar. Tarefa não exatamente simples, não exatamente fácil.

De toda a sorte, não há como negar, o instituto da *responsabilidade*

¹²Referência aos dois projetos de Código Civil de maior destaque em toda a história do Direito no Brasil, isto é, o Projeto de 1899, de Clóvis Bevilacqua, que se transformou no primeiro Código Civil Brasileiro, em 1916, e o Projeto 624-B/75, supervisionado por Miguel Reale, que atualmente, já sancionado pela Presidência da República, aguarda o prazo da *vacatio legis* para entrar em vigor como novo Código Civil Brasileiro.

civil é instituto que pertence ancestralmente à estrutura geral do direito civil, e é parte deste sistema global de experiências sociais unidas de modo pleno, coerente e dinâmico. O movimento próprio deste sistema jurídico é responsável pela impossibilidade de seu fechamento em si mesmo, ou da cristalização de seus cometimentos, ainda que justamente em face de alguns de seus princípios e de alguns de seus valores historicamente imutáveis. A renovação, pois, não prejudica a ordenação sistemática, mas a revitaliza e lhe concede – ou visa conceder – uma perene adequação aos novos anseios e às novas necessidades, oriundas de um novo tempo, mas sempre sob a mesma tábua valorativa maior que é a que busca, eternamente, a realização do justo e do equânime.

O fundamento e a justificação do instituto, assim como o fundamento e a justificação da própria ciência do direito, encontram sua base de sustentação e de reflexo na clássica e dicotômica concepção filosófica do fenômeno jurídico que o desvenda, ora sob as luzes do *jusnaturalismo*, ora sob o tecido do *positivismo jurídico*. Assim, e se a sistematicidade é o principal argumento a favor da cientificidade do conhecimento jurídico, como bem registra Tércio Sampaio Ferraz (1997, p. 13), entre outros importantes jusfilósofos nacionais e estrangeiros, epistemologicamente o assunto se desenlaça por meandros discrepantes entre si, mas que, diferente do que se possa imaginar, não infertilizam esta seara de busca do objeto da investigação jurídica e de sua cientificidade, mas, contrariamente, denotam o fortalecimento filosófico da ciência jurídica.

Em face do saber jurídico, várias posições epistemológicas se alinham tendentes a delinear o seu âmbito, a desenhar os seus vieses, a matizar os seus contornos com os princípios e valores de uma ciência que não se amalgama ou se confunde com outra ciência.

A análise mais paciente de algumas destas variações tendentes a teorizar a origem, a natureza e os limites da ciência jurídica, bem assim como a especificidade de seu objeto e o seu método de especulação, pode encaminhar à revisão de certas direções filosóficas que se afirmam ao longo da história do direito dos homens, uma após as outras, mas repetindo-se, às vezes, em diferentes momentos desta mesma trajetória. A exemplo de Colombo, descobrindo de longe as costas da América, quem escolheu por se interessar pela filosofia do direito, ignora ainda que esteja a ponto de abordar um continente misterioso.

Mas é justamente, quiçá, esta ousadia do pesquisador que, sendo salutar, pode permitir uma imersão mais eficiente do pensamento jurídico à busca da concreção da idéia de justiça, deixando acontecer o confronto – nem sempre bélico – entre o relativo e o absoluto, para deixar exposta, como

o faz Frédéric Rouvillois (1999, p. 11-16), a questão de indagar *quais podem ser os vínculos do direito com a coação, a razão, o tempo e a ética*. Reclama, e com razão, o autor, que a omissão de um viés prático do direito, pelo filósofo tendente a encastelar-se *na torre de marfim da idéia pura*, pode causar a dissociação indesejável das verdades que se perfilam em par, impedindo a consagração do direito em sua mais extraordinária concreção, qual seja, como se disse, essa busca eterna, ainda que renovável, da realização do justo e do equânime.

Talvez a mais significativa de todas as teorizações jurídicas seja a que se denomina *jusnaturalismo*, segundo a qual – por tendência natural humana, ou por princípio norteador da vida honesta – o homem não deve lesar o seu próximo. *Neminem laedere*, é a arcaica regra, simplificada regra, na verdade, do preceito maior originado nos *Jura Praecepta* do direito romano, conhecido como *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*. Desde sempre – e como exigência do modo honesto de viver¹³ – em hipótese de lesão a outrem causada, haveria de se devolver o que dele é, ou o que perdeu, por meio da reparação do dano. Assim agir decorre da natural noção de que o dever de reparar o dano derivado da injusta invasão da esfera jurídica alheia integra a completude do *honeste vivere*.

Afinal, *o direito não é apenas uma técnica; é uma ciência e é uma arte; é a virtude na perseguição do justo*.¹⁴

De um lado o dever. De outro lado o direito. A dualidade eterna, o verso e o reverso, o côncavo e o convexo. Mesmo sem intentar a recuperação das teorizações à volta de direito subjetivo e de direito objetivo, não parece reclamar dúvida que ao direito da vítima à reparação do dano que injustamente sofre corresponde um dever de recuperação ou, ao menos de aproximação, do estado anterior à lesão causada.

Norberto Bobbio se pronunciou (1992, p. 18)¹⁵ – a respeito de se constituírem, os direitos do homem, numa classe variável – dizendo que

O elenco dos direitos do homem se modificou, e

¹³ Aqui, a concepção referida independe da concepção cristã de honestidade, mas tem aquele caráter teórico mais amplo, conforme convém.

¹⁴ VILLELA, João Baptista, mencionado verbalmente, em aula do curso de Mestrado da Faculdade de Direito de Bauru/ITE, no 2º semestre d 1999. As ciências, em sua acepção mais ampla, podem ser classificadas em três modalidades fundamentais; algumas se limitam a investigar "o que é" – são as chamadas ciências *teóricas* ou *especulativas*; outras, procuram orientar as condutas humanas indicando-lhes "como agir" – são as ciências *éticas* ou *morais*; e, finalmente, aquelas que orientam a atividade produtiva ou as realizações externas do homem, indicando-lhe "como fazer" – são as ciências *técnicas*. O direito pode ser considerado, exatamente como o faz João Baptista Villela, sob a tríplice perspectiva da teoria, da técnica e da ética, o que o torna complexo e belíssimo.

¹⁵ Pronunciou-se, assim, NORBERTO BOBBIO, no discurso de abertura levado a efeito no Simpósio Internacional dos Direito do Homem, realizado entre 1º e 03 de dezembro de 1967, em Turim, por iniciativa da Sociedade Italiana para a Organização Internacional, discurso este publicado em sua obra *Era dos Direitos*, cit., ps.15-24, sob o título *Sobre os Fundamentos dos Direitos do Homem*.

continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. [...] Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova – conclui o filósofo – que não existem direitos fundamentais por natureza.

De acordo, ou não, com as conclusões de Bobbio, o que é inegável é este caráter variável dos direitos humanos ou fundamentais, e o que é completamente verdadeiro, conforme o depoimento da própria vida e da própria História é o fato de que *novas pretensões*, a respeito das quais nem se cogita, poderão surgir, impondo a geração de novos direitos. É assim, exatamente assim, o que ocorre no plano da responsabilidade civil, cuja trajetória, ao longo do tempo, certamente abona a afirmação. Gustavo Tepedino se expressa, sobre essa longa estrada de construção, variação e transformação das relações privadas sob o matiz da responsabilidade civil, da seguinte forma:

A responsabilidade civil derivada não do ato ilícito, mas de fonte legislativa (ex lege) ampliou-se sobremaneira na atualidade, expressão de tendência que se solidifica, no caso brasileiro, com a Constituição de 05 de outubro de 1988, que projeta o dever de reparação para além dos confins da conduta culposa dos indivíduos. (1999, p. 175-176)¹⁶

Foi efetivamente a insuficiência de soluções, modernamente registradas, para atender aos milhares de distintos casos de danos – que perpetrados, transmudam-se em fatores de atribuição de responsabilização pelos prejuízos deles advindos – que se pôs a exigir uma significativa reformulação do atual sistema bipolarizado de responsabilidade civil, isto é, a responsabilidade decorrente do descumprimento contratual (responsabilidade contratual) e aquela conseqüente da prática de ato ilícito (responsabilidade extracontratual)’ (HIRONAKA: 2001). ‘O ingresso, no

¹⁶ O autor refere-se especificamente aos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incisos I a III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil.

campo de repercussão e de aplicação da responsabilidade civil, de fatores objetivos mostrou-se como incomensurável avanço, quando a questão de fundo, a mira central, o interesse crucial a ser atendido – como se consagra indiscutivelmente hoje – é o interesse da vítima’.

Afinal, “a responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano, que surge sempre quando alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão” (AZEVEDO: 1997, p. 27). Ou seria possível também compreendê-la, em sua extensão mais vasta, e como ela se desenha e recorta, hoje, no cenário jurídico brasileiro, especialmente, como sendo *a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou por simples imposição legal* (DINIZ: 1997).

‘A responsabilidade subjetiva fundamenta-se na existência de culpa do agente. Não havendo culpa, não há responsabilidade, ainda que presente o dano, pois a imputação da responsabilidade derivada de sua causação depende da conduta culposa do agente. A *culpabilidade*, também denominada culpa em sentido amplo, poder-se-ia definir como uma conduta do agente desaprovada pela lei, ou seja, uma conduta caracterizada pela reprovabilidade ou censurabilidade legal. E é assim que a doutrina mais apurada e destacada a define, como o faz, por exemplo, entre nós, Maria Helena Diniz (1996, p. 35):

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas conseqüências.

São estas, pois, as tradicionais formas de culpabilidade, ou culpa em sentido mais amplo: o dolo e a culpa propriamente dita. Insistentemente se tem registrado a ausência de significado desta distinção para o direito civil, em que pese sua absoluta importância para o direito penal, eis que, neste campo, a distinção influi decisivamente na determinação da pena e da sua

extensão' (HIRONAKA: 2000, p. 294).

Modelo insuficiente, capaz de deixar lacunas a respeito de reparação ou indenização de danos causados, a teoria da culpa não podia continuar atuando solitária, no cenário da responsabilidade civil. Carlos Alberto Gherzi (1997, p. 2) não parece demonstrar qualquer constrangimento por exagero quando afirma que

[...] así como la destrucción de la Bastilla simbolizó el fin del antiguo régimen monárquico, o la demolición del muro de Berlín representó la caída del comunismo, la insuficiencia de la responsabilidad subjetiva para dar solución a los miles de damnificados por las más diversas causas, sin duda puede servir como paradigma de la alocada construcción de máquinas que marca el final de un método, de una filosofía, de una historia.

A ampliação do campo de abrangência da responsabilidade acabou, então, por provocar certo declínio da culpa enquanto elemento imprescindível à sua configuração; no entanto, não desapareceu completamente a culpa, e nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro. Esta advertência já houvera sido considerada por Savatier que previu que “se uma responsabilidade fundada no risco se justifica plenamente em nosso direito moderno é preciso não lhe atribuir nem função única, nem mesmo o primeiro lugar” (PEREIRA: 1996, p. 271). Culpa e risco, anunciou o renomado jurista, devem deixar de ser considerados como *fundamentos* da responsabilidade civil, para ocuparem o lugar que efetivamente ocupam, isto é, a posição de *fontes* da responsabilidade civil, sem importar se uma delas tem primazia sobre a outra, sem a preocupação de que uma aniquila a outra, mas importando saber que, embora tão mais freqüentes os casos de responsabilidade subjetiva, embasada na culpa, persistem existindo os casos em que se registrará a insuficiência desta fonte, quando, então, abrir-se-á a oportunidade da reparação do dano pelo viés da nova fonte, a do risco. Convivem, portanto, as duas teorias, e conviverão provavelmente por longo tempo. Tem razão absoluta Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 273) quando afirma que, em nosso sistema jurídico, “convivem as duas teorias: subjetiva como norma geral e objetiva como preceituação especial”.¹⁷

Foi a partir da segunda metade do século XIX, então, que se iniciou o vasto movimento de expansão da responsabilidade civil, fomentado por

¹⁷ Assim já havia se expressado a autora do presente artigo na palestra citada, *Tendências atuais da Responsabilidade Civil: marcos teóricos para o direito do século XXI, passim*.

idéias, doutrinas e concepções cujos efeitos se prolongaram por todo o século XX. Patrice Jourdain (2000, p. 10) menciona que um duplo fenômeno de *objetivação* e de *coletivização* inverteu o curso – inclusive o subjetivo, estruturado sobre a base da culpa – da evolução.

Ao mesmo tempo em que se multiplicaram as atividades perigosas, o homem passou a aceitar, menos conformadamente, os golpes do destino. Patrice Jourdain escreve, com razão, que o ser humano *recusa o azar*, e exige a reparação de todo o dano sofrido, sempre à face de uma apreciação cada vez mais intensa da *valorização da pessoa humana*, o que contribuiu para que os cidadãos passassem a exigir sempre mais providências do Estado.

Os hábitos de proteção e de assistência os quais a sociedade mantém – escreve o autor francês – aumentam a necessidade de segurança do indivíduo e os encorajam a serem mais exigentes: a reparação dos danos torna-se um direito. Nesse contexto, a compaixão social que até então favorecia, sobretudo, os responsáveis de suas próprias culpas volta-se, repentinamente, ao lado das vítimas. A culpa, como fundamento único da responsabilidade civil, parece ser, então, um vestuário bem apertado para indenizar todas as vítimas. Quando a função indenizatória do instituto se afirma, os fundamentos espiritualista e individualista que o Código Civil havia lhe dado parece cada vez mais inadequado. A partir de 1870, alguns autores, preparando a evolução seguinte, recomendaram “deixar a culpa à margem” e substituí-la pela idéia de risco. Em seguida, as pessoas não seriam mais somente responsáveis por suas culpas, mas também pela realização dos riscos que criaram. Em vez de se ligar ao comportamento do sujeito responsável, o direito se orientava com o objeto da responsabilidade civil: a reparação dos danos. (JOURDAN, 2000, *passim*)¹⁸

‘A responsabilidade objetiva, embasada na teoria do risco, advoga exatamente nesse sentido, quer dizer, que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um *nexo de causalidade*, independentemente da culpa. A teoria do risco – que não anulou a teoria da culpa, mas convive com ela – cobre inúmeras circunstâncias geradas pela atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, mas que, a par

¹⁸ [tradução livre].

desta normalidade, representa, de alguma forma, risco para o direito de terceiros.

Campo fértil aos debates e litígios, a responsabilidade civil tem procurado libertar-se do conceito tradicional de culpa. Esta é, às vezes, constritora, e embaraça com frequência a expansão da solidariedade humana. A vítima não consegue, muitas vezes, vencer a barreira processual e não logra convencer a Justiça dos extremos da imputabilidade do agente. Desta sorte, continuando, embora, vítima, não logra o ressarcimento. É verdade que a tendência é o alargamento do conceito de culpa, e conseqüente ampliação do campo da responsabilidade civil, ou do efeito indenizatório. (PEREIRA: 1996, *passim*)

Como se vê das palavras de Caio Mario da Silva Pereira, a evolução histórica sobre a responsabilidade civil processou-se de sorte a deslocar a fundamentação exclusiva da culpa, para o risco. A esse respeito, informa Carlos Roberto Gonçalves (1995, *passim*) que a teoria do risco procura demonstrar que “toda pessoa que exerce alguma atividade cria risco de dano para terceiro. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa”. A corrente de pensamento conhecida como objetivista, e que teve *Saleilles* como um de seus maiores criadores, procurou desvincular a obrigação de ressarcir o dano da idéia de culpa’. (HIRONAKA: 2000, *passim*)

‘Segundo esta teoria, todo risco deve ser garantido, visando a proteção da pessoa humana. De um modo particular, esta proteção jurídica buscou alcançar, primeiro, os trabalhadores e as vítimas de acidentes do trabalho, para livrá-las da insegurança material decorrente. A indenização, neste caso, decorreria não da culpa, mas se assentaria no conceito material o fato danoso. Trata-se exatamente, da evolução da responsabilidade em razão do seu fundamento, vale dizer, em razão do motivo pelo qual alguém passa a ser titular do dever de indenizar. Os autores são unânimes ao se referirem à insuficiência da culpa como origem do dever de indenizar, descrevendo, todos eles, as mudanças dos tempos, suas novas exigências, a tecnização crescente, o uso cada vez maior de máquinas e as conseqüências danosas daí geradas, como as fundamentais razões desta reformulação da teoria da responsabilidade civil, humanizando os seus contornos’ Maria Helena Diniz (1996, p. 13), a respeito dessa reformulação, assim se refere:

[...] representa uma objetivação da responsabilidade,

sob a idéia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causa externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado.

As causas da evolução objetiva podem ser agrupadas em três blocos de justificativas, segundo a proposta de Patrice Jourdain, referindo-se o primeiro deles à transformação radical pela qual passou a sociedade ao longo do século XX, como por exemplo, a revolução industrial e a mecanização das atividades humanas, responsáveis pela multiplicação e pelo agravamento dos danos. A evolução técnica corre em paralelo à geração dos chamados *riscos tecnológicos*, e faz nascer a noção jurídica de *dano acidental* que, conforme Patrice Jourdain, é o “dano essencialmente inesperado correspondente a nada mais, nada menos, que à realização de um risco nascido da atividade humana” (2000, p. 10).¹⁹

Esse autor francês, professor da Université Panthéon-Sorbonne – Paris I, em sua obra sintética, mas extremamente proveitosa no que diz respeito à recuperação dos passos dessa evolução – mormente no assento de seu país, mas que, afinal, desenham o que ocorreu na maior parte dos países de sistema jurídico romano-germânico – registra que foi a jurisprudência, inicialmente, que desencadeou esse movimento de expansão da responsabilidade civil, ao admitir que a mesma se estabelecesse independentemente da culpa do responsável. Já em 1885, na França, a Corte Suprema concedia, independentemente da culpa provada, às vítimas de danos causados por animais, o direito à reparação, restringindo muito a possibilidade de exoneração do dono ou do guarda do animal, excepcionando-se esta hipótese para praticamente apenas os casos de caso fortuito ou de força maior. A decisão *Teffaine*, de 1896 e a decisão *Jand'heur*, de 1930, a respeito dos vícios ocultos da coisa e a respeito da responsabilidade pela guarda da coisa, respectivamente (a segunda generalizando a solução pela presunção da culpa que a primeira implantou), são mencionadas pelo autor em comento como precedentes importantes desta trajetória de objetivação da responsabilidade civil, na primeira metade do século passado, na França.

A primeira decisão fundamental da Corte de Cassation foi dada em

¹⁹ [tradução livre].

16 de junho de 1896, e ficou conhecida, então, pelo nome de “*l’arrêt Teffaine*”. Dizia respeito à morte acidental de um operário, em decorrência de uma explosão num rebocador a vapor. A Corte Suprema desencadeou, à época, um novo princípio segundo o qual a pessoa era responsável pela coisa que lhe pertencia. O proprietário do rebocador não pôde, portanto, exonerar-se da responsabilidade, provando a culpa do construtor do rebocador, e indenizou a viúva e as crianças do operário morto. Esta decisão fundamental costuma ser referida como o primeiro passo em direção, pela via jurisprudencial francesa, da noção de risco social, porque absorveu a idéia de que, com o progresso técnico e o avanço de enigmas perigosos, o exclusivo campo de atuação da culpa individual estava diminuindo.

Silvio Rodrigues informa que esse percurso não foi fácil nem simples, e que *essa jurisprudência, de certo modo tumultuada e que se formou à base de vários e subseqüentes julgados, foi-se afirmando sempre na mesma direção, embora sem muita nitidez quanto aos pormenores, até que um outro marco se fixou [...] (2002, p 92)*. Os partidários da teoria do risco, como Saleilles e Joserand, viram nessa decisão de 1896 um avanço significativo e sintomático em prol da teoria do risco, mas, por outra parte, os partidários da teoria da culpa, como os irmãos Mazeaud, não demonstraram tanto beneplácito a favor da sentença, continuando a ver, nela, os indícios da presença da culpa.

Somente trinta e cinco anos depois, em 13 de fevereiro de 1930, é que outra decisão solene da Corte de Cassation – que ficou conhecida pelo nome de “*l’arrêt Jand’Heur*” – confirmou a proposição, no caso dos acidentes de automóvel, desta marcha irresistível em direção à noção de garantia social, abandonando, na interpretação do art. 1384, 1ª alínea do Código Civil francês, a expressão *présomption de faute [déjà inconciliable avec la jurisprudence] por présomption de responsabilité*, independentemente da culpa. (SAVATIER, apud RODRIGUES, 2002, p. 93)

Em seguida, o autor refere à construção legislativa francesa, que já dava mostrar de cuidado desde o final do século XIX, criando os regimes especiais de responsabilidade sem culpa do responsável. São leis sobre os acidentes de trabalho, ou ligadas à utilização de coisas perigosas como aeronaves, teleféricos, energia nuclear, ou relativas a transporte e acidentes de tráfego, ou referentes a produtos defeituosos, ou no domínio dos danos ao meio ambiente e, ainda, no que diz respeito à responsabilidade por atos médicos e por riscos terapêuticos. Mais de cem anos de proliferação legislativa marcam essa evolução, na França.

3. O PASSO ALÉM QUE TEM SIDO INTENTADO PELOS DOUTRINADORES CONTEMPORÂNEOS E A ADMISSÃO DE UM FUNDAMENTO DISTINTO A JUSTIFICAR A RESPONSABILIDADE CIVIL, HOJE

A objetivação da responsabilidade civil à face das atividades que, embora lícitas, são perigosas – e, por isso mesmo, geradoras de prejuízos ou danos – é uma realidade em países de perfis legislativos derivados do sistema romano-germânico e do sistema da *common law*. No Brasil, igualmente, o assunto já tem conformação doutrinária bem assentada, especialmente em face da obra de Carlos Alberto Bittar (1985, p. 242), assim com já se insculpe, no direito positivado, a previsão legal de determinados casos de imputação do dever de indenizar como obrigação legal, quer dizer, independentemente de culpa do imputado ou de quem quer que seja, como, por exemplo, (e são bem poucos os exemplos), a Lei 6.453/77 que estabelece a responsabilidade civil do executor de atividade nuclear, independente da existência de culpa, pela reparação de dano causado por acidente nuclear.²⁰

No entanto, se é verdade que houve um tempo em que a insuficiência da culpa como critério norteador ou como fundamento certo do dever de indenizar se fez claramente sentir, é bem verdade, outrossim, que apenas aguardar a previsão legal, caso a caso, para a conformação do viés objetivo da responsabilização é circunstância que tantas vezes tem atado a percuciência do direito, tem engessado seu exercício em face do dano concretizado e tem, insuportavelmente, deixado sem resultado a situação prejudicial enfrentada pela vítima de danos. Pensar em tal circunstância faz voltar à tona do pensamento contemporâneo a reflexão tão lúcida do jurista do século passado que inspira as conclusões deste tempo presente:

Fosse possível traçar normas jurídicas perfeitas, que delimitassem, dentro de contornos inconfundíveis, as prerrogativas conferidas aos indivíduos; se a inteligência e a sabedoria humanas pudessem enfeixar

²⁰ Lei 6453/77, art. 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear: I - ocorrido na instalação nuclear; II - provocado por material nuclear procedente de instalação nuclear, quando o acidente ocorrer: a) antes que o operador da instalação nuclear a que se destina tenha assumido, por contrato escrito, a responsabilidade por acidentes nucleares causados pelo material; b) na falta de contrato, antes que o operador da outra instalação nuclear haja assumido efetivamente o encargo do material; III - provocado por material nuclear enviado à instalação nuclear, quando o acidente ocorrer: a) depois que a responsabilidade por acidente provocado pelo material lhe houver sido transferida, por contrato escrito, pelo operador da outra instalação nuclear; b) na falta de contrato, depois que o operador da instalação nuclear houver assumido efetivamente o encargo do material a ele enviado.

nos preceitos legais as diretrizes a seguir no exercício dos direitos, a solução dos conflitos jurídicos seria, sem dúvida, tarefa menos árdua e não caberia à doutrina e à jurisprudência o papel tão preeminente, que ora desempenham, na solução do problema da responsabilidade civil. (LIMA: 1960, p.218)

É o tempo de iniciar um desvendar – quem sabe se o desiderato não é precoce ou frágil demais, ainda – de rumos novos, à busca de se tentar imaginar, para o sistema da responsabilização civil, neste momento atual, daquele *padrão de fundamentação*, ou daquela *tábua de pressupostos*, ou daquele *denominador comum* (aos quais já se referiu antes, na abertura deste estudo), mas que fossem capazes, enfim, de se expressarem como *fonte ou matriz*, como *fundamento ou causa*, do eterno dever de indenizar o dano que alguém venha de sofrer.

Esta tendência do pensamento jurídico contemporâneo já é observada na reflexão cuidadosa de doutrinadores estrangeiros, aqui e ali, e no âmago de outros sistemas ocidentais de direito.

Entre os doutrinadores estrangeiros contemporâneos, destaca-se seguramente Genéviève Schamps (1998), excepcional jurista belga da contemporaneidade²¹, logrou avanços em sua pesquisa, especialmente no que respeita aos contornos do direito europeu – italiano, neerlandês e suíço – e do direito anglo-saxão, sempre em correspondência com os direitos belga e francês, definindo bem o percurso e afinando suas conclusões à volta do *padrão* que preferiu denominar *mise en danger*.²² Ela produziu um sistema de estudo do direito estrangeiro, comparando-o ao direito belga, especialmente, e buscando a verificação da existência, ou não, desse padrão de caracterização de determinadas situações que expõem as pessoas a determinado risco, desnudando e fragilizando as vertentes da exclusão de responsabilidades e buscando apresentar, isso sim, os responsáveis pela

²¹ Esta obra situa-se, no contexto geral do arcabouço bibliográfico utilizado para a minha tese de livre docência na Universidade de São Paulo, em 2003, como obra de fundamental importância. Depois que logrei suficientemente entender a pesquisa, a intenção e as conclusões de Mme. Schamps, tive o prazer de ser recebida por ela, em Bruxelas (dezembro/2001) para uma preambular conferência de identidade de pesquisas, em dezembro de 2001. Desta minha tese de livre docência resultou, enfim, a obra *Responsabilidade Pressuposta*, publicada pela Editora Del Rey, e da qual este artigo é rigorosamente um extrato.

²² *Mise en danger*: o verbo *mettre*, no francês, significa pôr, colocar. Seu particípio passado é *mis-mise*, no entanto, quando vem acompanhado de um complemento, passa a ter um sentido de expressão idiomática, indicando uma ação. Ex. *mise en scène* = encenar uma peça de teatro, significando a organização material do espetáculo, o script dos atores, a decoração, enfim, uma situação fática nova. Vale dizer, significa uma ação rápida que passa a uma situação ou estado novo. É o ato de pôr, porém, mudando de posição, em relação à anterior. Portanto, *mise en danger* pode ser traduzido como uma ação de pôr em perigo ou em risco (*danger*), como indicativo de perigo ou de atenção. Neste artigo, contudo, prosseguirei usando a expressão em língua francesa (*mise en danger*), por entender que permanece bem melhor referido o sentido do que se quer dizer.

ocorrência de danos absolutamente ressarcíveis. Ela escreveu, ao longo de seu excelente estudo, mas também em suas conclusões:

Muitos mecanismos podem melhorar a indenização das vítimas de *mise en danger*, de uma certa intensidade, notadamente o seguro direto, a previdência social, ou a responsabilidade sem culpa. No entanto, não se tratava de focalizar as vantagens e inconvenientes de cada um, mas de determinar um conceito de *mise en danger* justificando uma responsabilidade civil, derogando o direito comum. Os dramas que se produziram a partir do fim do século passado até nossos dias, em razão das novas *mises en danger* ligadas ao progresso da ciência e da tecnologia, deram nascimento a movimentos tendentes à melhoria da proteção da vida humana, valor essencial prevalente sobre a liberdade individual. Esse cuidado se reflete igualmente na concepção atual da responsabilidade civil em que a ênfase está muito mais sobre o papel de prevenção e de compensação dos danos, mais que sobre aquele da sanção de um comportamento, em um contexto de generalização de seguro. (SCHAMPS:1998, *passim*).

Segundo se pode apurar da visão de Genèviève Schamps, afinal, a dificuldade de se identificar uma *mise en danger* como o elemento constitutivo primordial do exercício de uma atividade perigosa pode residir no estabelecimento do critério que desenhará um limiar de periculosidade, isso é certo.

Mas também parece ser seguro afirmar que a definição deste limite e a fixação desse potencial de perigo é que poderão muito bem servir de pano de fundo para que se alcance, no futuro, *um padrão de caracterização das circunstâncias prejudiciais* que justifiquem a imputação de um dever de indenizar, *além do sistema subjetivo* e *além do sistema de pré-fixações objetivas de responsabilidades*, tendo em vista a impossibilidade de se eliminar, em todas as hipóteses consideradas, o perigo, por meio da adoção das medidas de precaução razoáveis.

A este nível de otimização, talvez seja possível chegar, em tempo nem tão distante, quiçá, de sorte a se obter, enfim, um critério geral de fundamentação do regime objetivo de responsabilidade civil, situado além da solução legal casuística, critério este que visasse atender mais eficientemente os direitos das vítimas de danos, levando em conta, precipuamente, os princípios constitucionais da *solidariedade social* e da

dignidade humana, e que se portasse, enfim, como um verdadeiro – e suficientemente abrangente – *auto-critério de justificação da responsabilização civil na contemporaneidade*.

Toda a base de identificação desta *mise en danger*, conforme o recorte que dela faz Genèviève Schamps, encontra-se, primordialmente, no famoso art. 2050 do Código Civil Italiano de 1942 que dispõe que “qualquer um que causa um dano a outrem no desempenho de uma atividade perigosa por sua natureza, ou pela natureza dos meios adotados, deve repará-lo, se não provar ter adotado todas as medidas adequadas para evitá-lo”.²³ (tradução livre)

A respeito deste art. 2050 e dos artigos dele avizinhados (especialmente os posteriores), um certo segmento doutrinário (minoritário, infelizmente), entendeu que as hipóteses legisladas eram alcançadas pelo mesmo espírito da *mise en danger* que organizou, no art. 2050, uma responsabilidade por exposição a perigo, cujo alcance é tão geral que equivale, quanto à importância e em termos de efetiva abrangência, à própria responsabilidade por culpa prevista no art. 2043, inaugural, naquele Código, do sistema de responsabilidade civil. Mas entendeu esse segmento doutrinário ainda mais longe, para considerar que nem mesmo seria preciso esperar que outras leis específicas viessem regular certas *mise en danger*, para que se as pudesse invocar, e que aquelas normas expressamente citadas pelo legislador seriam *normas de aplicação específica*.²⁴

A maior crítica que receberam os partidários desta opinião diz respeito ao fato de defenderem que, se houvesse mesmo um critério geral e unitário no bojo do art. 2050, isso seria despropositado, tendo em vista a sobreposição das demais normas.

Um outro segmento doutrinário entendeu que o art. 2050 conteria simplesmente uma importante *função residual*, o que outorgaria ao dispositivo legal a potencialidade de *reger toda a situação nova* que não se relacionasse especificamente aos arts. 2051 a 2054, distanciando-se completamente da regência da responsabilidade por culpa, do art. 2043. Esta posição de identificação com uma função residual, no entanto, não foi igualmente aceita pela jurisprudência que considerou, de outra parte, que o dispositivo *organiza uma hipótese particular de responsabilidade ligada ao exercício de uma atividade perigosa para terceiros, que não se sobrepõe às outras, mas co-existe unicamente com elas*. Assim foi, por exemplo, que o

²³ Art. 2050 do Código Civil italiano: (Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose) – “*Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*”.

²⁴ Pensa assim, por exemplo, M. COMPORTEI, que escreveu *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, já mencionado antes e citado por GENEVIÈVE SCHAMPS, *La mise en danger*, p. 91, nota n° 348.

legislador italiano regulamentou hipóteses de responsabilização oriundas de *mise en danger* que são hipóteses particulares, sem nenhum alcance geral, como a referente ao domínio automobilístico previsto no art. 2054.

Mas, certamente, o maior movimento deflagrado acerca de se identificar outras hipóteses de ocorrências danosas que possam advir de uma *mise en danger*, no Código Civil italiano, foi aquele liderado por Trimarchi na década de 60, que concebeu a responsabilidade dos comitentes (art. 2049) e a responsabilidade pelo fato das coisas (arts 2051 e 2053) como uma noção fortemente influenciada pela *teoria do risco de empresa*.

De acordo com essa concepção, a presunção de culpa cedia um passo a favor da responsabilidade objetiva, cujo *denominador comum* para essas tais hipóteses seria o *risco de empresa*, baseada sobre uma teoria econômica de distribuição de custos e benefícios, condicionando as escolhas de produção.

Pois bem. Os opositores da colocação de um critério, como o *mise en danger*, como critério capaz de sustentar a fundamentação de um sistema geral de responsabilização objetiva (ou, dito de outro modo: que a idéia de se apresentar a exposição a um perigo como um critério geral de justificação do dever de reparar) argumentam que isso continuaria a reproduzir uma idéia de sanção, uma idéia de um comportamento anti-social, e que, por isso, a *mise en danger* corresponderia, implicitamente, a uma *conduta reprovável*. Rebate, vigorosamente, Geneviève Schamps, argumentando que este raciocínio é falho e *passível de crítica, pois, a aplicação desse artigo, pela jurisprudência, volta a submeter a realização da mise en danger prevista por essa disposição a uma responsabilidade objetiva*.²⁵

Afinal de contas, seria um absurdo pensar que a ordem jurídica entendesse que toda a hipótese de realização de uma atividade humana com exposição ao perigo fosse nefasta à sociedade em princípio, e que o banimento de toda a ingerência perigosa fosse a meta de uma ordem perfeita.

O que se procura, com um sistema aperfeiçoado de responsabilidade civil *não é, obviamente, evitar todo o perigo*, o que seria impraticável, inviável e inimaginável; a finalidade objetivada seria, isto sim, a *diminuição do dano*. A partir do momento em que a impossibilidade de evitar o dano é aceita, a disciplina jurídica da responsabilidade civil deveria visar a redução do custo social que ele representa, seja por meio da adoção de medidas de prevenção, ou seja porque alguém responderá por ele, por força de uma *responsabilidade pressuposta*, fundada num *critério-*

²⁵ Conf. GENEVIÈVE SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe general de responsabilité (analyse de droit compare)*, Bruxelas: Bruylant e Paris: LGDJ, 1998, p.125, item 137 (tradução livre).

padrão de imputação.

A grande questão, em sede da responsabilidade civil contemporânea, a se envolver nas dobras do pensamento jurídico da pós-modernidade, afinal de contas, parece mesmo revoltar-se contra as torrentes de construções doutrinárias que visaram, precipuamente, dar menos à interpretação dos textos legais, no sentido do favorecimento do direito das vítimas, para dar mais, a essa interpretação, que corresse no sentido de melhor favorecer o interesse do demandado em não reparar o dano causado.

Provavelmente será necessário revisar, reler, reconsiderar sem demora, e em tempo já não tão distante de chegar, aquelas mesmas objeções que foram levantadas, ao longo da segunda metade do século que findou, contra uma efetiva possibilidade de se fundar, sobre a noção de *mise en danger* – ou sobre outra noção que se desenhe, a partir desta – um mecanismo de reparação de danos cometidos às vítimas, que não fosse simplesmente um mecanismo assentado sobre a velha noção de culpa, mas que fosse um tal mecanismo no qual a exposição ao risco pudesse representar algo além da mera identificação causal do dano reparável, apresentando-se, como já se mencionou no início deste estudo, como um verdadeiro critério de imputação da responsabilidade sem culpa, elevado à categoria de *règle à valeur d'ordonnancement juridique*.

Ora, a pretensão de se chegar a ter um regime específico de responsabilidade civil derivado da utilização de substâncias perigosas – ou, mais amplamente, de uma *mise en danger* – se deve, sempre, ou às lacunas de lei, ou à pesada carga probatória da culpa ou do vício. Mas parece, mesmo, que se de um lado vibra a coragem do legislador em estabelecer ou regras casuísticas específicas, ou – quando mais ousado e corajoso – princípios gerais de imputação de responsabilidade sem culpa, por outro lado, remanesce à espreita o fantasma da culpa e de sua quase sempre traumática prova.

Tem sido assim nas legislações que apresentaram dispositivos “inovadores”, até aqui.

O que se quer é, certamente, algo mais aproximado do que produziu, o legislador, no direito suíço, que cuidou de introduzir um princípio geral, ou, como preferiram denominar, uma cláusula geral de responsabilidade sem culpa, derivada de uma *mise en danger* bem definida.

A cláusula geral de responsabilidade por *mise en danger*, estruturada na legislação suíça recebeu um alcance assim, bem geral, identificável em extensão e importância, àquele reconhecido ao campo da responsabilidade baseada na culpa, admitindo ao intérprete e ao aplicador da lei uma flexibilização bastante significativa, no momento de sua concretização. A cláusula geral apresenta um substrato de *risco qualificado*

e só a sua realização justifica a reparação dos danos eventualmente ocasionados às vítimas. Esse *risco qualificado* resulta da periculosidade contida numa certa atividade, periculosidade esta que, por si só, seria suficiente para interditar a sua prática, mas, tendo em vista a função social inerente ao seu desempenho, o privilégio atribuído por força da autorização de se realizar a atividade deve estar, então, respaldado pela imputação da responsabilidade objetivada que da cláusula deriva, no sentido da reparação dos danos eventualmente causados.

4. EM SÍNTESE: QUAL SERIA O PERFIL DE UMA *MISE EN DANGER OTIMIZADA*, E QUAL SERIA, POR CONSEQÜÊNCIA, O PERFIL DO CRITÉRIO QUE SE TEM INTENTADO BUSCAR?

Segundo a nossa visão, e a partir da incansável reflexão acerca do assunto, até aqui, uma *mise en danger otimizada* tenderia a corresponder ao que chamamos de responsabilidade pressuposta e poderiam ser descritos assim os traços principais que ela contém: 1) *risco caracterizado* (fator qualitativo): é a *potencialidade*, contida na atividade, de se realizar um dano de grave intensidade, potencialidade essa que não pode ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que tenha sido razoavelmente levada a cabo, nesse sentido; 2) *atividade especificamente perigosa* (fator quantitativo): subdivide-se em: a) *probabilidade elevada*: corresponde ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência). A impossibilidade de evitar a ocorrência nefasta acentua a periculosidade, fazendo-a superior a qualquer hipótese que pudesse ter sido evitada pela diligência razoável; b) *intensidade elevada*: corresponde ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade (as sub-espécies deste segundo elemento podem, ou não, aparecerem juntas; não obrigatoriamente).

Portanto, e a partir desta súmula do que se idealiza quanto a uma *mise en danger*, provavelmente seria possível retratar o critério buscado para lhe conferir o *status* de uma *règle de valeur*, da seguinte maneira: 1) este critério deve descrever a potencialidade perigosa das atividades que podem ensejar a responsabilização pelo viés da *mise en danger*; 2) não deve ser taxativo ou enumerativo, para não fechar as portas para futuros danos, ainda não conhecidos; 3) não deve ser tão elástico que acabe por suportar (ou por deixar entrar) variáveis que não se encaixem na verdadeira potencialidade perigosa de uma atividade; 4) estabelecido onexo causal (dano x atividade perigosa), o executor da atividade é considerado o responsável pela reparação (*tout court*); 5) essa responsabilidade civil deve ter como finalidade exclusivamente a reparação da vítima, sem qualquer

abertura à exoneração dos responsáveis, à face de provas liberatórias (assemelhadas às contra-provas, nas presunções *juris tantum*); 6) não deve admitir excludente de responsabilidade; 7) pode, eventualmente, admitir o regresso (ação de regresso), mas que se dará pelas provas que o demandado possa fazer nessa outra ação, e que demonstrariam a culpa de outrem, contra o qual regressaria.

Neste breve estudo, então, intentou-se organizar um extrato do pensamento contemporâneo acerca da indiscutivelmente necessária evolução da responsabilização civil, bem como intentou-se desenhar a súmula daquilo que a autora tem procurado descrever como *responsabilidade pressuposta*. Renova-se o convite, aos interessados, para a leitura mais detalhada do assunto, por meio da obra referida na nota de rodapé preambular deste presente artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. 6ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto, *Responsabilidade Civil nas atividades nucleares*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985 – 242 ps.

DINIZ, Maria Helena. Indenização por dano moral: a problemática da fixação do quantum, *in Revista Consulex*, Ano I, nº 3, março/1997.

_____; *Curso de Direito Civil*. 7º volume – *Responsabilidade Civil*, 10ª São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, 7º vol., São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FACHIN, Luiz Edson, *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAZ, Tércio Sampaio, *A Ciência do Direito*. São Paulo: Editora Atlas 1977.

GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências atuais da Responsabilidade Civil: marcos teóricos para o direito do século XXI*. 2001. In Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP – Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG, Conferência de encerramento proferida em 21.09.01.

_____; *Direito Civil – Estudos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

JORDAIN, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, 5º ed., Colection 'Connaissance du droit', Paris: Éditions Dalloz, 2000.

LIMA, Alvino, *Culpa e Risco*, Saio Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 10ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro: 1999.

SANTOS, Milton, *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

ROUVILLOIS, Frédéric, *Le droit*, GF Flammarion (Collection Corpus), Paris: 1999.

RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, vol. 4, 19ª edição, atualizada com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 20/01/2002). São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.

SAVATIER, Jean. In SILVA PEREIRA Caio Mario da. *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

SCHAMPS Genéviève, *La mise en danger: un concept fondateur d' un principe general de responsabilité (analyse de droit compare)*. Bruxelas: Bruylant e Paris: L.G.D.J.: 1998.