



2018

COORDENADORES

**NELSON
ROSENVALD**

**MARCELO
MILAGRES**

PREFÁCIO DE

DONAL NOLAN

Responsabilidade Civil

Novas Tendências

Adriano Marteleto Godinho • Adisson Leal • Alexandre Bonna • Alexandre Dartanhan de Mello Guerra • Ana Rita de Figueiredo Nery • Atalá Correia • Bruno Leonardo Câmara Carrá • Catarina Helena Cortada Barbieri • Christian Sahb Batista Lopes • Christiano Cassettari • Daniel Ustárroz • Diogo Leonardo Machado de Melo • Elcio Nacur Rezende Fabiana Rodrigues Barletta • Felipe Braga Netto • Felipe Teixeira Neto • Fernanda Ivo Pires • Flaviana Rampazzo Soares • Guilherme Magalhães Martins • Hercules Alexandre da Costa Benício • Juliana de Sousa Gomes Lage • João Victor Rozatti Longhi • Karina Nunes Fritz • Lucas Magalhães de Oliveira Carvalho • Luciana Dadalto • Luciana Fernandes Berliini • Marcos Ehrhardt Júnior • Marcelo Benacchio • Marcelo de Oliveira Milagres • Marcos Catalan • Michael César Silva • Nelson Rosenvald • Pablo Malheiros da Cunha Frota • Pastora do Socorro Teixeira Leal • Patrícia Faga Iglecias Lemos Rafael Peteffi da Silva • Raphael Abs Musa de Lemos • Raquel Bellini de Oliveira Salles Renata Domingues Balbino Munhoz Soares • Roberta Densa • Samuel Vinícius da Silva Sérgio Savi • Thaís G. Pascoaloto Venturi • Tula Wesendonck • Tom Alexandre Brandão

SEGUNDA EDIÇÃO

**EDITORA
FOCO**

Você está recebendo, **GRATUITAMENTE**, um fragmento da obra da **Editora Foco**, para dar início aos seus estudos.

Este conteúdo não deve ser divulgado, pois tem direitos reservados à editora, constituindo-se uma cortesia a título de motivação aos seus estudos.

Faz-se necessário evidenciar que tal fragmento não representa a totalidade de uma obra ou disciplina.

A obra, na sua totalidade, poderá ser adquirida no site da **Editora Foco**:

www.editorafoco.com.br

Bons estudos!

Editora Foco

2018 © Editora Foco

Coordenadores: Nelson Rosenvald e Marcelo de Oliveira Milagres

Autores: Adisson Leal, Adriano Marteleto Godinho, Alexandre Bonna, Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, Ana Rita de Figueiredo Nery, Atalá Correia, Bruno Leonardo Câmara Carrá, Catarina Helena Cortada Barbieri, Christian Sahb Batista Lopes, Christiano Cassettari, Daniel Ustárroz, Diogo Leonardo Machado de Melo, Elcio Nacur Rezende, Fabiana Rodrigues Barletta, Felipe Braga Netto, Felipe Teixeira Neto, Fernanda Ivo Pires, Flaviana Rampazzo Soares, Guilherme Magalhães Martins, Hercules Alexandre da Costa Benício, João Victor Rozatti Longhi, Juliana de Souza Gomes Lage, Karina Nunes Fritz, Lucas Magalhães de Oliveira Carvalho, Luciana Dadalto, Luciana Fernandes Berlini, Marcelo Benacchio, Marcelo de Oliveira Milagres, Marcos Catalan, Marcos Ehrhardt Júnior, Michael César Silva, Nelson Rosenvald, Pablo Malheiros da Cunha Frota, Pastora do Socorro Teixeira Leal, Patrícia Faga Iglecias Lemos, Rafael Peteffi da Silva, Raphael Abs Musa de Lemos, Raquel Bellini de Oliveira Salles, Renata Domingues Balbino Munhoz Soares, Roberta Densa, Samuel Vinícius da Silva, Sérgio Savi, Thaís G. Pascoaloto Venturi, Tom Alexandre Brandão e Tula Wesendonck

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editor: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgia Renata Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima

Impressão miolo e capa: Gráfica EXPRESSÃO & ARTE

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
de acordo com ISBD**

R434

Responsabilidade civil: novas tendências / Nelson Rosenvald [et al.] ; organizado por Nelson Rosenvald, Marcelo Milagres. – 2. ed. – Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018.

580 p. : il. ; 17cm x 24cm.

Vários autores.

ISBN: 978-85-8242-241-0

1. Responsabilidade civil. I. Rosenvald, Nelson. II. Milagres, Marcelo. III. Título.

2018-188

CDD 342.151 CDU 347.53

Elaborado por Wagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Responsabilidade civil 342.151 2. Responsabilidade civil 347.53

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (03.2018) – Data de Fechamento (03.2018)

2018

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Al. Júpiter 542 – American Park Distrito Industrial

CEP 13347-653 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br

www.editorafoco.com.br

SUMÁRIO

FOREWORD

Professor Donal Nolan	1
-----------------------------	---

APRESENTAÇÃO

Nelson Rosenvald e Marcelo de Oliveira Milagres.....	5
--	---

PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: MAPA PARA UMA DISCUSSÃO

Catarina Helena Cortada Barbieri	15
--	----

RESPONSABILIDADE CIVIL: QUESTÕES ATUAIS

Daniel Ustárroz.....	27
----------------------	----

HONESTE VIVIRE: PRINCÍPIO INSPIRADOR DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Fernanda Ivo Pires	35
--------------------------	----

APONTAMENTOS PARA UMA TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

Marcos Ehrhardt Júnior	45
------------------------------	----

BREVES NOTAS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Thaís G. Pascoaloto Venturi	73
-----------------------------------	----

PRESSUPOSTOS E MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

DANOS MORAIS E O NOVO CPC: PROPOSTA DE INVERSÃO DAS ETAPAS DO MÉTODO BIFÁSICO DE ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO

Adisson Leal.....	87
-------------------	----

ANÁLISE CRÍTICA DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA E RESPONSABILIDADE OBJETI- VA NO BRASIL À LUZ DA TEORIA DE JULES COLEMAN

Alexandre Bonna.....	97
----------------------	----

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DO DIREITO: ENSAIO POR UMA COM- PREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO EXERCÍCIO DISFUNCIONAL DO DIREITO

Alexandre Dartanhan de Mello Guerra.....	109
--	-----

TUDO DANO É DANO INDENIZÁVEL?

Bruno Leonardo Câmara Carrá	129
-----------------------------------	-----

O CHAMADO “DUTY TO MITIGATE” NA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-CONTRATUAL	
Christian Sahb Batista Lopes	141
CONSIDERAÇÕES SOBRE A BOA-FÉ NA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-CONTRATUAL	
Diogo Leonardo Machado de Melo	151
RESPONSABILIDADE CIVIL AGRAVADA PELO RISCO/PERIGO DA ATIVIDADE: UM DIÁLOGO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS ITALIANO E BRASILEIRO	
Felipe Teixeira Neto	163
A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL POR RUPTURA INJUSTIFICADA DAS NEGOCIAÇÕES	
Karina Nunes Fritz	175
BREVES NOTAS SOBRE A (DES)PATRIMONIALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: AINDA A FUNDAMENTALIDADE DO DANO	
Marcelo de Oliveira Milagres	189
UM ENSAIO INCONCLUSIVO A PARTIR DE FRAGMENTOS DE UMA DECISÃO JUDICIAL: ENTRE CHANCES PERDIDAS, REALIDADES NÃO VIVIDAS E A GÊNESE (OU NÃO) DO DEVER DE REPARAR	
Marcos Catalan	197
O “MÍNIMO COMPENSATÓRIO” PENAL: UMA INOVAÇÃO BRASILEIRA	
Nelson Rosendal	205
RESPONSABILIDADE POR DANOS E A SUPERAÇÃO DA IDEIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: REFLEXÕES	
Pablo Malheiros da Cunha Frota	225
DANO NORMATIVO OU DE CONDUTA PELA VIOLAÇÃO DE NORMAS DE PROTEÇÃO	
Pastora do Socorro Teixeira Leal	243
ANTI JURIDICIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-CONTRATUAL: PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS E AMPLITUDE CONCEITUAL	
Rafael Peteffi da Silva	257
O ASPECTO MULTIFACETÁRIO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E AS OSCILAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NA APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL	
Raquel Bellini de Oliveira Salles	275
QUANDO O ILÍCITO NÃO COMPENSA: A SOLUÇÃO DOGMÁTICA PARA O LUCRO DA INTERVENÇÃO	
Sérgio Savi	287

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS RESÍDUOS DO PRODUTO NO PÓS-CONSUMO	
Atalá Correia	303
RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: UMA SUPERAÇÃO DO DISCURSO DE AUTORIDADE INSCULPIDO PELA TEORIA DO RISCO INTEGRAL	
Elcio Nacur Rezende	319
O DIREITO À AUTONOMIA DO CONSUMIDOR DE PLANOS DE SAÚDE IDOSO E DOENTE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DOS SERVIÇOS DE SAÚDE	
Fabiana Rodrigues Barletta e Juliana de Sousa Gomes Lage	333
RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR INTERNET PELOS DANOS À PESSOA HUMANA NOS SITES DE REDES SOCIAIS	
Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi	353
CONCESSÃO ABUSIVA DE CRÉDITO PELOS BANCOS ENQUANTO ATIVIDADE DE RISCO NA PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	
Marcelo Benacchio	381
CONTORNOS ATUAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE	
Patrícia Faga Iglecias Lemos	391
CRIANÇA CONSUMIDORA: A RESPONSABILIDADE DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS FRENTE AOS DESAFIOS DA SOCIEDADE DE CONSUMO	
Roberta Densa	403
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS DECORRENTES DOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO DOS PRODUTOS POSTOS EM CIRCULAÇÃO	
Tula Wesendonck	419
RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DE QUEM NÃO REGISTRA FILHOS	
Christiano Cassettari	435
DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS: A COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RAZÃO DO EXERCÍCIO ABUSIVO DA AUTORIDADE PARENTAL	
Luciana Fernandes Berlini	453

AINDA SOBRE O ABANDONO AFETIVO: REFLEXÕES SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DE UMA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO	
Tom Alexandre Brandão	465
RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA MÉDICA	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE PELA VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA DOS PACIENTES	
Adriano Marteleto Godinho	479
CONSENTIMENTO INFORMADO: PANORAMA E DESAFIOS	
Flaviana Rampazzo Soares	491
INVESTIR OU DESISTIR: ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA DISTANÁZIA	
Luciana Dadalto.....	503
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FABRICANTES DE CIGARROS	
RESPONSABILIDADE CIVIL E TABACO	
Michael César Silva, Lucas Magalhães de Oliveira Carvalho e Samuel Vinícius da Silva	517
A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA TABAGISTA PELOS DANOS CAUSADOS AO FUMANTE	
Renata Domingues Balbino Munhoz Soares	531
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES	
Hercules Alexandre da Costa Benício e Raphael Abs Musa de Lemos.....	543
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	
RESPONSABILIDADE CIVIL E SERVIÇOS PÚBLICOS: UM ESPAÇO DE CONVIVÊNCIA ENTRE A AUTORIDADE E A CONSENSUALIDADE	
Ana Rita de Figueiredo Nery.....	557
VIOLÊNCIA URBANA E RESPONSABILIDADE CIVIL: ALGUMAS PERGUNTAS E UM VASTO SILÊNCIO	
Felipe Braga Netto.....	567

FOREWORD

It is an honour and a privilege to be asked to write the foreword to this collection of contributions on Brazilian tort law, which marks the birth of the Brazilian Group on Tort Law, a group that consists of some 35 professors, judges and legal practitioners who have each made a significant contribution to the development of tort law in Brazil.

The English word ‘tort’ derives from the old French word meaning ‘wrong’ and in the common law world a tort can be defined as ‘a civil wrong, other than a breach of contract or an equitable wrong’. The concept cannot straightforwardly be transposed into civil law systems, such as that of Brazil, where the legal rules that most closely approximate to tort law in common law systems concern the law of civil responsibility, which is to say, loosely speaking, the law relating to non-contractual liability arising out of damage caused to another. Nevertheless, the connections between the two categories of legal rule are strong, and there is much that common lawyers can learn from civilian thinking in this area, and vice versa. With that in mind, I propose to offer a brief overview of the structure of, and the key concepts employed in, the law of tort in the modern common law.

At considerable risk of simplification, we can say that in civil law systems two main approaches are taken to the structuring of the law of tort. One approach is to provide a list of rights or interests which the law protects against unlawful interference. This approach is taken, for example, in German law, where § 823(1) of the BGB gives protection only to the rights listed in the provision. The alternative approach is to employ a general clause imposing liability for damage caused by fault, without the law being limited to the protection of particular rights or interests. The classic example of a ‘general clause’ of this kind is article 1240 (formerly article 1283) of the French *Code civil*.

In common law systems, such as English law, the modern law of torts is a combination of these two approaches. Historically, there were particular causes of action protecting particular rights or interests. These so-called ‘nominate torts’ had some similarities with the ‘protected rights’ approach taken by, for example, German law. However, the last 150 years or so has seen the development of general principles of negligence liability in common law systems which are more reminiscent of the French general clause, and which operate alongside the older right- or interest-based causes of action. This hybrid approach appears unsystematic and untidy, although a case can be made for saying that combining narrowly defined causes of action protective of particular rights or interests with a more general liability for negligent

conduct causing damage achieves a satisfactory balance between the specific and the general in this context.

The nominate torts recognised by common law systems can be divided up by reference to the interest which they protect. *Real property* interests, for example, are protected by the torts of trespass to land and private nuisance, and also by the so-called ‘rule in *Rylands v Fletcher*’, which imposes strict liability for damage done to real property interests as the result of the escape of a dangerous thing from neighbouring property. As for *personal property* interests, these are protected by the torts of trespass to goods and conversion. *Reputation* is protected by the torts of libel and slander, which are collectively known as ‘defamation’ (the distinction between the two is that libel deals with defamatory statements in a permanent form, and slander with spoken statements). And finally, *bodily integrity* is protected by the tort of battery, and *freedom of movement* by the tort of false imprisonment.

By contrast, the ‘super-tort’ of negligence is defined, not by reference to a particular protected interest, but instead by the nature of the defendant’s conduct. Three of the basic building blocks of the negligence cause of action, namely fault, damage and causation, will be familiar to civilian lawyers cognisant of the French ‘general clause’. In addition, however, common law systems add a fourth building block, the so-called ‘duty of care’, an umbrella concept which enables the courts to decide whether in this *type or category of case* it is appropriate to countenance the possibility of negligence liability. The duty of care concept is rarely an issue in the most straightforward of negligence cases, where a positive act of the defendant has caused physical harm to the claimant’s person or property, but it becomes of much greater significance in other types of case, such as those concerning psychiatric injury, pure economic loss, and negligent omissions.

Alongside the old nominate torts and the tort of negligence we can also observe in common law systems a number of forms of liability imposed by legislation, which are defined by reference to the way in which the harm comes about. These include the liability of occupiers of land to visitors on the land (a form of statutory negligence liability), and various forms of strict liability, including liability for harm done by dangerous animals, by defective products, by escapes of gas and water, and as a result of marine oil pollution and nuclear accidents.

Historically, a key distinction in English tort law was the distinction between actions in trespass and actions on the case, and we can still see the effects of this distinction in the modern law. To be a trespass, the wrong had to be *direct*, but there was no need for damage, while actions on the case lay for *indirect* wrongs, but damage was required. The direct/indirect distinction is notoriously elusive, but a couple of examples will give a flavour of it. In respect of interference with land, if you walked onto someone’s land without their permission, that was direct interference, and so a trespass to land, whereas if noise travelled from your land to theirs, that was indirect interference, and so your neighbour had to bring an action in nuisance (an action

on the case). Similarly, in respect of interference with the person, if you punched someone in the face, that was direct interference, and so a battery (a form of trespass to the person), whereas if you dug a hole and the person fell into it, and was injured, that was indirect interference, and so they would have to bring an action on the case.

The tort of negligence derives from the action on the case, with the result that indirect interference is actionable, and damage is required. It is important to remember, however, that negligence operates alongside forms of trespass action, which protect very specific interests, require direct interference, and do not require damage to be actionable. A good example of such a trespass action is battery, which requires an intentional and direct application of force to another without that person's consent. The distinction between battery and negligence can be illustrated by reference to the medical context. If, for example, a doctor carries out an operation on a patient without their consent, then that is a battery, but if the patient consents to the operation and the operation is carried out without due care, causing the patient injury, then that is negligence.

An important distinction between common law systems and civil law systems is that in civil law systems liability between neighbours is generally regarded as a matter for the law of property, whereas in the common law it is regulated by tort law, and in particular the torts of trespass to land and private nuisance. Suppose, for example, that a factory is producing noise and smells which affect the comfort of residents who live in the locality. In Italian law, the question of whether the noise and smells are lawful as a matter of private law would be determined by the title of the Italian Civil Code dealing with property rights, which refers (in Article 844) to the obligation to tolerate 'emissions of smoke or heat, smells, noises, and vibrations where they do not exceed the customary measure of what is tolerable, with due consideration to the conditions prevailing within the locality'. Similarly, in the German BGB, the provisions governing neighbour law are to be found in the sections on ownership, as elaborations of that right.

In common law systems, by contrast, the legality of the emissions is governed by tort law, and in particular by the tort of private nuisance, which can be defined as an unlawful and indirect interference with the use and enjoyment of land. Note, however, that the central question which a common law court would have to answer in such a case is the same as the question posed by the Italian Civil Code, namely whether or not the local residents can reasonably be expected to tolerate the noise and the smells. It is just that this question would be framed in terms of whether the factory owner was committing a tort against the residents, rather than in terms of the obligations of the residents as property owners.

One reason why common lawyers are comfortable with the characterisation of the factory emissions problem as a tort issue is that they do not see the scope of tort law as being limited to reparation for past harms. On the contrary, the issuing of an injunction (a court order requiring a defendant to stop an ongoing violation of the

claimant's rights) is seen by common lawyers as a tort remedy, just as an award of monetary compensation is.

There are two final observations that I should make. The first is that the common law of tort is primarily judge-made 'common law', although, as we have seen, the common law torts are supplemented by a number of causes of actions which derive from statute. In some cases, however, the statutory provisions are largely based on pre-existing case law principles, with the legislation having been intended to put the common law rules on a more rational footing (this is true, for example, of the legislation dealing with the liability of occupiers of land, which was designed to simplify and rationalise the complex common law regime).

My final point is that, although structurally speaking the common law of torts is more homogenous than the law of tort in civil law systems, there are important substantive and procedural differences between the law of tort in the United Kingdom and the British Commonwealth (Australia, Canada, India, New Zealand etc) and the law of tort in the United States. Two examples of these differences can be given. The first is that in the UK and the Commonwealth, most tort cases are now decided by a judge, rather than a jury, although there are some exceptions, most importantly civil actions against the police, and claims in defamation. By contrast, in the US most tort claims are still the subject of trial by jury, with the jury not only determining key liability questions, but also setting the damages to be awarded. And the second difference is that while in the UK and the Commonwealth only limited use is made of awards of punitive damages, such damages play a central role in the operation of tort law in the US. These differences remind us that, while different legal systems have much to learn from each other, such learning must be grounded in a full appreciation of the particular characteristics of the legal system in question. Needless to say, such an appreciation can most easily be acquired by reading scholarship of the kind to be found in books such as this.

Professor Donal Nolan

Professor of Private Law, University of Oxford

APRESENTAÇÃO

RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE

Nelson Rosenvald

Marcelo de Oliveira Milagres

O sucesso desta obra ensejou a imediata confecção da 2ª edição com algumas poucas modificações e acréscimos, destacando-se o relevante trabalho da professora Karina Nunes Fritz, tendo por base o direito alemão, sobre a responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações.

Esse sucesso, sem dúvidas, pode ser creditado ao concorrido Congresso Internacional de Responsabilidade Civil, ocorrido aos 5 e 6 de outubro de 2017, na centenária Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais (UFMG). Em histórica oportunidade com a presença de professores, convidados, profissionais e acadêmicos, debateram-se temas de excelência, contando, inclusive, com as presenças internacionais dos professores Donal Nolan, André Dias Pereira e Pedro Del Omo Garcia.

Com efeito, o tema “responsabilidade civil” é um dos mais instigantes do Direito. Ontem e hoje desafia inúmeras perspectivas, incrementadas, a todo tempo, pela hipercomplexidade, pelas incertezas e pela mutabilidade dos fenômenos sociais. Discute-se, até mesmo, a possível superação dos pressupostos da responsabilidade civil e suas funções.

A iniciativa desse livro não teve outro propósito senão o de fomentar continuado debate sobre essa rica e difícil temática.

Donal Nolan, Professor of Private Law, University of Oxford, em elegante prefácio, brinda toda a comunidade acadêmica com instigante abordagem comparada. O autor bem destaca que a concepção do “*tort*” não pode, sem as devidas ressalvas e nuances, ser transportada para o sistema do “Civil Law”. No âmbito do “*Common Law*”, destaca o vigor e o alcance do “*duty of care*”, concluindo que a proposta desse livro tem muito para contribuir com o direito comparado. Embora os sistemas jurídicos tenham as suas especificidades, as contribuições são recíprocas e desejadas.

Visando apenas a uma melhor organização, dividimos os trabalhos nos seguintes grupos: a) princípios e fundamentos da responsabilidade civil; b) pressupostos e modalidades da responsabilidade civil; c) responsabilidade civil ambiental e nas relações de consumo; d) responsabilidade civil no direito das famílias; e) responsabilidade civil na área médica; f) responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros; g) responsabilidade civil dos notários e registradores; h) responsabilidade civil do Estado.

Como qualquer escolha, assumimos os naturais riscos de outras possíveis propostas. De toda sorte, destacamos que nos valem, para tal divisão, dos temas preponderantes, sem desconsiderarmos a transversalidade do assunto.

No primeiro capítulo, destacamos os trabalhos de Catarina Helena Cortada Barbieri, Daniel Ustárroz, Fernanda Ivo Pires, Marcos Ehrhardt Júnior e Thais G. Pascoaloto Venturi.

A autora Catarina Helena Cortada Barbieri, a partir dos trabalhos de Izhak Englard e William Lucy, apresenta instigante panorama do debate filosófico e teórico acerca do direito privado e da responsabilidade civil. Destaca, entre outras questões, que o *fundamento normativo* da responsabilidade civil se preocupa em responder à seguinte pergunta: “Quem paga e por quê?” Ou seja: qual é o embasamento normativo, se algum houver, da ligação que se estabelece entre ofensor e ofendido e a consequente obrigação legal de reparar o dano.

Daniel Ustárroz discorre criticamente sobre as variadas e complexas nuances da responsabilidade civil. Apontando a existência de variados fundamentos do dever de indenizar, afirma que o sistema nacional de reparação de danos é extremamente individualista e que nem todos os danos são suscetíveis de indenização.

A autora Fernanda Ivo Pires, na busca da promoção do bem social, dos interesses da sociedade, problematiza sobre as modalidades de responsabilidade civil, defendendo a harmonização do dano e da culpa, a possibilidade de coexistência da responsabilidade baseada na culpa e da responsabilidade objetiva, sem afastar, *a priori*, qualquer uma dessas espécies.

Marcos Ehrhardt Júnior propõe a análise da responsabilidade civil a partir da nova teoria dos contratos civis, avaliando as novas perspectivas do inadimplemento obrigacional nas relações privadas da sociedade pós-industrial. Nesse contexto, defende que, no direito contemporâneo, os deveres supramencionados derivam de princípios normativos, impondo-se tanto ao devedor quanto ao credor, porquanto não se originam da relação jurídica obrigacional, concluindo que a superação dos modelos dicotômicos responsabilidade civil extranegocial *versus* negocial, na direção da consolidação de um regime plural, permite ampliar as possibilidades, num caminho mais consentâneo com as exigências da contemporaneidade.

Thais G. Pascoaloto Venturi afirma que a aproximação entre o Direito e a Economia, historicamente, teve como substrato a própria responsabilidade civil. Nesse sentido, descreve a importância da análise econômica (*Law and Economics*) no campo da responsabilidade civil, destacando a sua função preventiva de condutas danosas, tudo sob o paradigma da maior eficácia social.

No segundo capítulo, em que discutimos temas envolvendo pressupostos e modalidades da responsabilidade civil, trazemos os artigos de Adisson Leal, Alexandre Bonna, Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, Bruno Leonardo Câmara Carrá, Christian Sahb Batista Lopes, Diogo Leonardo Machado de Melo, Felipe Teixeira Neto, Karina Nunes Fritz, Marcelo de Oliveira Milagres, Marcos Catalan, Nelson

Rosenvald, Pablo Malheiros da Cunha Frota, Pastora do Socorro Teixeira Leal, Rafael Peteffi da Silva, Raquel Bellini de Oliveira Salles e Sérgio Savi.

Adisson Leal, apresentando a nova sistemática do atual Código de Processo Civil quanto à formulação certa e determinada da pretensão inicial, destaca os reflexos na quantificação da indenização por danos morais e conclui que o sistema ora vigente resolve, além das litigâncias sem limites, o problema da subjetivação da sucumbência.

Alexandre Bonna analisa criticamente a indenização punitiva e a responsabilidade objetiva no Brasil, à luz da teoria de Jules Coleman. Segundo o autor, a escolha da concepção mista da teoria da justiça corretiva se revela mais consentânea com imbróglis da sociedade atual, encontrando um ponto de equilíbrio entre teorias instrumentalistas (objetivos da responsabilidade civil definem sua estrutura) – como a análise econômica do Direito – e formalistas (a estrutura da responsabilidade civil define os seus objetivos).

Alexandre Dartanhan de Mello Guerra destaca todo o seu fascínio pela figura do abuso do direito ou exercício disfuncional do direito como fundamento para a responsabilidade civil. Com propriedade, aborda as concepções subjetivista e objetivista do abuso de direito e conclui que o exercício disfuncional do direito é a perda do sentido de proporcionalidade e de moderação que são próprios de qualquer comportamento humano, perda essa que se mostra nociva para toda a ordem sociojurídica.

Bruno Leonardo Câmara Carrá questiona se todo dano é indenizável. No âmbito da realidade dos ditos novos danos, indaga sobre possíveis excessos, com menção às conhecidas expressões de “propagação irracional dos danos”, “inflação dos danos”, “indústria das indenizações”. Ao final, conclui que o exagero não pode servir de argumento para sustentar qualquer postura ideológica que defenda uma estagnação, ou mesmo o retrocesso, da reconfiguração da responsabilidade civil em vista a uma mais eficaz e plena defesa das vítimas, razão por que propugna pela busca de um meio-termo que permita efetuar a compensação adequada para os eventos lesivos que comprometam de modo reprovável o patrimônio jurídico da pessoa, seja ele material ou imaterial, seja ela física ou jurídica.

O autor Christian Sahb Batista Lopes, ao analisar um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, indaga se a vítima teria, à luz do direito brasileiro, ônus de mitigar o próprio dano decorrente de um ilícito extracontratual. Nesse sentido, conclui que a teoria do abuso do direito, em sua acepção objetiva e desenvolvida a partir da boa-fé, seria o fundamento para justificar o ônus de mitigar os prejuízos no âmbito da responsabilidade extracontratual.

Diogo Leonardo Machado de Melo tece relevantes reflexões sobre o papel da boa-fé objetiva na aplicação da teoria da responsabilidade civil extracontratual. Para tanto, defende que, em algumas situações, é possível a legitimação da pretensão indenizatória fundada na não observância da boa-fé, na quebra das expectativas, da confiança, orientadora de um comportamento em uma situação jurídica. A partir do princípio da boa-fé objetiva, conclui ser necessário um *balanceamento* das atuais concepções de direito de danos, exigindo, mesmo na responsabilidade *subjetiva*,

agentes mais probos, mais integrados com as exigências civil-constitucionais e, por que não dizer, também das próprias vítimas, que deverão contribuir com a mitigação do prejuízo.

O autor Felipe Teixeira Neto apresenta a responsabilidade civil pelo risco da atividade em perspectiva do direito comparado a partir de abordagens dos direitos italiano e brasileiro. O autor reconhece nítida inspiração do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro na regra do artigo 2050 do *Codice Civile*, ressaltando que o legislador brasileiro optou por uma responsabilidade de natureza objetiva.

Karina Nunes Fritz, tendo por base o direito alemão, discute, profundamente, sobre a responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações.

Marcelo de Oliveira Milagres, após problematização sobre os conceitos de patrimônio, dano e prejuízo, discorre sobre a essencialidade do dano como pressuposto da responsabilidade civil. Adverte que a possibilidade de consequências não econômicas pelos mais diversos ilícitos, superando a ideia do equivalente em pecúnia pelos prejuízos suportados, não significa, por si só, a *despatrimonialização* da responsabilidade.

Marcos Catalan, a partir de considerações sobre a sociedade de consumo, apresenta instigantes reflexões sobre julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca de consequências da violação de dever contratual caracterizado no não comparecimento da *Cryopraxis Criobiologia*, em tempo hábil, à promoção da coleta de células-tronco embrionárias de infante recém-nascido, células essas que, algum tempo antes, obrigara-se expressamente a recolher e a adequadamente *crioconservar*. O autor muito bem problematiza a teoria da perda da chance, destacando dificuldades em critérios para sua aferição e também na definição de elementos para quantificação da condenação.

Nelson Rosenvald, ao destacar a importância do diálogo entre “civilistas” e “criminalistas”, aprofunda a atual temática nacional sobre o mínimo compensatório, concluindo que o atual art. 387 do Código de Processo Penal (CPP) é norma híbrida, de conteúdo processual e substancial, e que o projeto de reforma do CPP aproxima as responsabilidades dentro do processo penal, adotando-se o conceito de parte civil, com a revalorização da figura da vítima.

Pablo Malheiros da Cunha Frota discute as premissas e os fundamentos da ideia da responsabilidade por danos. Defende que o dano pode ser entendido como uma lesão, potencial e (ou) concreta, a situações jurídicas inter-rationais de ordem existencial ou material, social, individual homogênea, coletiva e difusa. Essas situações jurídicas inter-rationais englobariam direitos, interesses, poderes, deveres de ordem existencial ou material ligados por relações jurídicas.

A autora Pastora do Socorro Teixeira Leal trabalha a ampliação da noção de dano para englobar a violação dos deveres de proteção, além da violação dos deveres meramente prestacionais, chegando à conclusão de que as práticas abusivas são violações dos deveres de proteção, e que a reprimenda jurídica a tais práticas não deve ficar restrita aos efeitos invalidantes, mas deve alcançar efeitos indenizatórios.

Rafael Peteffi da Silva desenvolve aprofundada abordagem sobre a antijuricidade, apresentando as diferenças entre a antijuricidade formal e a material, sem prejuízo de apontar o instável relacionamento semântico entre antijuricidade e ilicitude. Para tanto, vale-se o autor de incursões no direito estrangeiro.

Raquel Bellini de Oliveira Salles apresenta o caráter multifacetário da responsabilidade objetiva e as oscilações jurisprudenciais na aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. A autora conclui que a cláusula geral de responsabilidade objetiva fundada no risco da atividade demanda critérios aplicativos que precisam ser melhor assentados, para que não fique sujeita a subjetivismos, imprecisões conceituais ou invocações meramente retóricas.

Sérgio Savi apresenta instigante abordagem sobre o tema do lucro da intervenção. Segundo o autor, tal lucro significa a vantagem obtida por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa e decorre justamente dessa intervenção. Conclui que, na maioria das vezes, as normas que regulam os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa serão suficientes para lidar com as questões relacionadas ao lucro da intervenção. Destaca manifestação do Supremo Tribunal Federal, RE 56.904/SP, segundo a qual a consequência do ato vedado *não* pode ser a mesma do ato permitido.

No terceiro capítulo, a responsabilidade civil ambiental e nas relações de consumo foi objeto de reflexões de Atalá Correia, Elcio Nacur Rezende, Fabiana Rodrigues Barletta e Juliana de Sousa Gomes Lage, Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi, Marcelo Benacchio, Patrícia Faga Iglecias Lemos, Roberta Densa e Tula Wesendonck.

Em tempos de consumo de massa, Atalá Correia analisa as condições e os limites da responsabilidade do fornecedor após o consumo de produtos. Trata-se de abordagem da conhecida dialética em que o consumo e o meio ambiente coexistem em um mesmo contexto. O autor muito bem conclui que a questão dos resíduos é ampla e complexa e que, não sendo possível isolar causas adequadas para o dano, impõe-se a responsabilização solidária dos agentes causadores do dano ambiental.

O autor Elcio Nacur Rezende, após discorrer sobre aspectos gerais da responsabilidade civil ambiental no Brasil e no direito estrangeiro, bem como sobre o conteúdo e alcance da teoria do risco integral, conclui que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão dessa teoria. Adverte que a simples constatação do dano ambiental não enseja, por si só, responsabilidade e conclui que, excepcionalmente, admite-se a teoria do risco integral quando, de forma insofismável, o empreendedor, na busca pela maximização do lucro, assume conscientemente que exerce atividade de potencial risco ambiental.

As autoras Fabiana Rodrigues Barletta e Juliana de Sousa Gomes Lage discutem, entre outras questões, o direito à informação e as sanções compensatórias do dano moral sofrido pelo consumidor pelo não cumprimento de sua vontade emitida após o consentimento informado ou pelo consentimento emitido sem a devida informação, bem como a responsabilidade do fornecedor de planos de saúde por não cumprimento

das diretivas antecipadas de vontade emitidas pelo consumidor idoso lúcido ou por quem escolher para o representar quando perder as condições ou a lucidez por causa da doença e/ou do cansaço da doença, somado à velhice.

Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi, com muita profundidade, discorrem sobre a responsabilidade civil pelos acidentes de consumo ocorridos nas redes sociais da Internet. Após fundamentada abordagem, concluem os autores que a responsabilidade civil dos prestadores de serviços nas redes sociais virtuais pelos danos à pessoa humana decorrentes do meio é objetiva, na forma do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, não se podendo admitir a inexistência de um dever geral de vigilância, sob pena de um retrocesso em direção à culpa, em plena era do risco.

Marcelo Benacchio propõe a análise da relação jurídica estabelecida entre banco financiador e terceiro em decorrência da má concessão de crédito a um empresário que vem causar dano àquele outro (o terceiro), em causalidade com a atividade bancária creditícia. O autor conclui que a atividade de concessão de crédito encerra risco à órbita jurídica dos demais sujeitos de direito, sendo portadora de periculosidade em razão das situações ínsitas a seu exercício, quando efetivada fora dos limites concedidos pelo ordenamento jurídico.

Patrícia Faga Iglecias Lemos sustenta que os contornos contemporâneos da responsabilidade civil por danos ambientais atingem qualquer dos elementos componentes do meio ambiente. Afirma que essa responsabilidade pode configurar-se pelo menoscabo do meio ambiente natural, artificial, laboral e cultural, tratando-se, pois, de dano social. A autora muito bem problematiza sobre o pressuposto do nexo de causalidade, a solidariedade extracontratual e a obrigação *propter rem*.

Roberta Densa desenvolve o tema da responsabilidade dos pais em relação aos filhos frente aos desafios da sociedade de consumo. Muito bem conclui a autora que a responsabilidade dos pais não se limita aos aspectos técnicos e teóricos do aprendizado e deve ser estendida aos aspectos éticos, culturais e, evidentemente, ao consumo.

A desafiante e atual matéria em torno dos riscos do desenvolvimento foi objeto do aprofundado estudo da autora Tula Wesendonck, para quem a responsabilidade pelos danos tardios não pode ser confundida com a responsabilidade decorrente da violação do dever de informação sobre a potencialidade de dano de um produto. Ao final, a autora, além de defender a incidência do art. 931 do Código Civil brasileiro, conclui que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor não excluiu a responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento.

Christiano Cassetari, Luciana Fernandes Berlini e Tom Alexandre Brandão, no quarto capítulo, desenvolvem a instigante temática da responsabilidade civil no direito das famílias.

Christiano Cassetari, após apresentar a importância do registro de nascimento e a evolução, na jurisprudência, do denominado “abandono afetivo”, conclui pela presunção de dano moral por tal situação e pela objetivação da responsabilidade civil pela não realização do registro de nascimento de uma pessoa. Segundo o autor, a

responsabilidade pelo abandono afetivo enseja o dano *in re ipsa*, havendo objetivação da responsabilidade civil, de forma que o abandono afetivo é presumido quando a pessoa não foi registrada pelo pai, pela mãe ou por ambos, podendo ser traduzido como uma forma pecuniária de compensação, uma vez que a mágoa e a tristeza decorrentes da negligência afetiva podem permanecer por toda a vida.

Luciana Fernandes Belini trata da responsabilidade nas relações paterno-filiais, destacando a polêmica possibilidade de compensação por danos morais em razão do exercício abusivo da autoridade parental. Segundo a autora, a relação paterno-filial encontra limites legais, mas, além deles, os pais devem agir de acordo com o melhor interesse da criança, sob pena de serem compelidos a reparar e compensar os danos causados, preferencialmente com a adoção de medidas eficazes, mas menos drásticas para os filhos, como os danos morais.

Tom Alexandre Brandão, após apontar a intensa discussão sobre o fenômeno conhecido como abandono afetivo, tece relevantes considerações sobre o entendimento de que todos os ilícitos podem ser indenizados em dinheiro, considerando tal entendimento inadequado. O autor questiona a finalidade da reparação e, sobretudo, as consequências que advirão de uma eventual condenação judicial, sobretudo nos casos que envolvem o abandono afetivo. Conclui que eventual condenação em dinheiro por dano afetivo é um atestado de fracasso, o resultado de uma relação de paternidade que nunca mais será retomada e também de uma intervenção jurídica malsucedida.

No quinto capítulo, quanto à responsabilidade civil na área médica, destacamos os trabalhos de Adriano Marteleto Godinho, Flaviana Rampazzo Soares e Luciana Dadalto.

Com destaque à autonomia, Adriano Marteleto Godinho discute a possibilidade de responsabilidade dos profissionais de saúde, ainda que empreendam adequadamente as melhores técnicas possíveis, pela violação da liberdade de agir dos pacientes. No âmbito da relação médico-paciente, o autor também destaca que o consentimento informado não deixa de ser uma decorrência da boa-fé.

A autora Flaviana Rampazzo Soares apresenta todo um universo normativo sobre a importância do consentimento informado no atendimento médico eletivo não compulsório, destacando o seu conteúdo, suas possibilidades, seus limites e suas consequências. Ao final, conclui a autora que a autodeterminação do paciente tem sua base fundante na dignidade da pessoa humana, que se relaciona inexoravelmente com a boa-fé que deve permear a relação médico-paciente.

A autora Luciana Dadalto revela importante inquietação sobre a possibilidade – ou não – de se responsabilizar civilmente o médico por ter agido para prolongar a vida do paciente fora de possibilidades terapêuticas quando inexistir vontade manifestada por ele e/ou por sua família. Após bem discorrer sobre a distanásia e a responsabilidade civil do médico no ordenamento jurídico pátrio, conclui que, nesse tema, é preciso ir além da responsabilização do profissional de saúde.

Michael César Silva, Lucas Magalhães de Oliveira Carvalho e Samuel Vinicius da Silva e Renata Domingues Balbino Munhoz Soares desenvolvem, no sexto capítulo, o envolvente tema da responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros.

Michael César Silva, Lucas Magalhães de Oliveira Carvalho e Samuel Vinicius da Silva defendem que as empresas de tabaco são responsáveis objetivamente pelos danos causados aos consumidores, tanto pelo *fornecimento de informações insuficientes e não qualificadas* sobre os malefícios do consumo de cigarro quanto pelo caráter fundamental e inalienável do *direito de saúde*.

A autora Renata Domingues Balbino Munhoz Soares destaca a importância da informação para fins de eventual responsabilidade civil da indústria tabagista pelos danos causados ao fumante. Muito bem avalia que, na relação jurídica entre fumante e fabricante, que devem se comportar de modo leal e honesto, se uma das partes gerou na outra um estado de confiança no negócio celebrado – como fez a indústria de cigarros durante décadas –, possível é a fundamentação da responsabilização no princípio da boa-fé objetiva.

No sétimo capítulo, os autores Hercules Alexandre da Costa Benício e Raphael Abs Musa de Lemos, em abordagem da Lei 8.935/1994 e suas modificações, bem problematizaram sobre a responsabilidade indireta do ente estatal delegante por atos notariais e de registro, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre prestadores e usuários de serviços notariais e de registro e os limites da imputação de responsabilidade a tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções.

Finalizando, Ana Rita de Figueiredo Nery e Felipe Peixoto Braga Netto abordam a temática da responsabilidade civil do Estado.

Após bem-elaborado panorama da responsabilidade civil do Estado pela prestação de serviços públicos, a autora Ana Rita de Figueiredo Nery desenvolve interessante abordagem sobre autoridade e consensualidade, concluindo que, mediante um modelo permeado à consensualidade, o Estado é protagonista do processo de responsabilização civil sem se afastar de um ambiente processual, com a participação dos interessados, em que prevalece a regra do contraditório em coexistência com o poder do Estado.

Felipe Peixoto Braga Netto problematiza a respeito da conexão teórica entre a responsabilidade civil do Estado por omissão e a violência urbana. O autor indaga criticamente se as vítimas de violência urbana não dispõem de direitos e pretensões contra o Estado. Provocativamente, afirma que a segurança pública não é uma promessa vazia a ser cumprida “se der”.

Assim encerramos essa breve apresentação, como um convite para a leitura de todos os trabalhos e para a continuidade das nossas pesquisas sobre as diversas nuances da responsabilidade civil, inclusive na perspectiva do direito comparado. Oportunamente, agradecemos a contribuição de todos que, indistintamente, permitiram a construção desse projeto vitorioso, sobretudo a criação do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil.

PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS
DA RESPONSABILIDADE CIVIL

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: MAPA PARA UMA DISCUSSÃO¹

Catarina Helena Cortada Barbieri

Professora de Filosofia Política, Ética e Teoria do Direito na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Editora-chefe da Revista Direito GV desde setembro de 2014. Formada em Direito pela Universidade de São Paulo, mestre e doutora pela mesma instituição. Fox International Fellow (2010-2011) na Universidade de Yale.

Sumário: 1. Introdução – 2. Três questões fundamentais sobre os fundamentos da responsabilidade civil; 3. Fundamentos filosóficos da responsabilidade civil: responsabilidade moral (não utilitarismo), justiça corretiva e culpa versus utilidade social (utilitarismo), justiça distributiva e responsabilidade objetiva – racionalidades excludentes ou complementares? – 4. Comentário final – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo tem por objetivo apresentar os temas e questões centrais do debate filosófico contemporâneo acerca dos fundamentos filosóficos da responsabilidade civil no contexto anglo-saxão, incluindo uma apresentação das teorias antagônicas que o dominam e das principais questões teóricas que guiam as discussões atuais. Não pretende de forma alguma ser exaustivo, mas traçar um mapa topográfico dos principais problemas que movem esse campo do conhecimento, fazendo referência a alguns de seus principais nomes, esperando que esta apresentação seja útil aos pesquisadores brasileiros que se lançam pela primeira vez na discussão anglo-saxã.

Se na primeira seção nos ateremos a apresentar as questões ao redor das quais o campo se organiza, na segunda seção, nos deteremos em um de seus temas centrais, a saber, a função e o lugar dos conceitos de justiça corretiva e distributiva, ora explicados como racionalidades excludentes, ora como racionalidades complementares.

Ao observarmos o cenário contemporâneo em matéria de filosofia e teoria do direito, especialmente nos países da tradição de *Common Law*, encontramos um terreno fragmentado por inúmeras teorias antagônicas. Para exemplificar essa frag-

1. Este artigo é uma versão resumida e modificada do primeiro capítulo de minha dissertação de mestrado defendida em 2008 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob o título “Os fundamentos teóricos da responsabilidade civil”.

mentação, podemos listar, de um lado, os adeptos da análise econômica do direito. De outro, estudiosos voltados à filosofia moral e política e ainda, apartados destes dois, o movimento de *Critical Legal Studies*.² Essa fragmentação repercute nos estudos das disciplinas jurídicas específicas e, assim, quando falamos em estudar os fundamentos filosóficos da responsabilidade civil, nos deparamos com um panorama similar.

David G. Owen afirma que, tradicionalmente, considera-se que a ligação entre a filosofia e a responsabilidade civil remonta ao Livro V da *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, passando pelos escritos de Tomás de Aquino, Hugo Grotius e Samuel Pufendorf. No entanto, o debate e o contexto que interessa a esse artigo estão circunscritos à década de 1980 em diante, período em que a compreensão da racionalidade do direito privado e da responsabilidade civil à luz da filosofia moral ganha impulso como uma resposta ao avanço compreensões rivais e, especialmente, como resposta à Análise Econômica do Direito.³

Alguns autores inseridos nesse contexto, tais como Izhak Englard (1993) e William Lucy (2007), escreveram obras abrangentes procurando, além apresentar suas próprias teorias, expor e analisar o panorama mais geral do debate filosófico e teórico acerca do direito privado e da responsabilidade civil. Nesse artigo, tomamos esses autores como ponto de partida para um primeiro contato com esta ampla e complexa discussão.

Como veremos nas seções subsequentes, essas duas obras procuram criar categorias nas quais possam ser incluídos os diferentes autores contemporâneos que estudam a filosofia do direito privado e da responsabilidade civil e, portanto, são um mapa confiável para quem adentra o campo da filosofia da responsabilidade civil.

2. TRÊS QUESTÕES FUNDAMENTAIS SOBRE OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na obra *Philosophy of private law*,⁴ William Lucy busca organizar as principais questões teóricas contemporâneas – no mundo anglo-saxão – em matéria de direito privado e, conseqüentemente, em matéria de responsabilidade civil. Para ele, há atualmente especial atenção às bases normativas do direito privado.

A expressão “fundamentação normativa” está ligada à ideia de descobrir os valores morais ou políticos que podem ser (ou estão) incorporados pelos conceitos fundamentais, doutrinas substantivas e pela estrutura do direito globalmente considerado ou de um de seus ramos particulares. A fundamentação normativa pode ter

2. Para compreensão da força e importância da Análise Econômica do Direito e do movimento *Critical legal studies*, ver: Owen Fiss, *The Death of Law?*, *Cornell Law Review*, v. 72, n. 1, 1986. Ver ainda a breve explicação de David Owen, *Foreword: Why Philosophy Matters to Tort Law*, In: *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press, 1995.

3. David Owen, *Foreword: Why Philosophy Matters to Tort Law*, p. 2-3.

4. William Lucy, *Philosophy of private law*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

elementos críticos, ao permitir a avaliação moral ou política da prática e das doutrinas jurídicas.⁵ Em boa medida, os teóricos contemporâneos consideram que sua tarefa primordial é fornecer uma solução para a questão da articulação dos valores políticos e morais com o direito.⁶

Exemplos relevantes para o direito privado seriam as articulações e relações que se pode estabelecer – ou afirmar que existem – entre os valores da autonomia ou da liberdade e certas áreas do direito privado, como o direito contratual. Ou então, entre diversos valores ou concepções de justiça (corretiva e distributiva) ou de eficiência econômica e a responsabilidade civil.

Lucy acredita que uma das razões para que a teoria e a filosofia do direito privado estejam voltadas, em grande medida, para a questão da fundamentação normativa é que tal postura se constitui numa reação ao domínio que a Análise Econômica do Direito tem exercido no campo do direito privado desde os anos de 1960 com os trabalhos de Ronald Coase e, na responsabilidade civil, Guido Calabrese.⁷

Como reação à análise econômica do direito, os filósofos do direito se voltam para a tarefa de encontrar uma razão moral adequada que justifique a relação que se estabelece entre um determinado autor-vítima e um determinado réu-ofensor.⁸

Assim, para Lucy, o resumo da agenda contemporânea de teoria e filosofia do direito privado contém pelo menos três questões principais. A *questão da inteligibilidade* dos conceitos centrais do direito privado, a já citada *questão do fundamento normativo* que possuem (ou devam possuir) esses conceitos centrais e as doutrinas jurídicas deles derivadas e a *questão da autonomia* do direito privado.⁹

A questão do *fundamento normativo* da responsabilidade civil se preocupa em responder à seguinte pergunta: “Quem paga e por quê?”, ou seja, qual é o embasamento normativo, se algum houver, da ligação que se estabelece entre ofensor e ofendido e a consequente obrigação legal de reparar o dano.¹⁰

A questão da relação entre ofensor e vítima e a obrigação de reparar levantam um dos tópicos mais interessantes da filosofia do direito privado que é o da *bilateralidade* da estrutura da relação privada. A constatação de que há um liame bilateral entre ofensor e vítima é um tema central nas teorias contemporâneas e é um dos elemen-

5. William Lucy, *Philosophy of private law*, 2007, p. 227.

6. Um caso exemplar seria a obra de Ronald Dworkin.

7. Guido Calabrese, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, *Yale Law Journal*, v.70, 1961, p. 499–553. Ronald Coase, The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960, p. 1-44.

8. William Lucy, *Philosophy of private law*, 2007, p. 32-33 e p. 37.

9. William Lucy, *Philosophy of private law*, 2007, p. 42-44.

10. Um dos expoentes da filosofia da responsabilidade civil, o jusfilósofo canadense Ernest Weinrib dá um bom exemplo de como estas questões se articulam. No seu principal livro, *The idea of private law*, Ernest Weinrib trata essas três questões conjuntamente. Para ele, a intelecção dos conceitos fundamentais do direito privado e da responsabilidade civil depende da compreensão da estrutura conceitual fornecida pela ideia de justiça corretiva que, segundo ele, constitui a base normativa do direito privado. Assim, a questão normativa relativa à responsabilidade civil é um eixo fundamental da análise da obra de Weinrib. Ver: Ernest Weinrib, *The idea of private law*, Cambridge: Harvard University Press, 1995.

tos de construção da fundamentação da responsabilidade civil na justiça corretiva, como veremos a frente.

Da pergunta “quem paga e por quê?” decorre outra importante indagação: qual é a natureza da obrigação do réu de reparar o ilícito ou o dano quando considerado responsável. Essa obrigação decorre exclusivamente do direito positivo ou é suportada por alguma razão adicional, derivada, por exemplo, de sua natureza normativa?¹¹

Como será apresentado na seção seguinte, no papel de base normativa do direito privado mais comumente encontramos os conceitos de eficiência econômica de um lado e de justiça corretiva e distributiva de outro, ora apresentados como racionalidades complementares, ora como excludentes.¹²

Lucy ainda esclarece as diferentes formas como se pode compreender a ideia de fundamentação normativa do direito privado. O primeiro sentido, o *arquitetônico*, é quase intuitivo. Nessa concepção, os contornos gerais do direito privado e sua extensão serão determinados pelos contornos e extensão do conceito que é colocado como fundamento estrutural.

Já no sentido *epistêmico*, afirmar que um conjunto de razões morais ou políticas fornecem o fundamento normativo do direito privado é fazer duas asserções possíveis: (1) de que tais razões explicam algo sobre o direito para além do sentido que ele tem para seus praticantes, isto é, para além do senso-comum jurídico daqueles imersos no dia a dia da prática; ou (2) de que tais considerações esclarecem algum sentido ou significado imanente ao direito, isto é, já inscrito na própria prática, mas que os participantes pouco ou nunca reconhecem.

Cada uma dessas asserções possui versões mais fracas ou mais fortes. Uma possível versão forte é de que é impossível compreender ou explicar com propriedade o direito e seus ramos sem examiná-lo à luz de sua fundamentação normativa.¹³

11. Tomando como exemplo novamente a teoria de Ernest Weinrib, que funda a responsabilidade civil na justiça corretiva, obrigação não decorre exclusivamente do direito positivo, sendo que a teoria deve, em certos casos, como da responsabilidade objetiva, ser usada para criticar as soluções jurídicas positivadas. O fundamento normativo é imanente ao material jurídico, mas o material jurídico não se restringe ao direito positivo. O *ius* é distinto (e mais amplo) que a *lex*. Ver: Ernest Weinrib, *The idea of private law*, 1995.

12. William Lucy, *Philosophy of private law*, 2007, p. 249-250.

13. Por exemplo, na já citada obra de Ernest Weinrib, *The idea of private law*, a fundamentação da responsabilidade civil contemporânea na ideia de justiça corretiva tem este sentido epistêmico forte. Weinrib afirma em diversas passagens que a justiça corretiva é uma forma que conforma a própria possibilidade de inteligibilidade das relações jurídicas, pois conhecer a forma é conhecer o conteúdo; é acessar e compreender a especificidade daquilo que está diante de nós. Essa versão forte do sentido epistêmico, no entanto, padece de um problema. Para Lucy, mesmo que os operadores do direito (participantes) utilizem as ferramentas jurídicas com sucesso e se movam dentro das práticas jurídicas com bons resultados, se, todavia, não acessarem as fundamentações normativas e a prática for incoerente com ela, torna-se forçoso concluir que eles possuem uma compreensão inadequada das instituições. Para Weinrib o conteúdo normativo do direito privado é “interno” ou “imanente” ao próprio direito privado, tratando-se de uma verdadeira parte integrante do todo, de forma que o direito privado não pode ser bem encarado como algo capaz de suportar o peso de uma estrutura maior do que sua base normativa, isto é, não pode ser visualizado como propõe a visão *arquitetônica*. Ao contrário, deve ser compreendido como uma mistura dentro do corpo da própria estrutura. Para Lucy, essa compreensão imanente proposta por Weinrib pode ser considerada errada por ser tautoló-

Uma versão fraca, que busca desviar desse problema enuncia que observar a fundamentação normativa do direito fornece uma visão mais profunda, mais proveitosa e informativa do mesmo do que a que eventualmente se conseguiria sem a investigação desses fundamentos.¹⁴

3. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: RESPONSABILIDADE MORAL (NÃO UTILITARISMO), JUSTIÇA CORRETIVA E CULPA VERSUS UTILIDADE SOCIAL (UTILITARISMO), JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA – RACIONALIDADES EXCLUDENTES OU COMPLEMENTARES?

Passando das questões gerais que norteiam a discussão sobre o direito privado e encontrando especificamente no campo da responsabilidade, Izhak Englard, em sua obra *The philosophy of tort law* (1993), faz um mapeamento e uma análise crítica da discussão atualmente travada acerca dos fundamentos filosóficos da responsabilidade civil. Na tentativa de organizar o emaranhado de premissas e teorias conflitantes, o autor chega a três pares de noções dicotômicas basilares para o entendimento do debate:

Pares de Noções Dicotômicas	Elementos da visão tradicional	Elementos de outras visões ¹⁵
1º par	Responsabilidade moral	Utilidade social
2º par	Justiça corretiva	Justiça distributiva
3º par	Culpa (<i>fault</i>)	Responsabilidade objetiva (<i>strict liability</i>)

(Tabela: elaboração própria)

Preliminarmente, vale dizer que os três pares de noções apresentados por Englard não possuem a mesma natureza. Os dois primeiros possuem caráter formal e estrutural, ou seja, são ideias que representam a estrutura mais geral das relações jurídicas, exercendo uma função tipológica. Já o terceiro diz respeito às regras jurídicas substantivas e positivadas que regem esse campo do direito. De qualquer forma, os três pares não são divisões estanques e têm função heurística, se constituindo em

gica. Weinrib tem uma grande preocupação em explicar a razão da adoção da compreensão imanente, bem como os motivos pelos quais a considera superior a outros tipos de explicação e não tautológica. Todavia, essa extrapolaria os limites deste artigo. Para tal, ver: Ernest Weinrib, *Legal Formalism: on the immanent rationality of law*, *Yale Law Review*, v. 97, n. 6, 1988 e Ernest Weinrib, *The idea of private law*, 1995. Para as críticas de Lucy, ver: William Lucy, *Philosophy of private law*, 2007, p. 255-256.

14. William Lucy, *Philosophy of private law*, 2007, p. 254-255.

15. O termo “outras visões” (terceira coluna) é aqui utilizado unicamente para expressar a ideia de que outras abordagens teóricas foram sendo desenvolvidas a partir da visão tradicional. Consideramos equivocado interpretar a tabela como a total superação dos elementos e valores “tradicionais” por estas “novas visões”, como ficará demonstrado no decorrer do texto.

uma tentativa de capturar as grandes tensões existentes dentro das teorias contemporâneas da responsabilidade civil.¹⁶

O primeiro par de noções dicotômicas é o da responsabilidade moral e utilidade social. Pode-se dizer, de forma genérica, que a *utilidade social* se relaciona com a ideia de que o Direito deve alcançar algum objetivo conveniente ou necessário para a comunidade em que se insere como, por exemplo, a maximização do bem-estar social ou da riqueza em uma dada comunidade. Dessa maneira, a noção de utilidade social se relaciona a toda uma corrente da filosofia moral e política, à qual damos o nome de utilitarismo.¹⁷

Por outro lado, dentro da tipologia apresentada por Englard, a *responsabilidade moral* está relacionada à ideia não utilitárias ou não instrumentais, ou seja, do Direito concebido não como uma ferramenta para se alcançar certos objetivos socialmente desejados, mas como conjunto de normas morais que respeitam a primazia do indivíduo, isto é, que ancoram a existência de direitos individuais inegociáveis frente a qualquer objetivo socialmente relevante. A noção de responsabilidade moral está ligada à tradição filosófica kantiana e nas teorias tributárias dessa tradição encontramos as defesas mais contundentes da irredutibilidade e oposição entre responsabilidade moral e utilidade social.¹⁸

No entanto, enunciadas de forma tão geral, estas são noções cuja distinção é difícil de ser traçada, pois, embora sejam compreendidas em geral como noções antagônicas, não é difícil perceber que a maior parte das teorias não cria uma oposição absoluta entre elas. Englard busca ilustrar essa situação a partir da teoria de Richard Posner sobre a responsabilidade civil. Embora o ponto central de sua abordagem seja a ideia de que as regras de responsabilidade civil devem atuar para a maximização de riqueza, objetivo claramente alinhado com a noção de utilidade social, Posner faz um esforço para também encontrar um fundamento moral para a escolha da maximização de riqueza como objetivo primordial do Direito. Dessa forma, Posner lança-se no terreno da utilidade social, mas também no da responsabilidade moral, argumentando que o princípio da maximização de riqueza harmoniza-se com certos postulados morais relativos à primazia do indivíduo.¹⁹

A teoria de Ernest Weinrib, mencionada anteriormente, possui uma característica peculiar. Devido ao seu enraizamento teórico no kantismo, Weinrib é um dos poucos autores contemporâneos que trabalha com a oposição absoluta entre utilidade social e responsabilidade moral, colocando sua teoria no campo desta última. Radicalmente não utilitarista, sua teoria tem como premissa a ideia de que o Direito deve ser enten-

16. Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, Cambridge: Dartmouth, 1993, p. 2 e 21.

17. Para os fins desse artigo não é necessário formular as implicações relativas ao uso do termo utilitarismo ou mesmo fazer uma recapitulação histórica desta corrente de pensamento. Basta constatar que uma parte dos estudiosos considera o Direito um instrumento para a consecução de fins externos a ele e a esta visão associam a ideia de utilidade social.

18. Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, 1993, p. 7-8.

19. Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, 1993, p. 7-8.

didado como uma esfera autônoma, não servindo a qualquer fim externo a ele próprio, ou seja, a qualquer fim socialmente útil a não ser o fim mesmo de “ser Direito”.²⁰

É possível afirmar que Ernest Weinrib defende uma versão própria da dicotomia entre utilidade social e responsabilidade moral em sua versão do formalismo jurídico. Para ele, o direito privado e a responsabilidade civil são o *loci* de uma moralidade própria, apolítica e não instrumental. A justificação para essa posição estará erigida sob a diferença que ele traça entre a racionalidade formal da justiça corretiva e a racionalidade formal da justiça distributiva, o segundo par de noções dicotômicas que falaremos a seguir.²¹

Essa posição radical e absoluta em favor da responsabilidade moral contribuiu para a compreensão de sua visão do direito a partir da abordagem formalista, isolando-o da atual preponderância de visões utilitaristas ou teorias pluralistas, como a visão do próprio Izhak Englard, e tornando Weinrib um purista mesmo entre seus pares não utilitaristas.²²

Como mencionado, segundo par de noções dicotômicas apresentado por Englard é da justiça corretiva e justiça distributiva. Apresentados inicialmente por Aristóteles no Livro V da *Ética a Nicômaco*, esses dois conceitos estão no centro do atual debate sobre os fundamentos da responsabilidade civil.²³

A *justiça distributiva* está direcionada para a divisão de algo (sejam bens, valores ou responsabilidades) entre certas pessoas de acordo com um critério, que pode ser o mérito, a virtude, o talento, a posição social ou qualquer outro, de acordo com a

20. Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, 1993, p. 8-9; Ernest Weinrib, *The idea of private law*, 1995, p. 5.

21. Ernest Weinrib, *Legal Formalism: on the immanent rationality of law*, *Yale Law Review*, v. 97, n. 6, 1988, p. 951 e Ernest Weinrib, *The idea of private law*, 1995, p. 3-5.

22. Curiosamente, em uma entrevista concedida a esta autora em outubro de 2011 durante o estágio doutoral na Universidade de Toronto, Weinrib esboçou grande admiração pelo projeto teórico de Hans Kelsen, por sua tentativa de isolar o fenômeno jurídico de outras esferas, como a economia e a política e fazer assim uma teoria pura do direito. Ao mesmo tempo, é importante perceber que a teoria de Weinrib não seria pura no sentido kelseniano já que, importante para Weinrib, não é identificar o direito a partir de uma teoria das fontes sociais (direito é conjunto de normas jurídicas baseadas em ameaça emanadas de autoridade competente para tal). Sua teoria se afasta da teoria kelseniana, pois o fundamento do direito é identificado com relação a uma certa coerência entre o material jurídico e formas de justiça que independem da emanção por autoridade competente. Para Weinrib, o *jus* é diferente e independente da *lex*.

23. Aristóteles, a respeito da justiça distributiva, assevera: “3. (...) O justo, então, é uma das espécies do gênero ‘proporcional’ (a proporcionalidade não é uma propriedade apenas das quantidades numéricas, e sim da quantidade em geral). (...) o justo envolve também quatro elementos no mínimo, e a razão entre um par de elementos é igual à razão entre o outro par, pois há uma distinção equivalente entre as pessoas e as coisas. (...) O princípio da justiça distributiva, portanto, é a conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo nesta acepção é o meio termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional”.

A respeito da justiça corretiva, afirma: “4. A espécie restante de justiça é a corretiva, que tanto se manifesta nas relações voluntárias quanto nas involuntárias. (...) a justiça nas relações privadas é de fato uma igualdade, e a injustiça nestas relações é uma espécie de desigualdade, mas não conforme à espécie de proporção mencionada acima, e sim conforme à proporção aritmética. (...) a lei contempla apenas o aspecto distintivo da justiça, e trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça (...) o juiz tenta igualizar as coisas por meio da penalidade, subtraindo do ofensor o excesso do ganho” (Aristóteles, *Ética a Nicômaco* Brasília: Universidade de Brasília, 1985, 131b).

decisão da autoridade responsável pela distribuição. Enquanto isso, a *justiça corretiva* se preocupa com o restabelecimento de uma igualdade hipotética anteriormente existente entre duas partes, tomando como base uma determinada posição inicial em que elas se encontravam.²⁴

Tradicionalmente, os teóricos da responsabilidade civil, em especial aqueles ligados ao não utilitarismo e ao kantismo, atribuíram à justiça corretiva o caráter de fundamento normativo único da responsabilidade civil, ainda que com variações entre os sentidos arquitetônico e epistêmico que fizemos referência acima. Todavia, os maiores debates atualmente travados nessa área versam justamente sobre se a racionalidade corretiva exclui a racionalidade distributiva na fundamentação da responsabilidade civil ou se, ao contrário, há possibilidade de integração entre elas e quais seriam as implicações de tal integração.²⁵

Esses debates levantam diversas e importantes questões para a compreensão da relação entre as regras de responsabilidade civil e as distinções filosóficas dos dois tipos de justiça, corretiva e distributiva. A primeira questão relevante diz respeito à correta compreensão da definição de cada um dos tipos de justiça, ou seja, indaga-se a respeito do conceito de justiça corretiva e distributiva utilizado por cada autor, bem como se há uma definição única ou se cada teórico possui uma interpretação própria dos textos aristotélicos.²⁶

Relativamente a essa primeira questão, Englard assevera que não há consenso. Para alguns, como Ernest Weinrib²⁷ e Richard Posner,²⁸ a correta leitura das concepções aristotélicas leva ao entendimento das mesmas como categorias puramente formais, ou seja, como categorias estruturantes das relações jurídicas, ou no caso em análise, das relações de responsabilidade civil, que fornecem a estrutura de racionalidade formal necessária à compreensão dessas relações, sem a necessidade de uma definição por seu conteúdo. Todavia, Englard, chamam a atenção para o fato de Richard Epstein atribuir à justiça corretiva o caráter de princípio substantivo.²⁹

24. Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, 1993, p. 11-20.

25. Englard afirma que o primeiro jurista a relacionar as regras positivas de responsabilidade civil às duas tradicionais formas de justiça apresentadas por Aristóteles foi o alemão Josef Esser em trabalho publicado em 1941 (*Gefährdungshaftung*) sobre a natureza da responsabilidade objetiva. Diz Englard que nesse trabalho Esser procurou alargar as funções da responsabilidade civil para além da mera reparação do dano causado à vítima, incluindo a ideia de alocação das perdas sofridas por mero infortúnio, ou seja, por acontecimentos em que não houvesse culpa do agente, mas em que houvesse um dano e, consequentemente, uma vítima, implicando num deslocamento do ônus dessa última para outra pessoa. Esse alargamento levou ao reconhecimento de que a responsabilidade civil poderia envolver considerações de caráter distributivo, iniciando um debate que perdura aceso e inconcluso até os dias atuais. Ver: Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, 1993, p. 11.

26. Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, 1993, p. 11-14.

27. Ernest Weinrib, *The idea of private law*, 1995, p. 57.

28. Richard Posner, The concept of corrective justice in recent theories of tort law, *Journal of Legal Studies*, v. 10, n. 1, 1981, p. 190-191.

29. Richard Epstein, Nuisance law: corrective justice and its utilitarian constraint, *Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 1, 1979, p. 49-50.

Uma segunda questão se refere ao papel exercido pela justiça distributiva na responsabilidade civil em geral, especialmente com a expansão das hipóteses legais responsabilidade objetiva. Tradicionalmente os juristas consideravam a responsabilidade civil uma expressão da justiça corretiva, ou no entendimento de George Fletcher, a responsabilidade civil seria “um singular repositório de intuições de justiça corretiva”.³⁰

Esse entendimento tradicional tem sido colocado em xeque desde o final do século XIX, com as sucessivas alterações que a doutrina da responsabilidade civil foi sofrendo. Com isso, muitos filósofos passaram a procurar integrar considerações distributivas e utilitárias às suas teorias, objetivando torná-las mais fiéis ao que acreditam ser as necessidades das sociedades complexas atuais.

Neste sentido, Richard Epstein afirma ser completamente inútil e fadada ao fracasso qualquer tentativa de fundamentar os complexos sistemas jurídicos contemporâneos em um único valor ou princípio, seja esse a liberdade, em alusão às teorias de matriz kantiana, ou a eficiência, como buscam, por exemplo, teorias ligadas à análise econômica do Direito.³¹

Todavia, essa tendência encontra ainda renitentes opositores, como é o caso do citado Ernest Weinrib e seu objetivo de defender que a correta fundamentação normativa da responsabilidade civil está assentada exclusivamente na forma da justiça corretiva. Embora não negue a possibilidade de o direito positivo validamente criar um sistema de indenizações contra danos pessoais a partir de critérios distributivos, Weinrib afirma, amparado no que entendo ser uma teoria tradicional da tripartição de poderes, que, mantida a estrutura institucional bipolar característica do poder judiciário, adequada à racionalidade corretiva, será sempre um erro jurídico a incorporação de regras informadas pela racionalidade da justiça distributiva ao direito privado e à responsabilidade civil.³²

Por fim, chegamos ao terceiro par de noções dicotômicas apresentado por Englard: *culpa e responsabilidade objetiva*. Diferentemente dos dois pares anteriores, que possuem natureza estrutural e formal, o último par é de natureza substantiva. Tratam-se de conceitos com conteúdo jurídico próprio, posto que são doutrinas rela-

30. “Discussed less and less are precisely those questions that make tort law a unique repository of intuitions of corrective justice.” (George Fletcher, Fairness and utility in tort law, *Harvard Law Review*, v. 85, n. 3, 1972, p. 537-538).

31. “It is unwise, indeed futile, to attempt to account for the complete structure of a complicated legal system by reference to any single value or principle – be it liberty or efficiency. It is far better to try to capture and systematize the dominant sentiments of the common law and where possible to remove from that law ambiguity, error, and inconsistency.” (Richard Epstein, Causation and corrective justice: a reply to two critics, *Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 3, 1979, p. 504).

32. Nesse sentido, ver: Ernest Weinrib, *The idea of private law*, 1995, p. 210-212. Um exemplo de sistema de indenizações baseado em critérios distributivos e em fundo público e não no processo judicial e na adjudicação é o sistema neozelandês. A esse respeito, ver [<http://www.acc.co.nz/>], acesso em 18/07/2017, às 16h07.

tivas a regras jurídicas efetivamente existentes na responsabilidade civil no *Common Law* e *Civil Law*.³³

Para Englard, essas duas noções funcionam como extremos dentro de um espectro contínuo. Nele, cada regra substantiva criada poderia ser uma combinação única entre elementos estruturais (relativos aos dois pares de noções anteriormente apresentados) e substantivos.³⁴ Há duas doutrinas jurídicas dominantes, cada uma ocupando larga parte desse espectro havendo, contudo, diversas áreas de intersecção – por exemplo, presunções de culpa, atenuação dos critérios de imputação de responsabilidade subjetiva etc. – até que ocorra uma efetiva transição de uma para outra. Esta variação entre extremos pode ser observada na maioria dos sistemas jurídicos nacionais atuais.

Englard sugere que o par de conceitos culpa-responsabilidade objetiva serve de ponto de partida para uma compreensão geral do debate contemporâneo. O maior desafio das teorias atuais é conseguir explicar como a culpa e a responsabilidade objetiva – e também os arranjos intermediários advindos das soluções encontradas em normas jurídicas específicas – se articulam com as posições tomadas acerca dos pares anteriores.³⁵

4. COMENTÁRIO FINAL

Apesar da possível objeção de que as divisões esquemáticas apresentadas por Izhak Englard e William Lucy são simplificadoras, considera-as um bom ponto de partida para a compreensão das diferentes abordagens dentro da filosofia da responsabilidade civil.

Ao analisar como cada teoria organiza e conceitua cada item dos três pares de conceitos apresentados por Englard, podemos ver também com quem concordam ou discordam e a qual corrente filosófica a teoria em tela se alinha, bem como, conforme o exposto por Lucy, qual conjunto de questões pretende enfrentar.

33. Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, 1993, p. 21-27. Embora Englard busque estas duas doutrinas na tradição da *Common Law*, noções idênticas ou muito próximas podem ser encontradas na tradição de *Civil Law* (e assim igualmente no direito brasileiro). A esse respeito, ver: André Tunc, *La responsabilité civile*, Paris: Economica, 1989:11-18.

34. Sobre a relação entre culpa e responsabilidade objetiva, diz: “The relationship between fault and strict liability is more of a bipolar nature which signifies a continuum, a gradual transition from one extreme to the other. At each stage in the intermediate area a different blend of structural and substantive elements is possible.” (Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, 1993, p. 21).

35. Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, 1993, p. 22). Por exemplo, o já citado Weinrib enfrentará essa questão a partir da fundamentação do direito em uma teoria formalista. Sem fugir à controvérsia, Weinrib fundamenta uma defesa da doutrina da responsabilidade subjetiva baseada na culpa (negligence law) alicerçada em sua coerência com a forma (racionalidade formal) da justiça corretiva e uma crítica à doutrina da responsabilidade objetiva (strict liability) nessas mesmas bases. Ver: Ernest Weinrib, *The idea of private law*, 1995.

Da tradição que colocaria responsabilidade moral (não utilitarismo) ao lado de justiça corretiva e do conceito de culpa em oposição à ideia de utilidade social (utilitarismo), justiça distributiva e responsabilidade objetiva, chegamos a um ponto em que observamos várias tentativas de harmonização e conjugação de objetivos tidos como oponíveis e contraditórios.

Como vimos, Richard Posner, representante da Análise Econômica do Direito, que busca alinhar o seu utilitarismo com o conceito de *negligence*³⁶ e a ideia de justiça corretiva, amalgamando elementos que tradicionalmente seriam vistos como incompatíveis³⁷.

Outros, como Richard Epstein e George Fletcher, cada um ao seu modo, se aferiram ao não-utilitarismo e ao conceito de justiça corretiva. O primeiro o faz a partir de uma defesa da responsabilidade objetiva (que segundo ele seria mais consistente com o fundamento da responsabilidade civil), enquanto o segundo busca nos paradigmas da reciprocidade e da razoabilidade a base para a responsabilidade civil.³⁸

Por fim, um dos precursores desse debate, Ernest Weinrib, possui a peculiaridade de, no que tange à responsabilidade civil, manter-se alinhado aos primeiros elementos de cada par de noções dicotômicas. Sem se intimidar pelo risco de ser chamado de anacrônico e desconectado da realidade concreta, esse autor faz uma defesa do direito privado e da responsabilidade civil como um arranjo social reativo ao argumento moral kantiano, sendo radical defensor de uma teoria que explica e justifica a autonomia e coerência interna do direito privado. Por conseguinte, defende uma compreensão não utilitarista do campo, endossando uma concepção formal de justiça corretiva como elemento estruturante da responsabilidade civil. Em termos normativos, isso impõe a exclusão de elementos distributivos, o que o leva a mostrar como algumas doutrinas substantivas existentes na tradição anglo-americana, como a da responsabilidade com culpa (*negligence law*), expressam coerentemente essa forma da justiça corretiva, enquanto outra, como a de danos punitivos (*punitive damages*) ou *deep pockets* (ideia de que o risco de uma atividade deve ser suportado pela empresa ou indivíduo que esteja em uma posição financeira relativamente boa) não.³⁹

A partir das exposições das principais questões e problemas do debate contemporâneo em filosofia da responsabilidade civil e uma incursão, ainda que breve e algo livre, a alguns teóricos que ilustram esse movimento, esperamos ter apresentado um mapa para um primeiro acesso a este fértil terreno para a pesquisa.

36. *Negligence law* – Doutrina que requer a presença da culpa para a qualificação do ofensor. Por essa razão, embora não seja uma sinonímia perfeita, utilizo a expressão “responsabilidade com culpa” nos casos de *negligence law*.

37. Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, p. 1993:12-13 e 24.

38. Izhak Englard, *The system builders: a critical appraisal of modern American tort theory*, *Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 1, 1980, p. 59 e 63.

39. Ernest Weinrib, *Legal Formalism: on the immanent rationality of law*, 1988 e Ernest Weinrib, *The idea of private law*, 1995.

5. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, *Yale Law Journal*, v. 70, 1961.

Coase, Ronald. The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960.

Englard, Izhak. *The philosophy of tort law*, Cambridge: Dartmouth, 1993.

_____, The system builders: a critical appraisal of modern American tort theory, *Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 1, 1980.

Epstein, Richard. Causation and corrective justice: a reply to two critics, *Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 3, 1979.

_____, Nuisance law: corrective justice and its utilitarian constraint, *Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 1, 1979.

Fiss, Owen. The Death of Law?, *Cornell Law Review*, v. 72, n. 1, 1986.

Fletcher George, Fairness and utility in tort law, *Harvard Law Review*, v. 85, n. 3, 1972.

Lucy, William. *Philosophy of Private Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

Owen, David G, *Foreword: Why Philosophy Matters to Tort Law*, In: *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press, 1995.

Posner, Richard. The concept of corrective justice in recent theories of tort law, *Journal of Legal Studies*, v. 10, n. 1, 1981.

Tunc, André, *La responsabilité civile*, Paris: Économica, 1989.

Weinrib, Ernest. *The idea of private law*, Cambridge: Harvard University Press, 1995.

_____. Legal Formalism: on the immanent rationality of law, *Yale Law Review*, v. 97, n. 6, 1988.

RESPONSABILIDADE CIVIL: QUESTÕES ATUAIS

Daniel Ustároz

Professor Adjunto da PUCRS. Doutor em Direito Civil pela UFRGS. Advogado e Parecerista.

Sumário: 1. Introdução – 2. O individualismo na análise da responsabilidade civil – 3. Por uma leitura mais ampla (e contemporânea) do princípio da reparação integral do dano – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Muito embora, à luz da letra fria da lei, estejam prescritos três clássicos requisitos do dever de indenizar (ato ilícito, nexo de causalidade e dano), na prática a aferição da presença desses filtros não se mostra tranquila.¹ Ao contrário, em um grupo relevante de casos, observa-se, não raro, a sua mitigação, seja a partir da redução do módulo probatório, seja pela sua efetiva preterição.² Ou seja, discutir a responsabilidade de uma pessoa não é uma tarefa simples.

A este respeito, sublinhava Guido Alpa, ao meditar sobre as normas de responsabilidade civil, que, no sistema de *civil law*, o texto codificado é muito mais um ponto de partida do que um ponto de chegada do percurso hermenêutico. O trabalho das fontes é extremamente rico, nesse ramo da ciência jurídica.³ E essa característica permite a oxigenação do sistema, sem a necessidade de permanente reforma legislativa.

Nesse passo, a doutrina reconhece a existência de variados fundamentos do dever de indenizar. Em que pese uma longa formação histórica tenha valorizado o critério subjetivo da culpa, dito critério não possui pretensão de universalidade.

Com efeito, há décadas, André Tunc, ao elaborar clássica obra sobre o estado da arte da responsabilidade civil europeia, já anotava a insuficiência da culpa como

-
1. A ideia de erosão dos filtros tradicionais é muito bem trabalhada na obra de Anderson Schreiber: *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. O autor alude à “farsa da responsabilidade civil”, pois “a prática judicial encontra-se a milhas de distância do recorrente ensinamento segundo o qual não há dever de reparar sem que se demonstre a culpa, o nexo causal e o dano”. (Op. cit. p. 6).
 2. Uma obra relevante na temática da redução do módulo probatório é de Gerhardt Walter “*Libre apreciacion de la prueba: Investigacion acerca del significado, las condiciones y limites del libre convencimiento judicial*”. Bogotá: Temis, 1985. A sua perspectiva, no sentido de que a exigência de prova robusta/plena/estreme de dúvidas pode inviabilizar o reconhecimento dos direitos, conserva atualidade.
 3. ALPA, Guido. *Tratatto di Diritto Privato, IV, Responsabilità Civile*, p. 84. Milano: Giuffrè, 1999.

critério determinante do dever de indenizar, chegando a afirmar que a ideia de responsabilidade por culpa poderia ser considerada um mito, naquela quadra histórica, pois as áreas que dispensavam os princípios que regulavam a sua aplicação eram certamente mais numerosas do que aquelas em que a teoria era ainda respeitada.⁴ Embora, naturalmente, ainda pudesse ser relevante a culpa para a resolução de questões surgidas em áreas específicas (exemplo da concorrência desleal), já estava evidente que “ele não é mais do que um dos fundamentos possíveis da responsabilidade civil, no meio de tantos outros”, podendo ser inclusive considerado como secundário.⁵ Outros autores destacaram, no século passado, o elevado custo social da responsabilidade por culpa, além da incerteza das reparações, circunstâncias que igualmente devem ser consideradas.⁶

Outras críticas poderiam ser direcionadas ao sistema de responsabilidade civil fundado no risco, que foi paulatinamente idealizado para superar a crise da responsabilidade civil de perfil subjetivo. A perspectiva da responsabilidade civil objetiva, por certo útil para a atuação em determinadas áreas, tampouco tende a universalidade. Ao contrário, mais parece que o ideal seja conjugar variadas fontes, em busca de um sistema equilibrado, que consiga focar o ângulo das pessoas envolvidas, inclusive aquelas que reflexamente suportarão os efeitos da solução do problema concreto.

Nessa linha, é possível aventar inclusive uma série de casos interessantes, em que se evidencia o surgimento do dever de indenizar a partir da prática de um ato lícito, como a aplicação regular de uma vacina que lesione a vítima em razão de suas condições pessoais.⁷ É que, como bem pondera Eugenio Facchini Neto, “dificilmente haverá no direito civil matéria mais vasta, mais confusa e de mais difícil sistematização do que a responsabilidade civil”.⁸

4. *La Responsabilité Civile*, p. 107. 2.ed. Paris: Economica, 1989. Miguel Reale, nos textos em que discutiu o Código Civil, igualmente reconheceu a insuficiência da culpa para atender a ideia de socialidade: “é claro que, no quadro de uma compreensão ético-social do Direito, não se concebe mais a teoria da responsabilidade civil, com base apenas no elemento subjetivo da culpa, sendo aquela considerada devida, objetivamente, quando a natureza mesma da atividade desenvolvida pelo autor do dano já implica grandes riscos para quem dela participa”. *Espírito da nova Lei Civil*, p. 37.

5. Op. cit. p. 107.

6. A esse respeito, Guido Alpa e Mario Bessone destacam que a teoria da responsabilidade civil fundada na culpa possui um custo social elevado, além de ser considerado “irrazionale” pelo fato do ressarcimento ser incerto: “un dato comune a tutte è però costituito dal fatto che il sistema di responsabilità fondato sulla colpa “non funziona adeguatamente e presenta un costo “sociale” troppo alto per essere sopportato da “società a capitalismo maturo”. Inoltre, tale sistema risulta spesso irrazionale, perché non garantisce alle vittime un risarcimento sicuro, in quanto affida a complicati procedimenti di accertamento della colpa l’esito del giudizio di responsabilità, e, ancora, tende, il linea di massima, a porre l’onere della prova a carico della vittima, interponendo perciò consistenti ostacoli alla possibilità che questa riesca (a dimostrare la negligenza dell’agente e quindi) ad ottenere il risarcimento”. *La Responsabilità Civile*, p. 523. Milano: Giuffrè, 2001. Este problema é acentuado no Brasil, pela manifesta crise do processo judicial, cujo resultado muitas vezes é aleatório.

7. TRF4, AC 5000086-13.2010.404.7104, 3ª T., Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 16/01/2013.

8. Da responsabilidade civil no novo Código Civil, p. 174. In *O novo Código Civil e a Constituição*. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Dentro dessas coordenadas, o presente ensaio busca destacar dois aspectos relevantes do fenômeno da responsabilidade civil, quais sejam: o individualismo reinante na abordagem dos casos e a leitura excessivamente patrimonialista do “princípio da reparação integral do dano”.

2. O INDIVIDUALISMO NA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O sistema de reparação de danos, no Brasil, é extremamente individualista. Basicamente, escolhe-se entre a vítima e o suposto “autor” para suportar o prejuízo. Mesmo nas tragédias que afetam mais de perto à sociedade, observa-se grande comoção em um primeiro momento. Logo após, a mesma sociedade fecha os olhos para a “resolução” do caso, deixando órfã a vítima e a o indigitado causador do dano.⁹

Deveríamos atentar para duas linhas evolutivas, quais sejam a democratização do contrato de seguro e a necessária socialização de alguns danos, inclusive com apelo às chamadas indenizações automáticas,¹⁰ a serem criadas para resolver grupos específicos de casos, justificadas pela solidariedade social.¹¹

Quanto a essa última perspectiva – de difícil implantação em nosso país em face da incapacidade gerencial das pessoas, do Estado e do risco concreto de corrupção – um exemplo isolado encontra-se na Lei 12.663/2012, que regulou a “Copa das Confederações”, como uma preparação para a Copa do Mundo de 2014. No seu art. 23, constou que a União Federal deveria reparar danos derivados de “incidentes ou acidentes de segurança” aos representantes legais, empregados ou consultores da

9. Como pondera Anderson Schreiber, “a implementação de uma genuína *responsabilidade social* requer que o resultado das ações de responsabilização passe a ser repartido pela coletividade de agentes potencialmente lesivos ou até, em algumas hipóteses, pela sociedade como um todo. Em lugar de transferir de um indivíduo a outro o ônus reparatório (*loss shifting*), a responsabilidade civil deve assumir a tarefa de diluir o peso da reparação (*loss spreading*), tornando mais efetivo e menos litigioso o amparo à vítima. Tal diluição já vem se operando por meio de iniciativas legislativas pontuais e criações espontâneas da autonomia privada – como o seguro de responsabilidade por danos –, mas convida a reflexões mais abrangentes que conformem o inteiro ramo da responsabilidade civil à sua nova função, que consiste não mais em identificar o culpado, mas em gerir os danos que, inevitavelmente, decorrem da convivência social”. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, p. 7-8. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

10. Geneviève Viney anota que, em França, o sistema de indenização automática foi inaugurado pela Lei Badinter 1985: “depois dos acidentes do trabalho e dos de circulação, foram os acidentes médicos não culpáveis que suscitaram atenção. Eles são hoje cobertos na França, assim como as infecções hospitalares, por um sistema de indenização automática financiada principalmente pelo seguro-saúde. Da mesma forma, as vítimas de doenças causadas pelo amianto, pessoas acometidas por Aids em consequência de transfusão e as vítimas de delinquência podem obter indenização não fundada em regras de responsabilidade, que, antes disso, repousa sobre a solidariedade nacional, por intermédio de um fundo de indenização ou de garantia”. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil, p. 47. In *Direito civil contemporâneo*. Org. Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.

11. Por ilustração, Patrice Jourdain apresenta os Fundos criados pelo Estado francês para garantir a reparação de danos ocasionados pela guerra, acidentes de carros, de caça, atos de terrorismo, contaminação pelo uso de amianto, contaminação pelas transfusões de sangue e acidentes médicos graves. *Les Principes de La Responsabilité Civile*, p. 15. 7 ed. Paris: Dalloz, 2007.

FIFA.¹² Mensagem semelhante fora antes transmitida com a Lei 10.744/2003, a qual dispôs sobre “a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo”. Em que pese limitado o seu âmbito de aplicação (“atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira”) serve este texto de símbolo de um novo modelo a ser pensado, que reduz (ou elimina) o papel do causador direto na reparação de dano anormal e grave.

Já em relação ao mercado securitário, a despeito dos nítidos avanços nos últimos anos, com a criação de novos produtos (seguro para celulares, seguro para evitar consequências do eventual desemprego, seguros prestamistas etc.), a situação ainda está longe da ideal. Por ilustração, acredita-se que menos de 1/3 da frota de automóveis no Brasil possuam seguro. Dados do Sindicato das Empresas de Seguro, Resseguro e Capitalização apontam para a redução no percentual da frota segurada entre 2006 a 2013.¹³ A consequência dessa realidade, conjugada a carnificina nas estradas (23 mortes/ano para cada 100.000 habitantes;¹⁴ em 2015, segundo o Ministério da Saúde, foram registrados 37.306 óbitos e 204 mil pessoas ficaram feridas.¹⁵) é um espetáculo trágico: pessoas traumatizadas, famílias dizimadas... Isso sem contar o custo colateral social, que respinga no orçamento da Seguridade Social, movimentação do Poder Judiciário etc. A pretexto de ser democrático (todos têm direito a dirigir, logo – a exceção do DPVAT – o seguro é facultativo), negligencia-se a tutela das vítimas. Coroa-se uma visão egoísta do fenômeno jurídico, ao se desconsiderar a projeção social do ato banal de manobrar um veículo.

Contudo, em que pese o nítido interesse social nesse e em tantos outros campos, o debate judicial restringe-se à discussão quanto à legalidade e à conveniência de se imputar ao réu (ou ao autor) a responsabilidade de reparar todo o dano gerado pela sua atuação (descontado o DPVAT...). Nessa e em outras situações, sob o pretexto de se facilitar a reparação da vítima, joga-se todo o custo ao suposto causador do

12. Conforme o art. 23: “A União assumirá os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano. Parágrafo único. A União ficará sub-rogada em todos os direitos decorrentes dos pagamentos efetuados contra aqueles que, por ato ou omissão, tenham causado os danos ou tenham para eles concorrido, devendo o beneficiário fornecer os meios necessários ao exercício desses direitos”.

13. Segundo o seu site: “se pegarmos os dados do segundo semestre de 2006, para cada três veículos em circulação, um deles tinha seguro. Se observarmos o primeiro semestre de 2013, para cada 3,6 veículos nas ruas, apenas um possuía seguro. Isto é, temos mais veículos nas ruas sem seguro do que há uns anos”. Disponível em: [<http://www.sindsegs.org.br/site/noticia-texto.aspx?id=16648>]. Acesso em 22/07/2017.

14. [<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/05/1772858-brasil-e-o-quarto-pais-com-mais-mortes-no-transito-na-america-diz-oms.shtml>]. Acesso em: 22/07/2017.

15. [<https://www.metrojornal.com.br/foco/2017/05/01/brasil-e-o-quinto-pais-mundo-em-mortes-no-transito-segundo-oms.html>]. Acesso em 22.07.2017.

dano.¹⁶ O fenômeno jurídico, também aqui, é marcado pela aleatoriedade, o que gera insegurança para todas as pessoas.¹⁷

Essas e outras razões apontam para a conveniência de imaginarmos meios mais amplos de proteção das pessoas, que envolvam a participação da sociedade na administração dos danos que fatalmente serão gerados pelo convívio das pessoas.

3. POR UMA LEITURA MAIS AMPLA (E CONTEMPORÂNEA) DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

Outro dado complicado na realidade brasileira deste início de século XXI é a patrimonialização excessiva do direito civil e da responsabilidade civil. O convívio social gerará danos (isto é, uma certeza) e nem todos esses danos serão passíveis de indenização, na medida em que o Direito seleciona os danos indenizáveis, a fim de proteger a liberdade das pessoas e atividades socialmente úteis.¹⁸

16. Nesse sentido, é percuciente a observação de Anderson Schreiber, quando afirma que “o problema está em que tal *solidarização da responsabilidade civil* ocorre apenas pela metade. No afã de proteger a vítima, o Poder Judiciário dispensa, com facilidade, a prova da culpa e do nexos causal, mostrando-se interessado não em quem gerou o dano, mas em quem pode suportá-lo. A *erosão dos filtros da reparação* corresponde, portanto, não a um endêmico despreparo dos juizes com relação a uma disciplina secular – como desejam os cultores da responsabilidade civil –, mas uma revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidário por essência, a exigir o reconhecimento de que os danos não se produzem por acaso ou fatalidade, mas consistem em um efeito colateral da própria convivência em sociedade. A revolução, contudo, é falha, porque meramente parcial. Os tribunais desconSIDERAM a culpa (*todos somos culpados*) e a causa (*todos somos causadores*) dos danos, mas concluem o processo judicial de responsabilização lançando o ônus indenizatório sobre um único – e, muitas vezes, randômico – responsável. Há solidarismo no que diz respeito às condições para a deflagração do dever de reparar, enquanto a atribuição do dever em si continua arraigada ao individualismo mais visceral. O ônus de auxiliar as vítimas pertence a todos, mas vem atribuído a cada réu, aleatória e isoladamente, o que acaba por resultar em injustiça, a rigor, tão grave quanto manter o dano sobre a vítima”. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, p. 7. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

17. Como pontua André Tunc, todas as pessoas cometem diuturnamente erros e, felizmente, a maior parte deles não gera danos: “tout homme commet quotidiennement des erreurs. La plupart d’entre elles, même quand il se livre à une activité dangereuse, telle la conduite d’un véhicule, ne causent aucun dommage. Cependant, un fâcheux concours de circonstances peut entraîner un accident, donc un dommage dont la gravité est à nouveau une question de hasard. De même, une maîtresse de maison ou un fumeur peuvent, par un geste qu’ils ont accompli des milliers de fois auparavant, causer une explosion ou un incendie dont le coût, en vies humaines et en dommages matériels, sont une fois de plus une question de hasard. Alors qu’un conducteur très prudent peut causer un accident, celui qui conduit en état d’ivresse ou dans la plus grande insouciance peut avoir la chance d’arriver à bon port sans difficulté”. *La Responsabilité Civile*, p. 113. 2. ed. Paris: Economica, 1989.

18. Bem anota Mario Bessone que “lungi da pretendere il risarcimento di ogni danno, la tendenza che si è identificata nell’evolgere della responsabilità civile mira piuttosto ad un ampliamento dell’area del danno, ma sempre entro “confini ragionevoli”. È certo che i criteri di valutazione dei danni “non possono esaurirsi in una troppo angusta prospettiva”, ma “debbono tener conto anche dei... vari e sempre nuovi interessi ai quali l’ordinamento in considerazione del loro emergere come valori socialmente rilevanti accorda la sua protezione”. Ma un sistema troppo “liberale” – incline ad “offrire protezione giuridica a danni di scarsa consistenza e quase impalpabili” – può divenire strumento di domande di risarcimento per danni inesistenti o immaginari”. *Casi e questioni di diritto privato*, p. 57.

Reza o art. 944, *caput*, do Código Civil, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Historicamente, da análise da vida real, observa-se que a quase totalidade das demandas de responsabilidade civil almejam a condenação do réu ao pagamento de uma determinada quantia (supostamente equivalente ao prejuízo). Nesse contexto, a sentença tem o valor prático próximo ao de um cheque, uma vez que a resposta jurídica é apenas patrimonial.

Já em 1897, René Demogue destacava a insuficiência dos meios de proteção oferecidos pelo Direito à vítima de dano. Postulava que a sociedade oferecesse aos seus membros “modos de reparação tão variados e numerosos quanto os meios empregados pelos delinquentes”. Lamentava, naquele momento histórico, que as formas de reparar o mal fossem tão reduzidas, em comparação com as inumeráveis maneiras de ocasionar danos.¹⁹ A sua lição – infelizmente – conserva atualidade, por variadas razões. Uma delas é a interpretação majoritária, entre a doutrina processual, do “princípio da adstrição ao pedido”, o qual exigiria que o juiz “reparasse” o dano apenas e tão somente pelo acolhimento ou desacolhimento do meio sugerido pelo autor da ação. Essa ideia é coerente com um sistema individualista. E gera, naturalmente, uma série de danos sociais, caso aplicada sem a necessária moderação.

Deveria a doutrina (e naturalmente a jurisprudência) meditar sobre meios alternativos de reparação. Veja-se, por ilustração, o fenômeno do desagravo, do direito de resposta, da publicização da sentença, cartas personalizadas às vítimas e outras medidas que podem ser úteis para reparar ou ao menos compensar o dano sofrido. Dois exemplos banais: (a) diante de uma tragédia, que gera comoção social, seria adequada a idealização e a construção de memoriais, museus, obras de arte para que as gerações futuras não se esquecessem das vítimas e do evento, minimizando assim a chance de sua repetição; (b) diante de uma calúnia, a resposta pública do Poder Judiciário, reconhecendo o ilícito perpetrado, pode ser mais útil às vítimas do que um mero valor arbitrado etc.

Outros sistemas meditam quanto a esta realidade. É o caso da *Legge Pinto*, que preconiza na Itália, em seu art. 2: “il danno non patrimoniale è riparato, oltre che con il pagamento di una somma di denaro, anche attraverso adeguate forme di pubblicità della dichiarazione dell’avvenuta violazione”. Usualmente aplicada diante da violação à garantia da duração razoável dos processos, serve igualmente de amparo para a idealização de formas alternativas (e efetivas) de compensação/reparação dos danos.

Espera-se, diante dos apelos da doutrina, que os Tribunais passem a reconhecer que a resposta jurisdicional, nas demandas de responsabilidade civil, não pode ser limitada a um valor pecuniário, sob pena de se frustrar o ideal de plena reparação do dano gerado.

19. *De La Réparation Civile des Délits*, p. 44-45. Paris: Elibron Classics, 1897 (ré-impression 2006).

4. CONCLUSÃO

À luz do exposto, nesse momento de afirmação dos direitos das pessoas (e de meditação acerca de seus correlatos deveres), parece extremamente oportuno pensar o fenômeno da responsabilidade civil sob um enfoque mais amplo, que permita a consideração do ângulo das pessoas que, embora não estejam diretamente envolvidas no caso concreto analisado, certamente serão impactadas pela sua resolução. De outra banda, a meditação acerca do real alcance do “princípio da reparação integral do dano”, para além de uma mera quantificação econômica, poderá contribuir por harmonizar a pretensão das vítimas e o dever dos causadores atenuarem ou eliminarem as consequências danosas de um evento que lhes é imputável.

5. REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido. *La responsabilità civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1999;
- _____; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001.
- DEMOGUE, René. *De La Réparation Civile des Délits*. Paris: Elibron Classics, 1897 (ré-impresion 2006).
- FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade civil no novo Código. In: *O novo Código Civil e a Constituição* (Org. Ingo Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 7 ed. Paris: Dalloz, 2007.
- LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.
- RADE, Christophe. *L'Impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*. Chroniques, p. 301. Recueil Dalloz, 1998.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. 2 ed. Paris: Economica, 1989.
- VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: *Direito Civil Contemporâneo*. Org. Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.

HONESTE VIVIRE: PRINCÍPIO INSPIRADOR DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Fernanda Ivo Pires

Doutora e mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professora de Direito Civil da FSBA, Unijorge e dos cursos de pós-graduação da UCSAL e UNIFACS. Advogada.

Sumário: 1. Introdução – 2. A Responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva – 3. A Pena privada e seus fundamentos – 4. Atividade abusiva do Direito – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, a responsabilidade civil passa por momentos em que está mais direcionada a um dos polos da relação jurídica, quer seja com os olhos voltados à conduta do agressor – responsabilidade subjetiva; ou tendo como objeto principal a própria vítima, onde seja possível o seu ressarcimento por quem esteja mais próximo do fato lesivo – responsabilidade objetiva. Tal polaridade, contudo, por vezes a engessa, não permitindo que alcance a sua devida função social.

A responsabilidade civil, como componente do direito obrigacional, deve ser vista como um todo, como um processo que visa alcançar a sua finalidade que é não apenas ressarcimento do prejuízo sofrido, mas também o bem-estar social.

Quando há uma responsabilização objetiva, como se sabe, não há que se perquirir o elemento culpa, o que pode possibilitar um locupletamento indevido pelo agente causador do dano. Assim, o que inicialmente seria uma desvantagem para o responsável para a reparação do dano, posto que não tem a condição de provar que inexistiu culpa, acaba por se transformar em enorme benefício, na medida em que não é dada a oportunidade à vítima discutir a gravidade da conduta da outra parte, mas tão somente o dano abstratamente considerado em sua própria esfera.

Neste sentido, haveria uma discrepância entre a responsabilidade objetiva e a pena privada? Qual seria o ponto de equilíbrio entre estes dois institutos, com o fito de atingir a amplitude do efeito preventivo da responsabilidade civil?

Ao examinar tal perspectiva, propõe-se que seja observado não só o clássico princípio inspirador da responsabilidade civil, o *neminem laedere* (não lesar outrem), mas concomitantemente o *honeste vivire*.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Após largo período de responsabilidade essencialmente subjetiva, o atual ordenamento jurídico brasileiro traz em seu bojo, além dessa modalidade, também aquelas que independem da comprovação de culpa, as quais são largamente denominadas de objetivas.¹

A responsabilidade civil objetiva refere-se, em regra, a uma relação jurídica em que há uma desigualdade material entre as partes, o que ocasiona à vítima uma grande dificuldade na instrução probatória quanto ao seu verdadeiro agressor e à intensidade de sua culpa. Dessa forma, sob o fundamento dos princípios da equidade e da solidariedade, haverá, nesse caso, uma preocupação maior com o dano sofrido pela vítima, ainda que não haja verdadeiramente um culpado. Em outras palavras, responderá quem “se encontra na posição mais adequada a conduzir a análise custo-benefício”, assumindo, inclusive, a possibilidade de evitar o dano.²

Complementarmente ao fundamento acima apontado, nessa modalidade de responsabilidade, há a ideia de reparar danos compatibilizando-a com o desenvolvimento econômico empresarial, sem que haja uma inibição do mencionado incremento. É o que se depreende do parágrafo único do art. 927 do CC: “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”.

Em contradição aos mencionados ideais, contudo, é comum empresas contumazes na prática de condutas lesivas se beneficiarem do manto da responsabilidade objetiva para se esquivar da majoração do montante reparatório.

Muito embora a jurisprudência admita a possibilidade de um aspecto punitivo para a hipótese de responsabilidade civil objetiva, notadamente quando se refere a uma reparação por danos morais, a qual tem na sua essência um caráter aflitivo de punição; tais condenações ainda ocorrem de maneira bastante tímida.³

Dessa forma, não se pode permitir que a responsabilidade objetiva seja traída ao revés dos seus princípios inspiradores, impedindo a concreção da justiça pela afastabilidade da verificação da culpa.

1. Tecnicamente defende-se que a responsabilidade puramente objetiva é aquela que independe de culpa, fundamentada, inicialmente, na ideia do risco e nas estatísticas de acidentes na atividade; não se confundindo, contudo com as hipóteses de culpa presumida. Cf. PIRES, Fernanda Ivo. *Responsabilidade civil e o caráter punitivo da reparação*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 73 e ss.
2. CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1997, p. 65.
3. Cf. Recurso Especial 1056871/RS, Julg. 17/06/2010. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=responsabilidade+adj3+objetiva+e+dano+adj2+moral&b=ACOR>. Acesso em: 10/07/2017. ED REsp 1036485 / SC. Julg.: 12/05/2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=responsabilidade+adj3+objetiva+e+dano+adj2+moral+e+culpa&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>. Acesso em: 10/07/2017.

De maneira mais clara, a adoção da responsabilidade que independe de culpa tem como pressuposto o desenvolvimento social e uma preocupação com a dignidade da vítima, o que obviamente não afasta a possibilidade de aplicação de uma penalidade para aquele que agiu incorretamente. A concepção de tal responsabilidade deve ser interpretada como aquela que garante um mínimo reparatório à vítima, mas não como limitadora da reparação.⁴

Não é demais lembrar que a quantificação da reparação por dano moral enseja a apreciação, dentre outros fatores, da gravidade da conduta do agressor. Por gravidade da conduta, entenda-se verificação da extensão de culpa, haja vista que, observando a lesão perpetrada contra a vítima, não restam dúvidas de que quando a mesma sofre uma lesão que adveio de uma simples displicência, o sofrimento causado é infinitamente menor comparativamente ao dano causado com culpa grave ou até mesmo dolo.

Segundo João de Matos Antunes Varela,⁵ a responsabilidade objetiva ocorre nos casos em que não houver culpa grave ou dolo, e tem como fundamento o risco e a prática de fatos lícitos que, aproveitando a determinadas pessoas, prejudicam outras. Sendo que tem como objetivo estimular os seguros sociais, para promover a reparação de atos não culposos e de circunstâncias fortuitas ou força maior, ou no caso em que o autor do fato ilícito seja desconhecido ou careça de meios para promover a reparação.

É bem verdade que um sistema baseado apenas na culpa tem como um dos efeitos colaterais transmitir às pessoas a ideia de que elas apenas se devem preocupar quando incorrem em culpa, o que é reprovável moralmente.⁶ O posicionamento mais razoável, portanto, é aquele em que se pode harmonizar a responsabilidade civil baseada na culpa com a responsabilidade civil objetiva.⁷

3. A PENA PRIVADA E SEUS FUNDAMENTOS

A pena privada⁸ é uma sanção punitiva imposta ao particular em razão da sua conduta lesiva quando a simples reparação não for suficiente para remediar o mal realizado. Sendo que, tal punição refere-se a uma quantia em dinheiro a ser entregue à vítima, fixada pela lei,⁹ por um negócio jurídico, ou por um magistrado. Dessa for-

4. Segundo Boris Starck, Uma das duras críticas enfrentadas pela pena privada é que seria a condenação da objetivização da responsabilidade civil. (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile: considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947, p. 371).

5. VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. v. I, Coimbra: Almedina, 2005, p. 523.

6. VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista Direito GV*. São Paulo: v. 1, n. 1, p. 135-148, maio/2005, p. 145.

7. Nesse sentido, JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. v. II. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1933, p. 217

8. Não confundir com pena civil. Neste sentido, conferir ROSENVALD, ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 74 e ss.

9. Exemplificativamente tem-se: revogação de doação por ingratidão (art. 555); indignidade e deserção (arts. 1.814, 1.962); condômino com conduta antissocial (art. 1.337) etc.

ma, a pena privada tem a função de reunir a típica sanção pública aos instrumentos próprios do Direito Civil,¹⁰ com o intuito primordial preventivo e dissuasório.¹¹

Embora não seja novidade o pagamento de uma quantia em dinheiro em favor da vítima,¹² a sua redescoberta em diversos países vem ocorrendo em razão da ascensão do direito de personalidade e da crescente tendência a despenalizar a tutela da honra e da reputação.¹³

Por outro lado, como bem lembrado por Rogério Donnini,¹⁴ falar em punição no Brasil é tarefa inglória, “pois se para crimes graves a punição tem sido branda ou inexistente, em uma sociedade que convive com índices alarmantes de violência, como estabelecer uma punição, no âmbito da responsabilidade civil, que propicie proteção à sociedade, em atenção a uma vida digna?”

A opção da punição na responsabilidade civil não é necessariamente um traslado das normas aplicáveis nos Estados Unidos e na Inglaterra para a realidade brasileira, posto que o instituto dos *punitive damages* é apenas uma das formas existentes de repressão.¹⁵ Pelo contrário, a aplicabilidade da pena privada no Brasil se mostra viável por princípios e cláusulas gerais próprios trazidos em artigos específicos da Constituição Federal e do Código Civil.

Considerável doutrina¹⁶ entende que a reparação por danos morais prevista no artigo 186 do Código Civil e artigo 5º, V e X da Constituição Federal nada mais é do que uma penalidade que se impõe ao responsável pelo fato lesivo. Nas palavras de Moreira Alves:¹⁷

penso nada mais ser um dano moral que uma pena privada, com uma circunstância ainda mais intensa que a pena privada conhecida, pois se transmite aos herdeiros; na realidade, está-se satisfazendo o desejo íntimo de vingança ao punir o cidadão causador do dano. [...] tanto isso é verdade que, quando se diz que foi atropelado o neto de um Rockefeller, por exemplo, o ressarcimento pode ser de milhões e milhões de dólares, embora, para a família, nada valha, pois o seu desejo é o neto; esse ressarcimento não trará satisfação alguma, para dizer-se que é uma compensação em relação à dor.

10. BARATELLA, Maria Grazia. *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 213.

11. Nelson Rosenvald ressalta que, sob pena de perder a coerência, a sanção punitiva não há de se referir a toda e qualquer violação de uma norma civil. (Op. cit., p. 55)

12. VOCI, Pasquale. *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*. Milano: Giuffrè, 1939, p. 8. Cf. ainda STARCK, Boris. Op. cit., p. 359.

13. Cf. GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 57; CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J, 1995, p. 26-28.

14. DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015, p. 46-47.

15. Cf. PIRES, Fernanda Ivo. Op. cit., p. 163e ss. ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 70 e ss.

16. Ver referências em PIRES, Fernanda Ivo. Op. cit., p. 207

17. Conferência Inaugural da I Jornada de Direito Civil. (Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.). Brasília: CJF, 2003, p. 28. Cf. também LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1949, p. 103. FRANZONI, Massimo. *Il danno alla persona*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 527; GALLO, Paolo. Op. cit., p. 8-10. RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 352.

Em uma análise superficial *caput* do art. 944, *caput*, do Código Civil, não seria possível a aplicação da pena privada, posto que o mesmo determina que a indenização seja mensurada pela extensão do dano. Mas tal dispositivo, além de não ser aplicável à reparação por danos morais,¹⁸ deve ser interpretado sistematicamente com o seu parágrafo único que possibilita a aplicabilidade da equidade na fixação do *quantum* indenizatório, bem como com os princípios que inspiram o Direito Civil e a Responsabilidade Civil, como a socialidade e a ideia de viver honestamente.

Segundo o citado parágrafo, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Por se tratar de uma cláusula geral e em razão do próprio princípio da equidade, o juiz poderá observar a graduação da culpa do causador do dano, majorando o montante reparatório à título de penalidade.¹⁹⁻²⁰

No enunciado número 379 da IV Jornada de Direito Civil, chegou-se a seguinte conclusão: “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.²¹

Relativamente à Constituição Federal, importa transcrever o inciso V do artigo 5º: “é assegurado o direito de resposta, *proporcional ao agravo*, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. É indubitável, portanto, que na aferição do *quantum debeatur* a gravidade da conduta lesiva deve ser considerada.

A jurisprudência é farta ao admitir a valoração da culpa, seja para majorar ou diminuir o montante fixado a título de danos morais, possuindo como critérios para a quantificação: a condição econômica do agressor, a extensão do dano, o caráter educativo / punitivo. No entanto, mais uma vez, intimida-se quanto à majoração dos valores, na maior parte das vezes com receio de ocasionar um enriquecimento sem causa da vítima,

Não é demais ressaltar que, na concepção atual da responsabilidade civil, há de se compreender que a mesma, tal qual os demais institutos de Direito Civil, também tem uma função social a cumprir. Obviamente que o prejuízo imposto ao particular

18. Nesse sentido ver ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 264.

19. Em situação semelhante, observa-se o emblemático artigo 1621 do Código Civil de Quebec: “Lorsque la loi prévoit l’attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ils s’apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l’étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers”.

20. Acerca do art. 944, José de Aguiar Dias lembra que “pequenas faltas podem produzir grandes danos, como mostra a fábula da guerra perdida em consequência da ferradura que se soltou do cavalo do guerreiro”. (Da responsabilidade civil, p. 37).

21. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). IV Jornada de direito civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. v. 1 e 2. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-dedireito-civil-enunciados-aprovados?searchterm=jornada>>. Acesso em: 08/02/2010.

afeta não apenas a sua própria esfera, como também o equilíbrio social,²² o que justifica que a pena privada seja aplicada e tenha o seu consequente efeito dissuasório.

Para Caio Mário da Silva Pereira,²³ da responsabilidade civil sobressaem um “sentimento social” e um “sentimento humano”. O primeiro significa que “a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa”. Enquanto que o segundo compreende a repugnância de que “o agente reste incólume em face do prejuízo individual”. Assim, conclui o autor que “[n]a responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha a ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana deve-lhe prestar”.

4. ATIVIDADE ABUSIVA DO DIREITO

Uma das mais expressivas cláusulas gerais adotadas pelo Código Civil, talvez a maior delas, é a trazida no artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Dessa maneira, pode-se observar que a mesma sociedade que reconhece um direito ao indivíduo, impõe a este a responsabilidade no seu exercício, de maneira que se coadune com o que socialmente se espera.

Cumpre destacar que, sendo o artigo 187 uma cláusula geral, o seu alcance se refere não apenas a atos isolados, como também a uma atividade, como um conjunto sistemático e sucessivo de atos.

Veja-se o exemplo de uma determinada empresa que pratique o ato ilícito clássico, previsto pelo artigo 186, e que seja obrigada a reparar o prejuízo sofrido pela vítima; após este fato, encontra-se dentro dos padrões de legalidade. Se a mesma empresa, entretanto, tem como prática, na sua atividade, lesionar e reparar, sem que adote uma postura preventiva, certamente está a manter uma atividade que ultrapassa a fronteira da licitude por representar uma afronta à sociedade. Resta-lhe, dessa forma, não apenas responder pelo prejuízo causado, como também estar impedida de praticar novos abusos.

Um exemplo semelhante foi o exposto por José Carlos Barbosa Moreira:²⁴

A legislação do inquilinato, tradicionalmente, concedia ao locatário, quando o locador pretendia fazer despejá-lo por falta de pagamento do aluguel, o direito de purgar a mora, isto é, de satisfazer em juízo o que fosse devido, com o que evitava a decretação do despejo. Sucedia que, às vezes, o locatário se valia reiteradamente dessa possibilidade. Atrasava o pagamento de modo por assim

22. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. I, 3. ed.; v. II, 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954, p. 12.-13

23. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 15-16.

24. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Título: Abuso do direito. Publicado em dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.iobonlinejuridico.com.br>>. Acesso em: 26/02/2010, p. 6-7.

dizer sistemático e, quando demandado, exercia o direito à purgação da mora. Inquilinos havia que só pagavam em juízo, para desespero dos locadores, forçados a propor ações em sequência ininterrupta. Suscitou-se ao propósito a tese do abuso do direito, e algumas decisões judiciais vieram a acolhê-la, recusando o benefício a quem fosse contumaz na mora. Todavia, a jurisprudência não se pacificou, e foi necessário que o legislador interviesse. A L. 6.649, de 16.05.1979, estabeleceu no art. 36, § 2º: ‘Não se admitirá a purgação da mora se o locatário já se houver beneficiado desta faculdade, por duas vezes, nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da ação, e se o débito, na data do ajuizamento da petição inicial, for superior a dois meses de aluguel’. Posteriormente, a L. 8.245, de 18.10.1991, eliminou a última cláusula, tornando inadmissível a purgação da mora pela simples circunstância de haver o locatário exercido o direito por duas vezes, nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da ação de despejo. De qualquer sorte, estamos diante de hipótese em que a lei agasalhou em termos inequívocos a teoria do abuso do direito.

Será que pessoas que ajam reiteradas vezes na prática de ilícito, sem se preocupar com a função social dos seus atos, pode ser entendido como dentro de um padrão de honestidade, onde a cada um é dado o papel de fazer a sua parte, princípio entendido como uma das premissas do Direito?

Com fundamento na suposta fonte de enriquecimento sem causa da vítima e no suposto engessamento da atividade econômica das empresas, as pessoas contrárias à pena privada na responsabilidade civil costumam afirmar que esta sanção pode ocasionar uma “indústria do dano moral”. Contudo, o que se observa hoje, no Brasil, é exatamente o oposto, uma “indústria das lesões”,²⁵ onde pessoas que desenvolvem atividades lesivas se valem de uma responsabilidade que não pondera a extensão da sua culpa e matematicamente chegam à conclusão que ainda é mais rentável manter-se na atividade lesiva a evitar danos.

Ou ainda, como obtempera Nelson Rosenvald²⁶ ao afirmar que é muito cômodo ao causador do ilícito saber que o valor a ser reparado ficará limitado ao montante dos prejuízos causados e nada mais. Dessa forma, “o ordenamento jurídico não oferece razões suficientes para que alguém se abstenha a ponto de não incidir em inadimplemento ou se converter em adente de um ilícito”.

Assim, o argumento de que uma quantia alta fixada a título punitivo poderia ocasionar um enriquecimento sem causa da vítima é insubsistente. Ora, a causa existe, qual seja, o ato ilícito praticado pela outra parte.

Mais do que isso, quando a lesão for de ordem moral, qual seria o critério matemático para chegar à conclusão de que a quantia em dinheiro fixada estaria ultrapassando o limite da dor sofrida?

Ad argumentandum tantum, importa salientar que o tratamento hoje empregado ao enriquecimento sem causa pelo Código Civil demonstra que o empobrecimento não é imprescindível. Assim, nos termos do artigo 884 “Aquele que, sem justa causa,

25. DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 499.

26. Op. cit., p. 47.

se enriquecer à custa de outrem, *será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários*”, independente do necessário correlato empobrecimento,²⁷ o que, certamente, não deixa de ser uma punição.

Agostinho Alvim²⁸ salienta que, na maioria dos casos, há inseparabilidade entre o enriquecimento e o empobrecimento. Contudo, admitida a falta do empobrecimento, surge uma dificuldade para a explicação do nexos. A solução encontrada para tal óbice é situar a correlação entre o enriquecimento e um fato que se ligue à outra parte. É a teoria chamada de *indivisibilidade de origem*.

Ademais, a ação de enriquecimento não está limitada à concepção real do enriquecimento, devendo se averiguar toda a extensão do enriquecimento mais do que a concepção patrimonial; ou seja, “o benefício auferido pelo enriquecido em decorrência da vantagem obtida pelo locupletamento”.²⁹

A equidade não pode ser entendida como igualdade. Equidade significa equilíbrio. Daí que ao contabilizar uma reparação de danos não há que se perquirir uma fórmula matemática que traduza tão somente proporcionalidade com o dano sofrido.³⁰

Outro óbice que se poderia imaginar quanto à punição daquele que exerce uma atividade abusiva é que, no caso de empresas que estejam submetidas à responsabilidade objetiva, não haveria de se analisar a culpa. Mas o juiz pode perfeitamente fazer o exame do dolo ou da culpa. Aliás, a responsabilidade subjetiva “pode ser cumulada como causa de indenização nos casos de responsabilidade objetiva”.³¹ Conforme dito anteriormente, a responsabilidade civil objetiva deve ser utilizada em socorro à vítima, servindo-lhe como garantia de mínima reparatória e não como obstáculo.³²

Paolo Gallo³³ entende que talvez seja inoportuna a cominação penal em matéria de responsabilidade objetiva, pois poderia inibir as empresas quanto ao seu desenvolvimento. Porém, completa tal autor, que é necessário analisar a situação em específico. É diferente, por exemplo, uma determinada empresa que tem um comportamento

27. Nesse sentido cf. NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 206

28. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*, v. 259. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, p. 3-37, maio/1957., p. 22-23.

29. NANNI, Giovanni Ettore. Op. cit., p. 286.

30. Nesse sentido tem-se o enunciado 359 da IV Jornada de Direito Civil: “A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”. Ver ainda STJ – REsp 1186789 RJ 2010/0055990-5. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25079532/recurso-especial-resp-1186789-rj-2010-0055990-5-stj/inteiro-teor-25079533?ref=juris-tabs>>. Acesso em 15/07/2017.

31. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: Filomeno, José Geraldo Brito et al (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 374.

32. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é que, mesmo nos casos de responsabilidade civil objetiva, a culpa é considerada para o caso de ocorrência de danos morais. Vide o Recurso Especial 1056871 / RS. Julg: 17/06/2010 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=responsabilidade+adj3+objetiva+e+dano+adj2+moral&b=ACOR>. Acesso em: 16/07/2017).

33. Pene private e responsabilita civile, p. 64.

gerador de danos mas que é socialmente útil, de uma outra que provoca danos, sem que tais atos comportem qualquer utilidade social. No primeiro caso deve haver o ressarcimento do dano, e no segundo, o remédio adequado é a tutela inibitória *ex ante* ou danos punitivos *ex post*. “A existência desta função ressarcitória e sancionatória da responsabilidade civil permite, por outro lado, conciliar a presença das penas privadas em regimes caracterizados pela responsabilidade objetiva”.³⁴

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A culpa sempre exerceu papel de fundamental importância e não pode ser renegada em razão de uma desvirtuada objetivação da responsabilidade civil, onde recordistas em causar danos se escondem atrás da responsabilidade objetiva, mesmo quando estejam praticando uma ilicitude (artigos 186 e 187 do Código Civil).

Em uma visão equivocada, poder-se-ia pensar que a pena privada poderia engessar a responsabilidade civil objetiva. Mas na contramão desse raciocínio, o que se observa é que o critério da responsabilidade objetiva mal utilizada pode propiciar uma nefasta paralização dos anseios da vítima e da sociedade.

Assim, não se procura estabelecer como foco principal da responsabilidade civil apenas o dano como pretendem alguns (Direito de Danos) ou culpa, como classicamente se pretendeu, mas harmonizar dano e culpa; ou seja, harmonizar a figura do responsável com a vítima, tendo como pano de fundo a sociedade como um todo.

6. REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). IV Jornada de direito civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. v. 1 e 2. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-dedireito-civil-enunciados-aprovados?searchterm=jornada>>. Acesso em: 08/02/2010.

_____. (coord.). Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, ano 4, n. 1, p. 177-203, jan./jun. 2003.

ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*, v. 259. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, p. 3-37, maio/1957.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: Filomeno, José Geraldo Brito et al (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARATELLA, Maria Grazia. *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 2006.

CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de pene privée*. Paris: L.G.D.J, 1995.

34. Tradução livre de L'esistenza di questa funzione risarcitoria e sanzionatoria della responsabilità civile, ci permette altresì di conciliare la presenza delle pene private in regimi caratterizzati dalla responsabilità oggettiva. (GALLO, Paolo. Op. cit., p. 184-185).

- CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1997.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. I, 3. ed.; v. II, 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.
- DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015.
- _____. (coord.). Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 483-503.
- FRANZONI, Massimo. *Il danno alla persona*. Milano: Giuffrè, 1995.
- GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.
- JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. v. II. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1933.
- LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1949.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Título: Abuso do direito. Publicado em dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.iobonlinejuridico.com.br>>. Acesso em: 26/02/2010.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- PRÉVÔT, Juan M. La polivalente función del daño y sus concomitancias con la relación de causalidad. Publicado em 2008. Disponível em: <<http://www.astrea.com.ar/frames.php?what=/files/articles/doctrina0233.pdf>>. Acesso em: 10/01/2010.
- PIRES, Fernanda Ivo. *Responsabilidade civil e o caráter punitivo da reparação*. Curitiba: Juruá, 2014.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937.
- ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile: considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da Decadência. Da prova*. v. III, t. II (arts. 185-232). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. v. I, Coimbra: Almedina, 2005.
- VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista Direito GV*. São Paulo: v. 1, n. 1, p. 135-148, maio/2005.
- VOCI, Pasquale. *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*. Milano: Giuffrè, 1939.