

# RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA EVOLUÇÃO EM DIREÇÃO AO RISCO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

**Caio Roberto Souto de Moura**

Juiz Federal e Mestrando em Direito do  
Estado pela Pontifícia Universidade  
Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS

SUMÁRIO : 1. Introdução. 2. Evolução histórica da Responsabilidade Civil. 3. Pressupostos da responsabilidade civil. 4. Transformação da responsabilidade civil. Da culpa ao risco. 5. A mudança do paradigma ideológico e a transformação da responsabilidade civil. 6. Fundamentos da responsabilidade objetiva – teoria do risco. 6.1. Teoria do risco integral. 6.2. Teoria do ato anormal. 6.3. Teoria do risco. Risco-proveito. Risco criado. 7. Casos de responsabilidade objetiva no Novo Código Civil Brasileiro.

## **1. Introdução.**

Trata-se, a responsabilidade civil, de instituto jurídico destinado a impor ao causador, ou responsável, por dano a terceiro, a obrigação de reparar o prejuízo.

Na responsabilidade civil estabelece-se a punição extra-penal a todo aquele que, ao cometer um ato ilícito, causar danos a outrem. Em suma, existe responsabilidade civil quando uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outra.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, Almedina, 1994, Coimbra, pág. 433.

O objetivo do instituto é o de definir os eventos danosos mais relevantes, e impor aos causadores ou responsáveis, a transferência do ônus sofrido pelos lesados, de acordo com os princípios de justiça e equidade<sup>2</sup>.

Portanto, a responsabilidade civil define os limites e condições nas quais haverá a transferência do custo do dano causado, trasladando-o da vítima ao causador ou responsável.

Em sua concepção atual, ocupa-se principalmente na reparação do dano, em atenção à vítima, e apenas secundariamente atua como punição ao causador ou responsável<sup>3</sup>.

## **2. Evolução histórica da Responsabilidade Civil.**

Ainda na fase da justiça privada, os danos causados eram compensados através de retaliações ao causador, impostos unilateralmente pelos lesados, sem qualquer tipo de delimitação subjetiva ou relação de proporcionalidade entre dano e reparação.

Posteriormente, e na medida em que o Poder instituído assume a administração da Justiça, a fim de obter a pacificação social, as legislações mais antigas previam sanções, propiciando ao lesado que causasse o mesmo mal ao responsável (Código de Hammurabi – 2500 a.C., Código de Manu – séc. XIII a.C.).

Em sua fase inicial, inexistia diferenciação entre a responsabilidade civil e a penal, aplicando-se a Lei de Talião. Não havia preceito genérico prevendo a responsabilidade de quem causasse dano a outrem, prevalecendo a tipicidade das condutas, sem menção ao elemento culpa, o qual era irrelevante para a caracterização da responsabilidade<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato*, vol II, *Istituti*, Milano, Giuffré, 1995, p. 316, *apud* Eugênio Fachini Neto, *Da responsabilidade civil no novo Código*, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *O novo Código Civil e a Constituição*, Livraria do Advogado Ed., 2003, Porto Alegre, p. 151.

<sup>3</sup> Eugênio Fachini Neto, *Da responsabilidade civil no novo Código*, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *O novo Código Civil e a Constituição*, Livraria do Advogado Ed., 2003, Porto Alegre, p. 155.

<sup>4</sup> José Acir Lessa Giordani, *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*, RJ, Lúmen Juris, 2004, p. 5.

A *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.) representou grande avanço no instituto da responsabilidade civil, ao limitar ao patrimônio do devedor a responsabilidade pela dívida, vedando-se a aplicação de penas corporais.

A *Lex Aquilia* (séc. III a.C.), embora ainda mantivesse a prevalência da tipicidade em seus dispositivos, previu a responsabilidade de quem causasse dano à coisa alheia (*damnum injuria datum*), atribuindo ao proprietário lesado uma *actio legis Aequiliae*, que objetivava o recebimento do valor do dano causado.

A partir de então se iniciou a separação entre a responsabilidade civil e a penal, uma vez que a *actio legis aquiliae* era considerada reipersecutória quando a condenação correspondesse ao valor da coisa, e penal, quando excedesse esse valor<sup>5</sup>.

O que se constata a partir de então é a assunção da culpa como elemento fundamental a caracterizar o dever de indenizar.

A teoria da responsabilidade civil subjetiva ou baseada na culpa foi consagrada nos códigos civis da modernidade (aqueles do século XIX), como o Código Civil francês de 1804. Tal codificação exerceu grande influência nas codificações supervenientes, como o Código Civil Alemão e o Código Civil Brasileiro de 1916.

Dentro deste novo contexto, de maior racionalização do sistema de reparação de danos, tem-se o que se denomina de teoria clássica da responsabilidade civil, ou como é mais conhecida, a regra da responsabilidade civil subjetiva, entre nós consagrada pelo artigo 159 do antigo Código Civil de 1916, que estabelecia que: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano*”.

Esta redação, ademais, de maneira geral, foi transcrita para o artigo 186 do Novo Código Civil, de 2002, que prevê: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”

---

<sup>5</sup> José Acir Lessa Giordani, *ob.cit.*, p. 5.

Em síntese, pode-se observar a evolução e a especialização da reparação civil frente à responsabilidade criminal e a sua ligação com a proibição da autotutela<sup>6</sup>. Também se constata a transformação do instituto, partindo de vingança privada, de caráter sancionatório, até a noção subjetiva atual e originada a partir da “Lex Aquilia”.

### 3. Pressupostos da responsabilidade civil.

Em sua acepção clássica, a responsabilidade civil repousa sobre o tripé culpa, dano enexo de causalidade. A culpa diz respeito ao pressuposto de índole subjetiva, de modo a ser caracterizada como a atuação indevida do agente causador do dano, que deixa de observar os deveres mínimos de precaução, inobservando os cuidados necessários ao surgimento de danos à esfera patrimonial de terceiros.

É exatamente o comportamento culposo do causador do dano que reveste o ato jurídico da ilicitude necessária a erigi-lo como fato gerador do dever de indenizar. A culpa, aqui, abrange as modalidades de *culpa propriamente dita* e *dolo*.

Na doutrina subjetiva, cada um deve suportar os ganhos e perdas decorrentes de suas atividades, em decorrência do princípio da autonomia da vontade. Nesse contexto, a ocorrência de dano imporá apenas à vítima o encargo, exceto no caso de o agente causador do dano haver se conduzido de modo culposo<sup>7</sup>. A prova da culpa, porém, via de regra, incumbe à vítima, sobre a qual recai o ônus de demonstrar a existência de dolo ou culpa na atuação do agente causador do dano, para se ver ressarcida do prejuízo causado.

Assim, na lição de De Page, “a irresponsabilidade é a regra; a responsabilidade, a exceção”<sup>8</sup>. Portanto, o elemento subjetivo a caracterizar o ato como ilícito encontra-se na imputabilidade do agente causador do dano. Deve, assim, a conduta ter sido desejada pelo agente, voluntariedade esta que não se estende, necessariamente, à intenção de causar o dano ou à consciência da possibilidade concreta de sua ocorrência, caso em que estaríamos no campo do dolo.

---

<sup>6</sup> Mário Júlio de Almeida Costa, *ob.cit.*, p. 443.

<sup>7</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil de acordo com a Constituição de 1988*, RJ, Forense, 1997, p. 30.

<sup>8</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *ob.cit.*, p. 30.

A culpa, como pressuposto do surgimento do dever de indenizar, origina-se da proposição genérica de que o dever ressarcitório está relacionado ao descumprimento de uma obrigação. O inadimplemento de um dever jurídico gera, para o infrator, um dever de indenizar, de modo que a ordem jurídica restabeleça o equilíbrio rompido<sup>9</sup>.

Em seu sentido mais amplo a culpa abrange tanto o dolo quanto a culpa propriamente dita. Na culpa *stricto sensu*, há um erro de conduta cometido pelo agente que, procedendo contra o direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo<sup>10</sup>.

A culpa *stricto sensu* pode ser decomposta em seus três elementos : o erro de conduta, a previsibilidade do resultado e a falta de cuidado ou omissão da diligência exigível<sup>11</sup>. O erro de conduta é o traço diferencial entre a culpa e o dolo. Na culpa há um erro não intencional na conduta, que termina por gerar resultado diverso do pretendido pelo agente. A previsibilidade do resultado é absolutamente indispensável para a caracterização da culpa. Inexistindo a possibilidade de o agente prever o resultado lesivo – a imprevisibilidade – inexistente o ilícito capaz de acarretar o dever de reparação. Quanto à falta de cuidado ou omissão de diligência exigível, desdobra-se nas modalidades clássicas de imperícia, imprudência ou negligência.

No dolo, a finalidade do agente em cometer a conduta e obter o resultado ilícito, caracteriza a contraveniência a uma norma jurídica, a vontade de promover o resultado maléfico<sup>12</sup>. Mais modernamente, o conceito foi alargado de modo a incluir, também, a atividade de quem, embora não tenha desejado diretamente causar o resultado lesivo, procedeu consciente de que seu comportamento poderia ser lesivo. O fato é que o dolo, como elemento subjetivo da conduta, indo além da mera culpa *stricto sensu*, também acarreta para o agente o dever de indenizar o prejuízo causado a terceiro

---

<sup>9</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *ob.cit.* p. 66.

<sup>10</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *ob.cit.* p. 69.

<sup>11</sup> José Acir Lessa Giordani, *ob.cit.*, p. 21.

<sup>12</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *ob.cit.*, p. 65.

O conceito de culpa, portanto, na concepção clássica, exige a imputabilidade psíquica e a efetiva demonstração de atuação imperita ou negligente, cujo resultado poderia ser previsto, ao menos implicitamente. É, na lição de De Page, o individualismo de bom quilate, o liberalismo integral<sup>13</sup>.

Na responsabilidade civil, ao contrário da esfera penal, embora a conduta dolosa seja mais grave que a culposa, o que releva para a aferição da extensão do dever de indenizar é a gravidade do dano<sup>14</sup>.

O dano é o pressuposto básico do dever de indenizar. É a materialização do desequilíbrio jurídico provocado pelo ato ilícito. Por certo, só haverá o que indenizar desde que se constate o prejuízo ao patrimônio jurídico de alguém, dado o caráter essencialmente equalizador do instituto da responsabilidade civil.

O dano implica a supressão de uma situação de que a vítima se beneficiava ou diminuição da utilidade da mesma. O dano indenizável há de ser atual e certo, não comportando, a responsabilidade civil, a indenização a patrimônio jurídico eventual e, por consequência, não fruível pela vítima ao tempo da lesão. A reparação de um dano futuro, no entanto, não encontra objeção doutrinária, embora não seja unânime<sup>15</sup>. Exige-se, no entanto, a certeza de que se produzirá e de que seja quantificável no momento de sua fixação, mesmo que de forma arbitrada.

A noção de dano certo contrapõe-se à de dano hipotético, isto é, aquele que decorre da mera suposição de que, na ausência de prejuízo, haveria o desencadeamento de uma série não obrigatória de eventos incertos que, provavelmente, pudessem dar margem à ocorrência alegada como dano. A exigência é que haja a certeza de que os prejuízos venham a ocorrer, ainda que em tempo futuro, e possam ser apreciados quantitativamente no dia da decisão judicial<sup>16</sup>.

Muito embora concebido inicialmente em seu sentido patrimonial, o conceito atual de dano é abrangente, não mais sofrendo a limitação de ser considerado

---

<sup>13</sup> Alvino Lima, *Culpa e Risco*, SP, RT, 1999, p. 70.

<sup>14</sup> José Acir Lessa Giordani, *ob.cit.* , p. 18.

<sup>15</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *ob.cit.*, p. 40.

<sup>16</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *ob.cit.* , p. 41.

como tal apenas o dano patrimonial, conforme ficou estatuído no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

A concepção do dano como toda a ofensa a qualquer bem jurídico, retira a sua limitação aos bens jurídicos exclusivamente patrimoniais, afastando-se a patrimonialidade do prejuízo<sup>17</sup>. Assim, outros bens jurídicos, não patrimoniais, como os direitos da personalidade, devem ser objeto de ressarcimento, no caso de verem-se atingidos por terceiros. A questão clássica de sua não mensurabilidade econômica encontra-se equacionada na atualidade, com o deslocamento da finalidade da reparação civil, de mera equalização patrimonial, para a compensação psicológica da vítima de lesão moral, ainda que representada por indenização pecuniária.

A reparação, portanto, abrange integralmente o prejuízo sofrido pela vítima, com o objetivo de restaurar o *statu quo ante*. Na impossibilidade, o que se verifica na maior parte dos casos, representa uma compensação monetária que possa, ainda que parcialmente, compensar a perda sofrida.

O dano, em sua concepção integral, abrange o que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar: o dano emergente e o lucro cessante. Ou “danos e interesses”, na locução do Código Francês, significando a diminuição do patrimônio jurídico atual e a privação do seu aumento futuro<sup>18</sup>.

O terceiro elemento a compor o conjunto da instituição da reparação civil é o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. É a relação de causalidade entre ambas é que vai determinar a responsabilidade do agente pela reparação ao patrimônio jurídico da vítima. Se a conduta do agente não deu causa ao dano, não há que se falar em responsabilidade do mesmo.

Na hipótese da existência de uma multiplicidade de condutas concorrentes ao resultado dano, fugindo-se ao esquema simplificado tradicional da existência de apenas uma conduta dando causa a um dano, atribui-se, via de regra,

---

<sup>17</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *ob.cit.*, p. 53.

<sup>18</sup> Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, SP, Saraiva, 1988, p. 164.

responsabilidade solidária a todos os agentes<sup>19</sup> (artigo 942, parágrafo único, do Novo Código Civil).

Verificando-se a multiplicidade de causas sucessivas, e não simultâneas ou conjuntas, as “concausas”, impõe-se a delimitação de qual das sucessivas condutas deu causa direta ao dano, a fim de se delimitar a responsabilidade civil quanto ao agente causador.

À semelhança do que ocorre no Direito Penal, há algumas teorias desenvolvidas para a solução do problema, sendo as mais relevantes a *teoria da causa próxima*, a *teoria da equivalência das causas* e a *teoria da causalidade adequada*<sup>20</sup>.

A *teoria da causa próxima* atribui ao autor do último evento causador do dano a responsabilidade pela reparação. Sofre restrições, pelo fato de que nem sempre a última conduta na linha de eventos que desemboca no dano é a mais relevante ou a principal, muitas vezes tendo sido determinada pelas condutas antecedentes, estas, sim, as preponderantes para a verificação do prejuízo.

A *teoria da equivalência das causas* atribui a todas as condutas que deram origem ao evento danoso a mesma importância, distribuindo-se a responsabilidade eqüitativamente a todos os agentes que atuaram nos eventos. Além de desconsiderar a preponderância de algumas condutas sobre outras, acarreta a dificuldade de se isolar, na prática, as múltiplas atuações que possam ter dado origem ao dano.

A *teoria da causalidade adequada*, concebida por Von Bar e aperfeiçoada pelo filósofo alemão Von Kries, no final do século XIX, é a teoria mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência, sendo acolhida pelos principais ordenamentos jurídicos<sup>21</sup>. A conduta considerada como causa do dano, para o fim da reparação civil, é aquela que é adequada para a produção do dano, sendo capaz, por si só, de produzi-lo, em um plano abstrato.

---

<sup>19</sup> Wilson de Melo da Silva, *Responsabilidade sem culpa*, SP, Saraiva, 1974, p. 112.

<sup>20</sup> José Acir Lessa Giordani, *ob.cit.*, p. 50.

<sup>21</sup> Wilson de Melo da Silva, *ob.cit.*, p. 119.

Muito embora, no caso concreto, possam ter ocorrido diversas condutas sucessivas que deram ensejo ao evento danoso, se, dentre estas, houver alguma que, isoladamente, pudesse ter produzido a lesão, esta deve ser imputada como a causa. Descartam-se aquelas condutas que, isoladamente, não podiam, em um plano ideal, ter dado causa à lesão. Escolhe-se, entre os antecedentes históricos, aquele que, segundo o curso normal dos acontecimentos, é apto a desencadear o resultado. Não basta, portanto, que a conduta seja condição do dano, mas exige-se que seja, também, isoladamente, requisito necessário e suficiente.

#### **4. Transformação da responsabilidade civil. Da culpa ao risco.**

Outra evolução importante do instituto da reparação civil repousa na transformação de seu caráter subjetivo, baseado na culpa como pressuposto de imposição do dever de indenizar, a um instituto imbuído do caráter objetivo. Nesse caso, dispensando-se a prova da atitude culposa do agente como elemento fundamental do dever indenizatório.

Embora persista em nosso ordenamento como regra geral, a responsabilidade subjetiva vem, de longa data, sendo alvo de críticas das mais diversas. A virtual impossibilidade de prova da culpa do agente e a progressiva ocorrência de inúmeros danos causados sem atuação culposa, em qualquer uma das modalidades de culpa, é a principal falha apontada.

Passou-se, portanto, a privilegiar a certeza de que os danos causados serão reparados, sem que seja necessário o questionamento e a complexa prova da índole subjetiva de atuação do causador do dano.

Relegou-se a um segundo plano, em alguns casos, a importância moral da responsabilização do efetivo causador do dano, por comportamento censurável, em prol da segurança jurídica decorrente da previsibilidade da efetiva reparação dos múltiplos danos causados na atuação diária das pessoas e empresas.

A necessidade econômica e prática de que os indivíduos, reunidos em sociedade, tenham a certeza de que, caso sofram um prejuízo por uma ação de outro

indivíduo, serão ressarcidos de seus danos, passou a ter primazia na ordem jurídica, em um sem-número de casos<sup>22</sup>. Não há, portanto, na doutrina objetiva, o requisito do ato ilícito para a configuração do dever de indenizar. Basta a prova do dano e o nexo de causalidade para que surja, para o agente, o dever de indenizar.

O aumento das transações jurídicas, característico da sociedade capitalista moderna, causou a multiplicação das atividades potencialmente causadoras de danos a terceiros. Frequentemente, as atividades econômicas, que impõem riscos à sociedade como um todo, são exercidas por pessoas jurídicas, operadas por uma multiplicidade de indivíduos, cada um respondendo por apenas uma parte da operação. Não se pode, em tais condições, imputar a responsabilidade subjetiva pelos danos a um ou um grupo de indivíduos claramente definidos.

Por outro lado, tais empresas, devidamente aparelhadas, financeira e juridicamente, terminam por causar danos a terceiros que não detêm as mesmas possibilidades, caracterizando a assimetria jurídica. Impor-se ao lesado, nestas condições, a prova da culpa do causador do dano equivaleria a, na prática, eliminar qualquer possibilidade de aplicação social do instituto, gerando e eternizando conflitos e tensão social.

Tal transformação no cenário econômico e social impõe uma profunda alteração no aspecto subjetivo da responsabilidade civil. Configurada em sua acepção clássica de responsabilidade subjetiva, a obrigação de indenizar perderia sua função social de trasladar o ônus do dano, imputando-o a quem, de forma direta ou indireta, o causou.

Em um contexto de intensa movimentação econômica, produzida por grupos empresariais cada vez mais estruturados, a manutenção da concepção subjetiva clássica imporá apenas aos lesados o ônus dos danos causados por tais agentes econômicos na obtenção de lucros privados.

---

<sup>22</sup> Rafael Bicca Machado, *A Responsabilidade Civil dos Administradores de Empresas* - De acordo com o Novo Código Civil, Revista do Conselho Federal de Administração, no prelo.

No contexto da responsabilidade subjetiva, torna-se impraticável a prova da culpa em um sem-número de casos que a civilização moderna cria ou agrava. Torna-se, então, necessário afastar-se o elemento moral, de pesquisa psicológica do agente, deslocando-se a questão para o ponto de vista exclusivo da reparação do dano<sup>23</sup>.

Sob esse prisma, observa-se o efetivo deslocamento do instituto da reparação civil, da função quase penal de punir o causador, à função distributiva do ônus decorrente do dano, em preocupação preponderante com a vítima.

A aplicação da responsabilidade objetiva equaliza melhor os fatores proveito e risco, impondo aos agentes que se beneficiam da atividade causadora de risco o ônus decorrente. Na prática, tais atividades acabam por também distribuir tais ônus, através de sua inclusão no custo ou preço dos serviços que prestam, embora tal distribuição encontre limites nos preços admitidos pelo mercado, em um cenário de concorrência<sup>24</sup>. A sociedade de risco moderna, portanto, termina por socializar, ao menos parcialmente, o ônus dos inúmeros danos causados nas transações jurídicas do dia-a-dia.

## **5. A mudança do paradigma ideológico e a transformação da responsabilidade civil.**

A passagem de um sistema de responsabilidade civil baseado fundamentalmente na culpa para um sistema objetivado, baseado no risco econômico (risco-proveito ou risco criado) revela uma opção do legislador por um modelo jurídico diverso do liberal, próprio do *Welfare State*<sup>25</sup>.

A doutrina subjetivista da responsabilidade civil atingiu seu apogeu em uma sociedade liberal, tendo sido consagrada nos Códigos Civis da modernidade (século XIX). A sociedade liberal na qual floresceu pode ser definida como tendo a ideologia individualista como hegemônica.

---

<sup>23</sup> Alvino Lima, *Culpa e Risco*, SP, RT, 1999, p. 115.

<sup>24</sup> Rafael Bicca Machado, *ob.cit.*

<sup>25</sup> Luciano Benetti Timm, "OS GRANDES MODELOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO PRIVADO: DA CULPA AO RISCO", artigo a ser publicado na Revista de Direito do Consumidor, RT, Julho/setembro 2005.

A hegemonia ideológica do liberalismo deixou marcas profundas em diversas áreas, como o liberalismo político, o liberalismo econômico, o liberalismo jurídico. A modernidade surge como quebra do paradigma antigo de uma sociedade hierarquizada, em que os vínculos sociais se estabeleciam por laços de parentesco e posição social. A sociedade moderna é a sociedade composta de indivíduos livres, diferentes entre si, cujos vínculos são estabelecidos com base no consenso (contrato social, contratos privados) e na responsabilidade pelos atos individuais. A sociedade moderna é ainda aquela em **que** as relações de troca são entabuladas em um espaço público impessoal denominado de mercado<sup>26</sup>.

No contexto ideológico liberal da modernidade, impõe-se ao indivíduo a responsabilidade por seus atos, resultando de tal concepção a importância da culpa como pressuposto do surgimento da obrigação de indenizar. Por isso, o Código Civil liberal é construído sobre três pilares: a) liberdade contratual e de testar<sup>27</sup>; b) propriedade absoluta<sup>28</sup>; c) responsabilidade civil subjetiva<sup>29</sup>. A transformação da ordem jurídica em uma legislação solidarista ou *welfarista* será construída, em oposição ao primeiro, sobre três outros pilares: a) função social do contrato (proibição do abuso de direito, boa fé, equilíbrio, respeito aos usos e costumes e proteção da ordem pública)<sup>30</sup>; b) função social da propriedade (direitos e deveres ao proprietário; utilidade social da terra)<sup>31</sup>; c) responsabilidade civil objetiva<sup>32</sup>.

A evolução do paradigma liberal em direção ao paradigma solidarista, com o surgimento do “Direito Social”, deu-se a partir das idéias sociológicas do final do século XIX, grandemente influenciadas pelas doutrinas socialistas, e veiculadas pelos juristas do início do séc. XX. As distorções sociais causadas pelo capitalismo em sua versão liberal clássica refletiram-se no pensamento jurídico de modo a expor uma vertente que preconiza a funcionalização do Direito, em direção a uma ética social, ou cooperativa, concretizada através de uma “justiça distributiva”, que almeja diminuição dos conflitos sociais através da distribuição dos riscos de atividades empresariais

---

<sup>26</sup> Luciano Benetti Timm, ob. cit., p. 4.

<sup>27</sup> CC/1916, art. 1081 e ss.

<sup>28</sup> CC/1916, art. 554.

<sup>29</sup> CC/16, art. 159 e 1057.

<sup>30</sup> Novo Código Civil, artigos 157, 187, 421, 422, 424, 478. Código de Defesa do Consumidor, artigos 39 e seguintes e 46 e seguintes.

<sup>31</sup> Novo Código Civil, artigo 1228, § 1º.

<sup>32</sup> Novo Código Civil, art. 927, § 1º e Código de Defesa do Consumidor, arts. 12 e ss.

capitalistas e das vantagens econômicas por elas geradas no seio da sociedade e, ainda, da proteção da parte fraca nas relações sociais<sup>33</sup>.

Em tal direção, juristas como Raymond Saleilles e Louis Josserand e, posteriormente, Georges Ripert, passaram a defender a responsabilidade civil objetiva. Saleilles apresenta inicialmente a responsabilidade civil objetiva em seu trabalho *Essai d'une Théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil allemand* e, em seguida, produz o *Les accidents de travail et la responsabilité civile en 1897 (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, em 1897. Preconizava a responsabilidade civil como decorrente de um fato, acontecimento ou causa capaz de impor riscos a terceiros, podendo ser diretamente extraída do preceito genérico do artigo 1.382 do Código Napoleônico. O que pretendia era uma interpretação da legislação então vigente que a adequasse de modo a ser aplicável à nova realidade industrial e tecnológica<sup>34</sup>.

Louis Josserand, também em 1897, inicia sua obra em defesa da responsabilidade objetiva, publicando *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, sustentando a previsão da responsabilidade objetiva em decorrência de danos causados pelas coisas inanimadas no parágrafo único do art. 1.384 do Código Civil francês. Em 1936, publica uma de suas principais obras, *Evolutions et Actualités*, na qual, sob o título *L'évolution de la responsabilité*, fundamenta solidamente sua posição em favor da responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco<sup>35</sup>.

Georges Ripert, outro defensor da responsabilidade sem culpa, funda seu posicionamento não no risco, mas na anormalidade do ato causador do dano. Afirma que a “*democracia não pode admitir uma organização econômica que separa na exploração os benefícios e os riscos.*” (*Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*, SP, Saraiva, 1937, pp. 330-333).

No direito brasileiro, a consagrada obra de Alvinio Lima - *Culpa e risco*, defendida como tese para professor catedrático de direito civil na Universidade de São Paulo, em 1938, esclarece os fundamentos da responsabilidade independente de culpa.

<sup>33</sup> Luciano Benetti Timm, ob. cit., p. 7

<sup>34</sup> José Acir Lessa Giordani, ob. cit., p. 38-39.

<sup>35</sup> José Acir Lessa Giordani, ob. cit., p. 38-39.

Afirma, com propriedade, que, em sua acepção clássica, o instituto da responsabilidade civil subjetiva não era capaz de resolver inúmeros casos que a civilização moderna criara e agravara, sendo necessário afastar-se o elemento moral para concentrar-se exclusivamente na necessidade de reparação do dano<sup>36</sup>.

Na Constituição Federal (artigos 1º e 3º), vislumbra-se claramente o fundamento solidarista, assim como no Novo Código Civil Brasileiro, em diversos de seus artigos. O ideário do “Direito Social” pressupõe uma responsabilidade civil, com função diversa da do modelo liberal, privilegiando a repartição social do risco gerado pela atividade econômica e a certeza de sua efetiva reparação, em detrimento da punição do agente em conduta faltosa. Sobressalta, assim, o caráter objetivo da reparação civil, em casos cada vez mais freqüentes, dispensando-se a culpa como pressuposto indispensável ao surgimento da obrigação de indenizar.

#### **6. Fundamentos da responsabilidade objetiva – teoria do risco.**

A teoria do risco, em oposição à teoria da culpa, vem sendo cada vez mais difundida nas normatizações atuais sobre a responsabilidade civil. Partindo do fato em si, para a imposição do dever de indenizar, deita raízes nos princípios da equidade e da justiça, afastando a impossibilidade prática da vítima em provar a culpa do causador do dano<sup>37</sup>.

A modalidade subjetiva clássica da responsabilidade civil, devido à complexidade da prova da culpa do agente, para viabilizar a reparação civil, veio sendo abrandada, por diversos meios, antes de se constituir, de modo definitivo, a doutrina objetiva da responsabilidade civil.

Inicialmente, construiu-se o conceito doutrinário de inversão do ônus da prova, tendo a legislação a utilizado em cada vez mais freqüentes hipóteses. O surgimento da “responsabilidade subjetiva com culpa presumida” representou grande evolução, aliviando a vítima hipossuficiente do encargo de provar a atuação culposa do causador do dano.

---

<sup>36</sup> Alvino Lima, ob. cit., p.115.

<sup>37</sup> Alvino Lima, ob. cit., p.195.

Na culpa presumida, com a inversão do ônus de sua prova, vigoram as presunções para justificar, principalmente, a responsabilidade de alguém por fato de outrem, sendo, por isso, chamada de *responsabilidade indireta*. Justifica-se sua adoção pela consideração da ocorrência da *culpa in vigilando* e da *culpa in eligendo*<sup>38</sup>.

Na *culpa in vigilando*, considera-se responsável pelo dano aquele a quem incumbe o dever de zelar pelos atos de outrem, este o causador direto do dano. Tratando-se, porém, de presunção *juris tantum*, o vigia de terceiro pode exonerar-se da responsabilidade sempre que comprovar a impossibilidade de evitar o fato lesivo.

Já a *culpa in eligendo* atribui a responsabilidade ressarcitória àquele que escolhe mal o causador direto do dano a terceiro. Pressupõe relação jurídica de subordinação entre o causador direto do dano e quem o elegeu para a atividade.

Trata-se de uma solução de compromisso, ainda sem a dispensa da culpa como pressuposto indispensável ao dever de indenizar, embora já contenha o germe do seu enfraquecimento como ponto central do instituto da responsabilidade civil. Já aí se nota o surgimento da priorização da vítima como centro da estrutura ressarcitória e da segurança e estabilidade nas transações jurídicas, obtidas com a certeza da reparação<sup>39</sup>.

Entretanto, não se vislumbra, ainda, a migração dos fundamentos da responsabilidade civil da ótica subjetiva para a objetiva, propiciando-se que o causador do dano, nessas condições, exima-se do dever, desde que prove a inexistência de conduta culposa. Vale ressaltar que a presunção, sendo relativa, comporta sempre prova em contrário.

Outro passo no sentido da transformação da culpa ao risco foi empreendido por aqueles que, diante de certos tipos de danos, onde a prova da culpa do agente se mostrava muito complexa ou difícil, entendiam que haveria a transformação da responsabilidade aquiliana – extracontratual – em contratual. Assim ocorreu com as indenizações decorrentes de acidentes de trabalho, atribuindo-se ao empregador o

---

<sup>38</sup> Orlando Gomes, *Obrigações*, RJ, Forense, 1997, p. 269.

<sup>39</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *ob.cit.*, p. 263.

encargo da reparação, independentemente de culpa. As legislações, em alguns casos, determinavam a aplicação de preceitos relativos à culpa contratual, onde se dispensava o lesado da prova da conduta faltosa do empregador.

Tal fundamento também foi aplicado ao transporte de pessoas, onde os doutrinadores consideravam presente uma obrigação de seguridade consentida pela parte devedora. Assim, entendendo ocorrida culpa contratual, dispensava-se o usuário do serviço de provar a culpa do transportador para se ver ressarcido dos prejuízos sofridos<sup>40</sup>.

### **6.1. Teoria do risco integral**

Em sua primeira formulação, a responsabilidade sem culpa funda-se na teoria do risco integral, que proclama a necessidade de reparação do dano, mesmo involuntário. Assim, haveria a obrigação de reparação de qualquer dano causado pelo agente, por todo o ato do qual seja ele a causa material, excetuando-se, apenas, os fatos exteriores ao homem. Essa doutrina radical, influenciada pelo positivismo jurídico, considera que, no conflito, de direitos só há patrimônios em foco, eliminando-se o elemento pessoal.

Afastar-se qualquer resquício de pesquisa moral subjacente à conduta do causador do dano era absolutamente necessário para materializar o direito civil, em nome da socialização do direito. A reparação não deve decorrer da culpa, da pesquisa de qualquer elemento moral, verificando-se se o agente agiu bem ou mal, consciente ou inconscientemente, com ou sem diligência. Acima dos interesses de ordem individual devem ser colocados os sociais e só com base nestes é que se determinará a necessidade ou não de reparação<sup>41</sup>.

### **6.2. Teoria do ato anormal.**

A teoria do ato anormal considera devida a reparação do dano sempre que o agente empreende atividade anormal no uso da propriedade, tendo sido

---

<sup>40</sup> Caio Mário da Silva Pereira, ob.cit., p. 266.

<sup>41</sup> Alvino Lima, ob. cit., p.117.

engendrada por Ripert, principalmente para regular os distúrbios nas relações de vizinhança.

Sofreu a crítica dos irmãos Mazeaud, segundo os quais, a utilização anormal da propriedade nada mais é do que modalidade de ato culposos, que o homem diligente não praticaria<sup>42</sup>.

De fato, tal fundamento ainda se distancia da objetivação da reparação civil tal como hoje concebida. Adotada em sua plenitude, a teoria não evitaria os problemas da prova da normalidade ou anormalidade da utilização, dando margem à perquirição da índole subjetiva do agente, quando da utilização da propriedade.

Fato é que Ripert abandonou-a posteriormente, retornando à doutrina subjetiva em suas obras mais recentes (*La règle morale dans les obligations* e *Le regime démocratique et le droit civil moderne*).

### **6.3. Teoria do risco.**

A teoria que fixou as bases da nova concepção de responsabilidade extracontratual foi a do risco. Defendida inicialmente por Saleilles, teve em Josserand seu mais consistente teórico.

A teoria do risco encontrou profícua aplicação na legislação a partir de então, tendo sido adotada em diversos países e em diversas hipóteses de incidência.

Parte da necessidade de assegurar às vítimas do dano a efetiva reparação, para impor aos agentes que empreendem atividades potencialmente causadoras de risco o dever de indenizá-los. Relega a questão da punição ao agente que atua dolosamente a um segundo plano, a fim de evitar que o ônus da atividade de terceiro recaia sobre a vítima<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Alvino Lima, ob. cit., p.119.

<sup>43</sup> Alvino Lima, ob. cit., p.119.

Inicialmente concebida na modalidade de risco-proveito, dá lugar à aplicação dos princípios de justiça e equidade, atribuindo-se ao agente que obtém vantagens da atividade, o ônus pelos danos causados a terceiros – *ubi emolumentum, ibi onus*.

A teoria do risco-proveito representa o início da racionalização da distribuição do ônus decorrente dos danos causados em um cenário de intensas transações jurídicas, próprio do capitalismo moderno. Sua aplicação evita a concentração dos prejuízos isoladamente na pessoa das vítimas, trasladando-a para o causador.

Em sua aplicação atual, o que se constata é que tal teoria deu margem a uma socialização dos custos decorrentes dos danos a terceiros, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, se beneficiem da atividade. Não se limita a onerar apenas o agente diretamente beneficiado, posto que, nas transações jurídicas, o potencial valor das reparações civis passa a ser mais um item na estrutura de custos dos agentes econômicos.

Assim, e dentro dos limites permitidos pelos preços praticados no mercado, passa a incorporar o preço dos bens e serviços fornecidos pelo beneficiário direto da atividade, sendo, por sua vez, transferido ao consumidor de tais bens ou serviços. Se os limites da concorrência capitalista não permitem, em algumas circunstâncias, a transferência integral do ônus das reparações civis aos consumidores, é certo que, ao menos parcialmente, tal transferência é admitida.

A teoria do risco-proveito, então, permite a maior distribuição dos custos reparatórios. Antes concentrados apenas na pessoa da vítima, ele passa a ser suportado pelo agente causador e pelos beneficiários indiretos de sua atividade, consumidores dos bens e serviços produzidos através da atividade de risco.

Ingressa-se no contexto da sociedade de risco, em que o custo dos bens e serviços produzidos através de atividades de risco é maior, para todos os que os consomem, posto que nele se integra o componente do ônus das eventuais reparações

devidas a terceiros prejudicados. Socializa-se o custo indenizatório, de modo análogo aos contratos de seguro<sup>44</sup>.

Evolução da teoria do risco-proveito, a teoria do risco criado abandona o elemento “proveito” como pressuposto necessário ao surgimento do dever de indenizar.

Surge como forma de viabilizar a reparação civil originada de condutas que não necessariamente geram proveito, no sentido econômico, aos agentes. Cita-se o caso emblemático da utilização de automóveis, de notória potencialidade lesiva a terceiros.

Configura o dever de indenizar, de acordo com a teoria do risco criado, o simples fato de alguém empreender qualquer atividade que gere prejuízos a terceiros. Não cabe, aqui, a perquirição da índole subjetiva do agente – culpa, ou de que tenha o mesmo obtido benefícios da atividade – proveito<sup>45</sup>.

A “teoria do risco-proveito”, inicialmente delineada para responsabilizar os agentes econômicos, enseja, em sua formulação atual, um deslocamento para a “teoria do risco criado”. Não mais se pressupõe o risco como um elemento da atividade economicamente proveitosa ao agente, mas o conceito é ampliado de modo a atingir qualquer atividade que seja potencialmente danosa à esfera jurídica de terceiros<sup>46</sup>.

Atuando de forma a causar risco para terceiros, a eventual ocorrência de danos deve ser suportada pelo causador, independentemente de culpa ou aproveitamento econômico da atividade. É o caso clássico do uso do automóvel. Independentemente de estar dirigindo de forma imprudente, ou de obter proveito econômico, deve o motorista estar consciente do potencial danoso da atividade, mesmo que advinda de caso fortuito.

A doutrina objetiva, em sua concepção atual, amplia-se na direção do conceito de *garantia*. Em certas espécies de responsabilidade objetiva, o causador direto do dano é desprovido de patrimônio suficiente à reparação de eventuais danos causados

---

<sup>44</sup> Rafael Bicca Machado, ob. cit., p. 9

<sup>45</sup> Caio Mário da Silva Pereira, ob.cit., p. 270.

<sup>46</sup> Eugênio Fachini Neto, ob. cit., p. 159.

a terceiros. Nesse caso, a legislação pode atribuir aos preponentes a responsabilidade pelos danos causados pelos prepostos, desprovidos de solvabilidade<sup>47</sup>.

O fundamento da responsabilidade civil não deve repousar no proveito econômico ou no risco criado, mas centrado essencialmente na pessoa da vítima. É que, ao sermos dotados dos direitos inalienáveis à vida e à integridade corporal, também seríamos dotados de um “direito à integridade patrimonial e moral”, a ser protegido e garantido pela ordem jurídica<sup>48</sup>.

Veja-se a adoção da doutrina do risco criado, pelo legislador civil, ao prescrever, no artigo 927, parágrafo único, do novo Código Civil, que “*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*”.

## **7. Casos de responsabilidade objetiva no Novo Código Civil Brasileiro.**

### **7.1. Responsabilidade objetiva. Previsão genérica.**

Embora a responsabilidade subjetiva continue sendo a regra no novo Código Civil brasileiro, a teor dos seus artigos 186 e 187<sup>49</sup>, ampliou-se a aplicação da doutrina objetiva, através da previsão normativa de diversas hipóteses legais para a sua aplicação. Além disso, o já mencionado artigo 927, parágrafo único, prevê norma geral determinando a responsabilidade objetiva, sempre que “*a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

Tem-se, aqui, previsão normativa de responsabilização objetiva, independentemente, pois, de culpa e mesmo de proveito relacionado à atividade. Basta a configuração dos pressupostos legais – periculosidade da atividade.

---

<sup>47</sup> Eugênio Fachini Neto, ob. cit., p. 160.

<sup>48</sup> Eugênio Fachini Neto, ob. cit., p. 160.

<sup>49</sup> Eugênio Fachini Neto, ob. cit., p. 165.

Aqui, pretendeu o legislador enfatizar aquelas atividades que, independentemente de culpa ou de proveito econômico, comportem, pela sua própria natureza, e em condições normais de execução, o risco implícito. Prescinde-se, pois, da atuação culposa ou em circunstâncias excepcionais, para a configuração do dever de indenizar. Para tanto, basta que a periculosidade seja uma qualidade preexistente, intrínseca, e não suscetível de eliminação, por mais prudente que seja a execução da atividade<sup>50</sup>.

Não se requer que a periculosidade derive de conduta culposa – ilícita – do agente, bastando para a caracterização o fato de que o potencial de risco ao patrimônio jurídico alheio decorra de seu exercício em condições normais.

O conceito de risco inerente, entretanto, carece de definição normativa, dada a generalidade da formulação, havendo de ser suprido no caso concreto, pelo aplicador da norma.

Não se dispensa a adoção de medidas suplementares de segurança no exercício de atividades geradoras de risco, por certo. Ao contrário, tais medidas de segurança devem ser normalmente exigidas para que se autorize o seu exercício. O fato é que a adoção plena de tais medidas, com a utilização de todo o estado da arte tecnológico, não elimina a responsabilidade do agente caso se verifique a imposição de algum dano a terceiro.

Veja-se que, no contexto da doutrina subjetiva, a plena adoção de medidas de supressão de risco pode fazer antever a ausência de “culpa” do agente que, no caso, teria operado com diligência e prudência. Não é o caso, porém, da aplicação da teoria do risco, onde o mero fato do risco ser inerente à atividade já acarreta a responsabilidade civil.

A solução para a constatação, no caso concreto, da periculosidade inerente, deve levar em conta o contexto social onde se desenvolve a atividade,

---

<sup>50</sup> Eugênio Fachini Neto, ob. cit., p. 166.

tendências normativas e mesmo a aplicação intersistemática de conceitos de periculosidade advindos de outros sistemas jurídicos (trabalhista, previdenciário, etc.)<sup>51</sup>.

Por outro lado, por atividade “*normalmente desenvolvida*” entende-se aquela que o agente desempenhe, independentemente da finalidade, não se circunscrevendo o conceito apenas às atividades profissionais, geradoras de lucro. Mesmo as atividades próprias do lazer ou deleite do causador do dano, incluem-se na norma genérica em estudo, ressaltando-se que a adoção teoria do risco criado não se atém aos limites da teoria do risco-proveito.

A adoção de cláusula aberta, propiciando o reconhecimento da responsabilidade objetiva em casos não especificamente previstos em lei, muito embora produza alguma instabilidade jurídica, traz em si o reconhecimento da nova realidade social e da dinâmica das atividades privadas nos tempos atuais.

Com a virtual impossibilidade do legislador de prever nominadamente as atividades que serão empreendidas ao custo do risco ao patrimônio de terceiros, faz sentido a previsão genérica adotada no novo Código Civil.

Os limites à responsabilização objetiva serão dados do conjunto dos casos trazidos a juízo e examinados pela doutrina, ambos atentos à realidade social e à finalidade do instituto, que visa a afastar a concentração do prejuízo apenas na pessoa da vítima.

## **7.2. Abuso de direito.**

Prevê o artigo 187 do novo Código Civil que “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*”

Assim, responsabiliza-se o titular de um direito que emprega, no seu exercício, meios que violam aspectos éticos e excedem os limites socialmente impostos. O abuso de direito é teoria recente, embora seus fundamentos já se encontrem no direito

---

<sup>51</sup> Eugênio Fachini Neto, ob. cit., p. 167.

romano<sup>52</sup>. Vislumbra-se aí a relativização do direito subjetivo, que já não possui mais o caráter absoluto de que se revestia.

Não pode, neste caso, o agente causador do dano invocar sua ausência de culpa, por estar simplesmente exercendo direito de que é titular. O exercício de direito não está autorizado, ele mesmo, a violar a ordem jurídica, por evidente contra-senso. Atribuindo o legislador ao agente a responsabilidade objetiva pelos danos causados em exercício abusivo de direito, suprimiu o principal óbice à plena reparação dos prejuízos – a complexidade da prova da culpa quando está, o agente, imbuído da finalidade de exercer direito que legitimamente possui.

Afastando o elemento subjetivo, resta apenas a caracterização da abusividade como pressuposto à responsabilização civil. Tal, no entanto, à míngua de detalhamento legal, há de ser verificada do caso concreto, e à luz do contexto social onde o fato se deu. Não se exige mais, como pressuposto da responsabilidade do agente, a intenção de prejudicar terceiro.

Trazendo aspectos éticos para o núcleo da norma que institui a responsabilidade civil nos casos de exercício abusivo de direito, exige-se que o aplicador da norma tenha em mente a finalidade social do direito invocado, cotejando-a com o desequilíbrio causado no seu exercido desmedido. Assim, o aspecto supra-individual do direito subjetivo é realçado, superando-se a órbita jurídica individual, que atenta apenas o direito daquele titular em específico.

Muito embora carecesse de normatividade expressa no sistema jurídico civilista brasileiro de 1916, considerava-se a responsabilidade civil gerada pelo abuso de direito decorrente do artigo 160, inciso I, a *contrario sensu*, do revogado Código Civil<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Eugênio Fachini Neto, ob. cit., p. 168.

<sup>53</sup> Eugênio Fachini Neto, ob. cit., p. 171.

Posicionou-se o legislador civil, portanto, pela concretização da diretriz de socialidade, tida por Miguel Reale como uma das chaves de leitura do novo Código Civil<sup>54</sup>.

### **7.3. Responsabilidade por atos lícitos.**

Há, no novo Código Civil, normas que autorizam a lesão ao patrimônio alheio, retirando a ilicitude da conduta, quando houver motivos que a justifiquem. Assim, há circunstâncias que elidem o caráter ilícito, justificando subjetivamente o causador do dano. Tais danos são admitidos como lícitos, pois derivados de condutas que, ainda que atinjam patrimônio alheio, são integrantes da ordem jurídica, admitidos pela mesma como conduta socialmente aceitável e escusável, pois integrante da faixa de comportamento do homem médio.

Tais são as previsões do artigo 188 do novo Código Civil, que não considera ilícito o ato praticado em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido (inciso I) ou a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente (inciso II).

O artigo 929, então, restabelece o equilíbrio do sistema quando determina que ao lesado, que não houver concorrido para o perigo mencionado no inciso II do artigo 188 do novo Código Civil, assiste o direito à reparação, independentemente de culpa.

É a previsão de lesão por ato lícito. O caráter lícito da conduta do agente, entretanto, não autoriza a concentração do prejuízo apenas na vítima da lesão, que não deu ensejo à situação de perigo atacada.

Situada no âmbito da doutrina objetiva, viabiliza-se a reparação do prejuízo, o que restaria insolúvel caso se tratasse de responsabilização subjetiva. É que inexistindo a culpa do causador do dano, vez que a conduta de remoção de perigo iminente situa-se na faixa da licitude, a reparação ser-lhe-ia inexigível.

---

<sup>54</sup> Miguel Reale, *O projeto de Código Civil. Situação atual e seus problemas fundamentais*. SP, Saraiva, 1986, p. 10-11.

A equalização da transferência do ônus relativo ao prejuízo causado é finalizada pela norma do artigo 930 do novo Código Civil, que prevê a responsabilização do terceiro, através de ação de regresso, quando se constatar que este concorreu de forma culposa para a produção da situação de perigo.

A transferência do ônus do dano, assim, dá-se em duas etapas. Na primeira, incidindo o artigo 929 do novo Código Civil, o lesado se vê ressarcido do dano, através da responsabilização civil objetiva do causador do dano. Na segunda, incidindo o artigo 930 do novo Código Civil, este pode se ver ressarcido, regressivamente, através da responsabilização civil do terceiro que provocou a situação de perigo.

Esta segunda relação jurídica, no entanto, só se instaurará caso haja a culpa do terceiro na formação do perigo. Trata-se, portanto, de responsabilidade civil reflexa subjetiva. Exatamente por sua mediatidade em relação ao evento que produziu diretamente o dano, não poderia a ordem jurídica admitir a responsabilidade objetiva, independentemente de culpa.

Trata-se, aqui, também, de mais uma aplicação da teoria da causalidade adequada, mencionada anteriormente no item 3, onde somente responderá o terceiro se sua conduta houver, de modo relevante, propiciado o surgimento da situação de perigo, exigindo-se ainda que tenha havido atuação culposa.

#### **7.4. Responsabilidade por fato do produto.**

No sistema de Direito Civil brasileiro, após a vigência do novo Código Civil, os empresários (pessoas físicas ou jurídicas) alçaram-se à categoria de responsáveis pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (artigo 931 do novo Código Civil).

Assim, sem prejuízo de outras modalidades de responsabilização em tais hipóteses, o fato é que se trata de responsabilidade objetiva, não havendo, portanto, que

se perquirir da atuação culposa do empresário ao fazer circular produtos potencialmente danosos.

Aqui, volta o Código Civil a veicular a teoria do risco-proveito, considerando-se que a circulação dos produtos no desenvolvimento da atividade empresarial traz, em si, a finalidade de proveito econômico.

Curioso é que o legislador civil tratou de abordar modalidade de responsabilização civil já prevista em outro sistema jurídico, o regime jurídico do consumidor, disposto no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, artigo 12). Ainda, observa-se que a norma do artigo 931 faz ressalva expressa a outras leis incidentes na hipótese, o que poderia levar à conclusão de sua dispensabilidade no sistema normativo brasileiro.

Uma leitura mais atenta, entretanto, faz perceber a aplicação da norma a hipóteses não previstas no estatuto **consumista**. Em primeiro, a norma do Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade por produtos defeituosos<sup>55</sup>, do que não trata a norma do Código Civil. Amplia, portanto, a proteção ao consumidor, consagrando o dever de reparar o dano com base no risco-proveito do empresário responsável pela circulação do produto.

Ainda, a hipótese prevista no novo Código Civil tem aplicação mais abrangente, posto que não se circunscreve à relação jurídica de consumo, como é inerente à proteção contida no Código de Defesa do Consumidor. Por mais abrangente que seja a definição dos limites subjetivos da relação de consumo, o certo é que tais limites existem e, transpostos, deixariam ao desabrigo do sistema brasileiro de reparação civil muitas das situações de dano causados por produtos de risco potencial.

Na norma abrangente do artigo 931 do novo Código Civil, no entanto, inexistente qualificação da eventual vítima e nem a designação de uma posição jurídica específica que deva ocupar, para legitimar-se como passível de indenização por danos sofridos. Basta que tenha, de algum modo, sofrido o ônus do dano causado pelo fato do produto.

---

<sup>55</sup> Eugênio Fachini Neto, ob. cit., p. 174.

Passível de crítica é o fato de que, ao mencionar, na hipótese de incidência, a circulação de “produtos”, inclina-se na direção da clássica circulação de bens, deixando de reger a circulação de serviços, cada vez mais importantes na economia do novo milênio. De fato, a prestação de serviços, na era da informação, assume contornos cada vez mais significativos, massificando-se a sua distribuição. Ao mesmo tempo, assume potencialidade danosa cada vez maior, como se pode constatar na prestação de serviços de informática, biotecnologia ou de alta complexidade tecnológica.

### **7.5. Responsabilidade civil pelo fato de outrem.**

Prevê o novo Código Civil, em seu artigo 932, a responsabilidade pelo prejuízo causado por outro que não aquele designado para suportar o ônus da reparação. Representa antiga forma de responsabilização, já prevista no revogado Código Civil brasileiro (artigo 1.521), embora sob outro fundamento.

Em virtude de responder o terceiro pelo dano causado por pessoa a ele relacionada, não se poderia, de todo modo, aventar a ocorrência de culpa, a não ser nas modalidades de *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*. Sendo modalidades de culpa presumida, representaram, no contexto legislativo anterior, grande avanço em relação à idéia tradicional de que cada um responde apenas por sua própria culpa.

O novo Código Civil, entretanto, não adota a modalidade de culpa presumida na responsabilização por fato de terceiro, inserindo-se de maneira clara no contexto objetivo, o que descarta a possibilidade de que possa, o responsável, eximir-se da obrigação de reparar o dano, pela prova de que não obrou com culpa, seja na escolha do preposto, seja na vigilância aplicada ao causador direto do dano.

Modalidade de responsabilização indireta, ou complexa, supõe a existência de um intermediário entre o responsável mediato e a vítima. É prevista no artigo 932 do novo Código Civil, respondendo os pais pelos filhos menores (inciso I), o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados (inciso II), o empregador ou comitente,

por seus empregados, serviçais e prepostos (inciso III) e os donos de hotéis ou hospedarias, pelos seus hóspedes (inciso IV).

#### **7.6. Responsabilidade civil pelo fato dos animais.**

Não trazendo grandes inovações em relação à sistemática anterior, o artigo 936 do novo Código Civil prevê a responsabilidade do dono ou simples detentor de animal, pelos danos por ele causados a terceiro.

Não chega a caracterizar a volta à doutrina subjetiva o fato de prever, a norma, a possibilidade de isentar-se o detentor do animal se conseguir provar a culpa da vítima ou a força maior. Representa simplesmente a aplicação da regra geral no instituto da responsabilidade civil, onde as hipóteses citadas constituem-se causas de exclusão da responsabilidade, seja na doutrina subjetiva, seja na objetiva, vez que esta, em sua formulação atual, não acolhe a teoria do risco integral.

Caracteriza-se a norma do artigo 936 do novo Código Civil, portanto, modalidade de responsabilização objetiva, que atribui ao dono ou mero detentor do animal o dever de indenizar prejuízos por eles causados, não necessitando a vítima provar a conduta culposa do detentor. Nem mesmo se cuida da modalidade mitigada da *culpa in vigilando*, espécie de presunção legal, que, por sua natureza, comporta prova em contrário.

A hipótese de exclusão de responsabilidade repousa na prova de culpa exclusiva ou preponderante da vítima, além do caso fortuito. Não se trata da possibilidade de elidir a responsabilidade pela prova da ausência de culpa do dono ou detentor do animal, dada a natureza objetiva da responsabilidade pelo fato dos animais.

A culpa da vítima excluirá a responsabilidade do dono ou detentor, sempre que se constate que esta se colocou, por iniciativa própria, em situação de risco, dando ensejo ao dano causado por animais.

#### **7.7. Responsabilidade pelo fato das coisas.**

A responsabilização objetiva pelo fato das coisas permanece nos mesmos moldes em que se havia no regime civilista anterior (artigos 1.528 e 1.529 do Código Civil revogado), estando prevista nos artigos 937 e 938 do novo Código Civil.

No artigo 937 do novo Código Civil, fica normatizada a responsabilidade do dono de prédio ou de obra, pelos danos causados por sua ruína. É certo que limita a hipótese à ruína que decorra da falta de manutenção ou reparos, o que poderia ensejar a volta à doutrina subjetiva, pelo fato de suscitar a questão do motivo da omissão dos reparos necessários.

De tal, entretanto, não se cuida. Não se exime o dono da obra ou prédio do dever de indenizar pela ausência de culpa. A índole subjetiva, ou a motivação ínsita à omissão de reparos, não é erigida pela norma como aspecto juridicamente relevante.

A circunstância eximente, aqui, é de índole objetiva, versando sobre a causa da ruína do prédio, se decorrente de falta de reparos ou não. Muito embora a limitação causal possa excluir algumas hipóteses de danos causados a terceiros, a previsão representa apenas, e aqui também, a exemplo da responsabilidade pelo fato dos animais, a aplicação da regra geral do instituto da responsabilidade civil.

Se não decorrer de falta de manutenção, a ruína de prédios vai se dar num contexto de caso fortuito, o que, de qualquer modo, levaria à exclusão do dever de reparação, mesmo na doutrina objetiva.

Já a hipótese do artigo 938 diz respeito aos danos causados por objetos caídos de prédios, tenham sido lançados pelo habitante do prédio, ou simplesmente caído. Não estando previstas causas de exclusão da responsabilidade, amoldam-se perfeitamente à estrutura das reparações objetivas, não havendo de se perquirir da culpa do morador, mesmo nas modalidades de culpa presumida (*culpa in vigilando*).

A hipótese, pela sua integral objetivação, aplica-se mesmo àqueles casos em que se poderia alegar a ocorrência de caso fortuito, como a ocorrência de intempéries ou a ação de animais como causa da queda. A não ser na presença de circunstâncias extraordinárias, o dano há de ser reparado mesmo diante da total

inexistência de culpa pelo habitante do prédio, não estando prevista qualquer causa excludente do dever de reparar.

## **8. Conclusões**

A transformação do fundamento da responsabilidade civil, da culpa ao risco, mostra-se mais do que evidente no atual cenário jurídico. Fruto de longa evolução, acompanhou a transformação ideológica e material da civilização ocidental.

De fato, aqueles pressupostos que autorizaram a eleição do critério subjetivo como o elemento central da imposição do dever de indenizar não mais se justificam, em muitos dos casos trazidos à realidade, pelo novo cenário das transações jurídicas da moderna sociedade capitalista.

Justificava-se o critério da culpa, no instituto reparador civil, à luz do paradigma ideológico e econômico de dois séculos atrás, onde o indivíduo é erigido como centro do sistema, mas numa concepção abstrata, não concretizada. Nesse contexto, o princípio da igualdade entre os diversos partícipes das transações jurídicas é apenas uma idéia, posto que amparada em pressuposições de estrita igualdade que, na prática, nunca existiram.

É justificado que, na transformação ocorrida no advento da sociedade capitalista liberal clássica, o valor da igualdade abstrata entre os indivíduos fosse a tal ponto realçado, que a responsabilidade civil atuasse como forma de punição civil e reparação, unicamente em relação ao agente, desde que atuasse culposamente e, portanto, de modo ilícito.

É também compreensível a transformação do instituto, no novo cenário que se desenhou, com o avanço do capitalismo global e aumento da teia de transações jurídicas entre os indivíduos.

O número e a complexidade das transações efetuadas pelos indivíduos do liberalismo clássico era imensamente inferior àquele dos séculos seguintes. Não se

poderia imaginar, na época, por certo, que um cidadão médio pudesse celebrar tantos contratos, e de tamanha repercussão e complexidade, quanto nos dias atuais.

Tampouco se poderia imaginar a imensa disparidade de condições entre os diversos personagens das trocas econômicas. A evolução da responsabilidade civil em direção ao risco, portanto, atende a imposições de ordem prática, destinadas a viabilizar o uso efetivo da reparação civil, como instituto destinado a repartir os custos dos danos causados na complexa economia capitalista atual, dotando o sistema de uma certa estabilidade jurídica e patrimonial.

Pode-se notar o avanço da responsabilidade objetiva em direção a áreas onde antes apenas se poderia considerar a ocorrência da culpa presumida. Também a maior atuação do Estado na tentativa de promover, de modo concreto, o bem-estar, impõe que se o considere, também, responsabilizável, independentemente de atuação culposa. De fato, sendo o promotor de inúmeras ações de enorme potencial de desequilíbrio na esfera jurídica individual, a responsabilização do Estado apenas nos casos de comprovada culpa do agente, faria o sistema jurídico retroagir ao superado “*the king can do no wrong*”.

No caso brasileiro, houve a preocupação do constituinte em prever, expressamente, certas hipóteses de responsabilidade objetiva e de seguro social (Constituição Federal, artigos 7º, XXVIII; 21, XXIII, “c”; 37, § 6º), bem como a cumulação de danos morais e materiais (artigo 5º, V, X). Tal fato já demonstra, por si, a relevância do tema na ordem jurídica atual, não tendo o legislador constitucional deixado a tarefa para a legislação ordinária.

Enfim, observando-se o avanço da doutrina objetiva no plano do instituto da responsabilidade civil, e a agudização das condições jurídicas e econômicas que o determinaram, não é difícil prever que ainda não findou o movimento de ampliação da responsabilidade civil objetiva, muito embora ainda convivam, na ordem jurídica atual, os dois sistemas, no modelo dualista adotado já no sistema civil anterior<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, 3ª. Ed., RJ, RENOVAR, 2004, p. 194.

Como linha de tendência, pode-se entrever a intensificação do critério objetivo de reparação civil, retirando da esfera meramente individual e subjetiva o fundamento da repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais potencializados na era da tecnologia<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Gustavo Tepedino, *ob. cit.*, , p. 195.