

²⁷ Em A Intervenção Judicial do Cade (art. 89, LF 8.884/94) e da CVM (art. 31, LF 6.385/76), artigo presente na obra coletiva *Procedimentos Especiais Cíveis, Legislação Extravagante*, 2003, p. 1.246. O autor ainda defende essa tese em outra obra, qual seja, *Recurso de Terceiro Prejudicado, Juízo de Admissibilidade*, Ed. RT 2003, p. 157.

²⁸ Segundo a Deliberação CVM 142, de 4 de fevereiro de 1992, os administradores de carteira de valores mobiliários deverão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contado da solicitação efetuada pela Comissão de Valores Mobiliários, fornecer informações relativas às operações realizadas nos mercados à vista e derivativos, para sua carteira própria e por conta de carteira de valores mobiliários sob sua administração, bem como respectivas posições de custódia.

²⁹ Exemplo extraído do *Curso de Direito Comercial*, de Fábio Ulhoa Coelho, v. 1, 8ª ed., Ed. Saraiva, 2004, p. 226.

³⁰ Lei 8.884/94, arts. 7º, V e VI, 16, 21, IX e 29, sendo que as modalidades de abuso do exercício do poder econômico “são aquelas que põem em risco a própria estrutura do livre mercado. Especificamente, aquelas que podem ocasionar a dominação de setores da economia, eliminação da competição ou o aumento arbitrário de lucros”, de acordo com as lições de Fábio Ulhoa Coelho, em *Curso de Direito Comercial*, v. 1, p. 201.

³¹ Em parecer intitulado Mandado de Segurança, Assistência e *amicus curiae*, contido no *Revista de Processo* 112, ano 28, outubro-dezembro de 2003, Ed. RT, p. 219.

³² Em nosso *Curso Básico de Processo Civil, Teoria Geral do Processo*, estudamos a assistência e o *amicus*.

³³ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em *Direito Administrativo*, 14ª ed., Ed. Atlas, 2002, p. 396.

³⁴ No mesmo sentido Fredie Didier Jr, em *Recurso de Terceiro, Juízo de admissibilidade*, p. 158, para quem o *amicus* não se encaixa “em nenhuma das hipóteses previstas no art. 499, CPC.”

³⁵ Fredie Didier Jr., em *Recurso de Terceiro, Juízo de admissibilidade*, p. 157.

Brevíssimas Considerações sobre o Novo Panorama da Responsabilidade Civil em Face da Lei 10.406/02 – Novo Código Civil

Rafael Pinto Marques de Souza*

1. Introdução

Passando ao largo da discussão existente acerca de o novo Código Civil ter entrado em vigor contendo dispositivos já ultrapassados, uma vez que o projeto foi enviado ao Congresso Nacional em 1975 e somente aprovado em janeiro de 2002, relevantes foram as inovações trazidas no âmbito da responsabilidade civil.

O progresso científico, a explosão demográfica, a urbanização e o desenvolvimento do sistema de transportes deram novo fôlego à responsabilidade civil a partir da segunda metade do século XIX. O Código Beviláqua, elaborado em 1899 e aprovado em 1916, tendo como paradigma o Código Napoleônico de 1804, por óbvio não reflete a evolução da responsabilidade civil, nem a importância alcançada nos tempos atuais.

* N.E.: Pós-graduado em Direito pela Universidade Católica de Salvador – UCSAL (BA) e ex-professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

2. Sistematização racional da matéria

No Código Beviláqua, a matéria se encontrava dispersa e sem qualquer tipo de classificação científica, o que dificultava a boa aplicação dos dispositivos pelo julgador e a didática no meio acadêmico.

O novo Código Civil ou “Código Miguel Reale”, pela primeira vez em um diploma substantivo civil brasileiro, sistematizou a matéria em 27 artigos sob o título “Da Responsabilidade Civil”, distribuídos em 2 capítulos: “Da Obrigação de Indenizar” e “Da Indenização” (Título IX, Capítulos I e II).

3. Menção expressa à “teoria do risco”

A “teoria do risco”, pela qual aquele que exerce uma atividade perigosa deve assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente, é fruto da falência da chamada “teoria clássica da culpa” ou “teoria da culpa provada”.

Com o citado progresso científico a partir da segunda metade do século XIX e o aumento considerável dos acidentes de trabalho, a sociedade percebeu que a antiga teoria pela qual a vítima deveria provar a culpa do autor da lesão não era adequada para reger as novas relações jurídicas que se consolidavam.

Ocorria que a vítima, na grande maioria das vezes, ou não conseguia identificar o autor da lesão, ou não conseguia provar a sua culpa, ficando irressarcida. Desincumbir-se desse ônus probatório era tarefa das mais hercúleas, tornando-se necessário que o sistema admitisse uma nova forma de responsabilização civil.

Surge, então, a responsabilidade civil baseada na culpa presumida daquele que exerce a atividade de risco (autor da lesão). Há, nesse estágio, a inversão do ônus da prova. A vítima não precisará mais provar a culpa do infrator, mas este deverá provar que agiu com a diligência e os cuidados necessários para que o evento danoso não ocorresse, ou seja, que agiu sem culpa, de modo a excluir a sua responsabilidade.

É importante ressaltar que a “teoria do risco” ainda não representa a responsabilidade objetiva. Embora de efeitos práticos semelhantes, a responsabilidade fundada na culpa presumida ainda é modalidade de responsabilidade subjetiva, da qual a culpa é um de seus pressupostos. Assim, na “teoria clássica” a culpa é provada, na “teoria do risco” a culpa é presumida e na responsabilidade objetiva a culpa não é pressuposto (responsabilidade sem culpa).

Alguns dispositivos do Código Beviláqua que tratam de responsabilidade civil estão fundamentados na “teoria do risco”, mas pela primeira vez, com o novo Código Civil, essa teoria foi adotada de forma expressa, embora não tenha este último diploma elencado quais seriam as atividades de risco.

Art. 927. (...)

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

4. Previsão da responsabilidade objetiva

A responsabilidade sem culpa ou objetiva é o último estágio na linha evolutiva da responsabilidade civil. Está fundamentada na hipossuficiência de algumas categorias sociais e na “teoria do risco”, embora não se confunda com esta.

A culpa era elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade civil no Código Beviláqua, uma vez que este adotou de forma absoluta a idéia de culpa provada representada na máxima dos irmãos Mazeaud de que “não há responsabilidade civil fora da culpa” (*in Responsabilité Civile*. Paris, v.1). Dessa forma, não se vislumbrava a responsabilização objetiva quando da promulgação do Código de Napoleão e do Código Beviláqua.

Com a falência da “teoria clássica” e a evolução da responsabilidade civil, surgiram diversas leis extravagantes consagradoras da tese da responsabilidade sem culpa como forma de melhor regular as novas relações jurídico-sociais.

Assim, embora não houvesse menção no Código Beviláqua acerca da responsabilidade objetiva, o Direito positivo brasileiro já conhecia essa modalidade de responsabilização, que, pela primeira vez em um Código Civil brasileiro, foi reconhecida expressamente.

Nessa esteira, o novo Código Civil reza que:

Art. 927. (...)

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifos nossos).

É importante ressaltar que as 3 modalidades de responsabilização civil, quais sejam a que toma como fundamento a culpa provada, a da culpa presumida e a da responsabilidade objetiva (sem culpa), coexistem no ordenamento jurídico brasileiro, tendo as duas últimas surgido em momentos históricos muito próximos.

5. Menção expressa ao dano moral

Dano moral é o dano que afeta a vítima como ser humano, lesando um bem integrante de sua personalidade, não atingindo ou diminuindo o seu patrimônio.

A jurisprudência não admitia a reparação por danos morais, a teor de que seria inestimável e imoral sua conversão em pecúnia.

Mais adiante, passou-se a admitir a reparação por dano moral, desde que não cumulado com danos materiais. Havia também alguns julgados admitindo a possibilidade de reparação por danos morais cumulada com danos materiais, desde que pleiteados pela própria vítima.

Em 1988, o art. 5º, V e X, da Constituição Federal, pôs fim à discussão ao prever a possibilidade de indenização por danos morais sem impor qualquer tipo de limitação ou condição.

A Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – no seu art. 6º, VI, também previu a reparação por danos morais.

A jurisprudência solidificou toda a nova sistematização da responsabilidade civil por danos morais através das Súmulas 37 e 227 do colendo Superior Tribunal de Justiça, admitindo, inclusive, que a pessoa jurídica também possa sofrer esse tipo de dano.

Por fim, o novo Código Civil, pela primeira vez em um diploma substantivo civil pátrio, elenca, expressamente, o dano moral como ato ilícito:

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

6. Consagração da “teoria do abuso de direito”

Segundo Louis Josserand (*in Évolutions et Actualités*, Paris, Sirey:1936), “aquele que age obedecendo apenas os limites objetivos da lei, mas que no exercício do direito que lhe confere o preceito legal, viola os princípios da finalidade econômica e social da instituição, da sua destinação, produzindo o desequilíbrio entre os interesses individual e o da coletividade, abusa de seu direito”.

Como exemplo, podemos lembrar do célebre “Caso Clement Bayard”, citado por Silvio Rodrigues (*in Direito Civil*, v. 4, Saraiva:1999): “Na França, o vizinho de um construtor de dirigíveis que, para forçá-lo a adquirir o seu terreno, nele ergueu grandes pilastras de madeira armadas com agudíssimas pontas de ferro a fim de tornar difícil a aterrisagem das aeronaves. Em rigor, poderia o proprietário, no uso de seu direito de propriedade, construir em seu imóvel o que lhe aprouvesse. Mas, como seu intuito foi o de ameaçar a segurança dos dirigíveis, entendeu-se abusiva a sua atitude, e portanto ilícita; daí resultou sua condenação não só de reparar o dano causado, quando uma daquelas aeronaves, colidindo com os citados postes, destruiu-se, como também a remover os esdrúxulos obstáculos”.

A “teoria do abuso de direito” propõe uma singela diferenciação entre ato abusivo e ato ilícito. O primeiro nasce lícito, pautado na lei, mas o seu titular, ao exercitá-lo, desvirtua-o dos fins sociais a que ele se dirige e das exigências do bem comum. O ato ilícito, por sua vez, já nasce contrário à lei desde o momento da sua prática.

Vale transcrever a lição de Alvino Lima (*in Culpa e Risco*, RT:1999): “Distinguem-se, pois, as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo, há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição.”

Ao contrário do BGB alemão de 1896, o Código Napoleônico não previu a “teoria do abuso de direito”. Marcel Planiol, o maior opositor dessa teoria, sustentava a impropriedade da expressão “abuso de direito”, uma vez que continha contradição inerente ao seu *nomen juris*, considerando que o direito cessa onde o abuso começa (*neminem laedit qui suo jure utitur*). Na França, portanto, a responsabilidade civil oriunda de ato abusivo surge através de construção jurisprudencial.

Há controvérsia sobre o acolhimento dessa teoria por parte do Código Beviláqua. Os defensores do não-acolhimento, dos quais sou um deles, defendem que a influência do Código Napoleônico também prevaleceu nesse aspecto. Já para aqueles que advogam pelo acolhimento, argumentam que a “teoria do abuso de direito” está contida no art. 160, I, segunda parte, do Código Beviláqua, interpretado a *contrario sensu*:

Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou *no exercício regular de um direito reconhecido* (grifos nossos)

Discussões à parte, o novo Código Civil, acompanhando a jurisprudência pátria, consagra expressamente a “teoria do abuso de direito”, insculpindo-a nos seguintes termos:

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

7. Positivação de entendimentos jurisprudenciais sedimentados

Tradicionalmente, o Direito Civil brasileiro não atribuiu responsabilidade ao amental, uma vez que este não dispõe de condições intelectuais de discernir entre as diversas condutas possíveis. Assim, descabe falar em “culpa do amental”.

Orozimbo Nonato (*in Da Reparação do Dano Causado por Pessoa Privada de Discernimento*, RF 83/369) já dizia que “Ao amental falta-lhe imputabilidade e sem esta inexistente culpa”.

Pautada nesse entendimento, a concepção clássica era de considerar caso fortuito ou força maior os atos ilícitos causados por amentais. Obviamente, este entendimento não prevaleceu por afrontar princípios de justiça e de equidade.

Assim, a figura da culpa, nessas hipóteses, surge para aquele que tem responsabilidade pelo amental, ou seja, aquele que tem o dever jurídico de vigiá-lo (culpa do curador *in vigilando*).

Ocorre que, em algumas situações excepcionais, mesmo responsabilizando-se abstratamente o curador, o ideal de justiça e de equidade continuaria sendo violado, como nas hipóteses de não haver pessoa responsável pelo amental ou o curador não ter patrimônio para responder pelo dano causado.

Acrescente-se, ainda, que, em casos excepcionalíssimos, o amental pode ser mesmo uma pessoa de grandes posses e fortuna.

Nessa esteira, o Código Civil português de 1867, o BGB alemão, o Código Federal de Obrigações da Suíça, o Código Civil Soviético e o Código Italiano passaram a admitir que, em hipóteses restritas, o amental pudesse responder civilmente pelos danos que causasse a terceiros.

Esse também foi o posicionamento do novo Código Civil brasileiro, ao estabelecer que:

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

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

Outra questão que mereceu guarida no novo Código Civil e que já havia sido reconhecida pela jurisprudência foi a relativização do princípio de que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Esse princípio é o reflexo do adágio romano de que *in lex aquilia et levissima culpa venit*, ou seja, independentemente do grau de sua culpa está o autor da lesão obrigado a reparar o dano. Percebe-se, então, que o foco da indenização não está na culpa do agente, mas sim no dano causado pela sua conduta.

Assim, a teor desse preceito, se a idéia de responsabilização visa ao retorno ao *status quo ante*, a culpa levíssima obrigaria o autor da lesão a reparar o dano, por maior que ele fosse.

A solução clássica, contudo, poderia levar o julgador a cometer injustiças em determinadas situações concretas, tais como as que envolvem culpa levíssima do autor da lesão e danos excepcionalmente extensos.

Essa mitigação ao princípio tradicional já havia sido exposto nas Novelas Romanas e foi o esposado pelo novo Código Civil:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. (grifos nossos)

8. A não-previsão da equiparação do menor entre 16 e 21 anos ao maior na responsabilidade extracontratual.

Não há no novo Código Civil disposição semelhante ao art. 156 do Código Beviláqua. Este dispositivo prevê a equiparação do relativamente incapaz ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos em que for culpado.

Isso ocorreu, no meu ponto de vista, pelo fato de o legislador ter reduzido de 21 para 18 anos a maioridade civil. Logo, se pelo Código Beviláqua um menor entre 16 e 21 anos poderia responder pelos seus atos ilícitos em solidariedade com seus pais, pelo novo Código Civil isso não é mais possível.

Assim, à luz do novo Código, o menor entre 16 e 18 anos não responderá pelos seus atos ilícitos, devendo a vítima acionar apenas os seus responsáveis. Os maiores de 18 anos são considerados capazes para todos os atos da vida civil.

No tocante à equiparação do relativamente incapaz ao maior nas hipóteses de responsabilidade contratual – casos em que ele dolosamente oculta a sua idade quando inquirido pela outra parte ou se no ato de obrigar-se declara-se maior –, esta foi mantida no art. 180 do novo Código Civil, tal qual estava preceituada no art. 156 do Código Beviláqua, ressalvadas as modificações por força da redução da maioridade civil.

9. Responsabilidade objetiva por fato de terceiro

A responsabilidade por fato de terceiro no Código Beviláqua estava baseada na “teoria do risco”. Havia presunção de culpa e inversão do ônus probatório em desfavor das pessoas elencadas no art. 1.521 do referido diploma legal.

Com o advento do novo Código Civil essa modalidade de responsabilidade passou a ser objetiva, conforme disposto no art. 933, *in verbis*:

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

pelos terceiros ali referidos. (grifos nossos)

A inovação é elogiável, uma vez que amplia o espectro da responsabilização, facilitando o ressarcimento da vítima, foco da responsabilidade civil nos dias atuais.

Tópicos Jurídicos

Direito Subjetivo (existência, relatividade e negação)

Olindo Herculano de Menezes*

1. O direito objetivo – conjunto de normas que disciplinam a ação humana – estabelece ou reconhece uma certa prerrogativa em prol de um indivíduo ou de uma coletividade, fazendo-os, por consequência, sujeitos de direitos. Eis o que usualmente se denomina direito subjetivo.

São permissões dadas por meio de normas jurídicas e, portanto, permissões jurídicas para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter alguma coisa. São exemplos de direitos subjetivos as permissões de ter domicílio inviolável; de adotar pessoa como filho; de usar, gozar e dispor da propriedade; de cedê-la em locação ou de dá-la em comodato, de exigir o pagamento do que é devido e a quitação de dívida paga etc. (1)

Na conceituação do direito subjetivo, não existe unidade de entendimento entre os doutos, como de resto sucede com os institutos jurídicos. São clássicas as definições de Ihéring, como “o interesse jurídicamente protegido”, e de Windscheid, como “o poder ou domínio da vontade conferido pela ordem jurídica”, consideradas como incompletas por enfocarem apenas um dos aspectos, um dos pólos do instituto. E, em postura eclética, a definição de Jellinek, como “o interesse protegido mediante o reconhecimento do poder da vontade individual” (2).

Com o direito objetivo (*norma agendi*), o direito subjetivo (*facultas agendi*) guarda uma relação como que simbiótica. São lados distintos de um mesmo fenômeno, de um mesmo instituto. Fora dos domínios do direito objetivo não existe direito subjetivo, como, da mesma forma, não se compreende aquele senão em razão deste, do direito subjetivo (permissões jurídicas).

* N.E.: Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e diretor da Revista do TRF-1ª Região.