

9 BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- CAMILLO, Marc. Los consejos de prensa como forma de autocontrol: propuestas y prevenciones respecto a su viabilidad en España. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, n. 54, p. 77-103, nov./dec. 1986.
- CAPALDI, Nicholas. *Da liberdade de expressão e seus limites: uma antologia de Stuart Mill a Marcuse*. Trad. Gastão Jacinto Gomes. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas/Indoc, 1974. 181 p.
- CARTAGENA, Rafael. Libertad de prensa. *Homines. Revista de Ciencias Sociales*. Hato Rey, v. 8, n. 1, 473-478, ene./jun. 1984.
- DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- FAUNDEZ LEDESMA, Hector. La libertad de expresión. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Caracas n. 243-307, 1990.
- LATTMAN-WELTMAN, Fernando. *A imprensa faz e desfaz um presidente*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994, 166 p.
- LIMA SOBRINHO, Barbosa. Direito de informação. *Revista Informação Legislativa*. Brasília n. 146-198, jul./set. 1980.
- MAGALHÃES, Roberto Barcelos. *Responsabilidade penal e civil por delitos de imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. 152 p.
- MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários a Lei de Imprensa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 838 p.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV.
- PEREIRA, Moacir. *O direito à informação na nova lei de imprensa*. São Paulo: Global, 1993.
- RIBEIRO, Alex. *Caso escola-base – Os abusos da imprensa*. São Paulo: Ática, 1995.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996, 818p.
- URUBAYEN, Miguel. *Vida privada e información: un conflicto permanente*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1977. 358 p.

A RESPONSABILIDADE CIVIL E A SANÇÃO REPARATÓRIA

Marcelo Kokke Gomes

Sumário

1. Introdução. 2. Evolução da responsabilidade civil. 2.1. A responsabilidade civil e a Revolução Industrial. 3. Responsabilidade civil subjetiva. 3.1. Dano. 3.2. Nexo de causalidade. 3.3. Culpa. 4. Responsabilidade objetiva. 4.1. Da responsabilidade subjetiva a responsabilidade objetiva. 4.2. Elementos da responsabilidade objetiva. 4.3. O risco. 5. Convivência entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva. 6. A reparação do dano. 6.1. A pena privada. 6.2. O ressarcimento do dano. 7. Política de prevenção de danos. 8. O procedimento da reparação do dano. 9. Reparação do dano no *common law*. 10. Conclusão. 11. Bibliografia

1 INTRODUÇÃO

A idéia de responsabilidade está profundamente arraigada ao senso de justiça, o qual, de uma maneira ou de outra, sempre esteve presente nas comunidades humanas. Nos primórdios era uma, sempre ligada ao dano, do qual até hoje é inseparável.

Atualmente, a responsabilidade divide-se em civil, administrativa e penal. A responsabilidade penal concentra-se na pessoa humana; embora

hodiernamente já se admita a responsabilidade da pessoa jurídica. Mas o fato é que a responsabilidade penal é pessoal, intransferível, sendo necessária a culpa daquele que causou o dano. Volta-se como uma repreensão contra o ato que lhe deu origem, e por meio da pena exercita-se uma prevenção particular, em relação ao indivíduo, e uma prevenção geral, em relação à coletividade, sendo a sua finalidade um misto de retribuição e correção da conduta. A responsabilidade penal é taxativa, no sentido de que só se responderá pelos fatos explicitamente determinados na regra jurídica.

A responsabilidade administrativa apresenta semelhanças com a responsabilidade penal e com a responsabilidade civil: às vezes possui um caráter sancionatório e em outras prepondera a coercitividade ante pessoa praticante do ato.

A responsabilidade civil opera sobre o patrimônio da pessoa, seja natural ou jurídica, e não sobre o seu próprio ser, prescindindo, por vezes, da própria culpa. Isso significa que pode ser transferida a terceiros e mesmo aos herdeiros daquele que causou o dano. Seu objetivo é a reestruturação do patrimônio da vítima, o ressarcimento fundado no dano causado, fazendo com que aquele retorne ao que era anteriormente ao dano. As principais categorias de responsabilidade civil em relação à conduta realizada são: a responsabilidade civil contratual – derivada de um contrato – e a responsabilidade civil extracontratual, que se divide em responsabilidade civil legal (obrigação preestabelecida em lei) e responsabilidade delitual (originada de um ato ilícito). Quanto à origem culposa, a responsabilidade civil pode ser subjetiva (depende da culpa) ou objetiva (independe de culpa).

José Reinaldo Lima Lopes¹ cita como funções da responsabilidade civil: função de ressarcir, função de restabelecer o equilíbrio original, função de reafirmar o poder do Estado, função de prevenção contra transgressões. A função e a finalidade da responsabilidade civil têm o seu delinea-

1 LOPES, José Reinaldo. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 93.

mento conforme as exigências socioeconômicas de cada época. Busquemos, portanto, uma síntese evolutiva da responsabilidade civil através dos tempos até a configuração que lhe exige a sociedade atual.

De grande valia nesse sentido é o ensino de Barcellona, citado por Luiz Gastão Paes de Barros Leães, para o qual o instituto da responsabilidade civil foi, no fundo, concebido para regular as relações sociais sob o prisma da redistribuição do risco e da reparação dos danos sofridos.²

2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As sociedades humanas, em seus primórdios, possuíam estrutura organicista. O ser humano enquanto individualidade ainda não se firmara, vivendo em função da comunidade. Somente nela possuiria identidade. O ser humano era visto como parte de um todo em relação ao qual deveria dedicar-se inteiramente. Não estando ele com a personalidade individualizada, a responsabilidade por seus atos recaía sobre toda a coletividade. Nesse sentido pondera Júlio Alberto Días: “Nas origens, a responsabilidade era coletiva e atingia os membros do grupo, clã, família, tribo, etc., independentemente da determinação ou não do autor material do dano.”³

O dano causado por um indivíduo a outro sempre existiu desde o início das civilizações. O fato diferenciador é a forma como este dano é tratado. Várias civilizações preceituaram sobre o dano em si e suas consequências, mas foi o Direito Romano que lançou as bases da responsabilidade civil, enraizando-a no universo jurídico. Como afirma Caio Mário da Silva Pereira, “não chegou o direito romano a construir uma teoria da res-

2 P. BARCELLONA. *Diritto privato e processo economico*. Napoli, 1973, p. 325-327, apud LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Responsabilidade do fabricante pelo fato de produto*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 19.

3 DÍAS, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 19.

ponsabilidade civil”.⁴ Nas origens romanas, a responsabilidade surgia do delito, sendo este entendido como fato contrário ao direito.

Os romanos atribuíam à responsabilidade a função de ressarcimento e de sanção penal. Primeiramente predominou a vingança privada, seguindo-se as composições voluntárias, legais e da reparação pelo Estado. A idéia de pena privada cedeu lugar à de reparação, iniciando uma distinção entre a responsabilidade penal e a civil. Posteriormente, surgiu o divisor de águas da evolução da responsabilidade civil: *Lex Aquilia*. A data é incerta ao conteúdo de relativa simplicidade e voltado para casos concretos, mas a aplicação que lhe foi dada lançou por terra as sementes da Teoria da Culpa. Divergem os autores se a *Lex Aquilia* instituiu ou não a culpa como condicionante da responsabilidade civil. Em verdade, a noção de culpa e sua identificação somente se dão de maneira plena no final do século XVII. A *Lex Aquilia* deu início à construção da responsabilidade extracontratual, tendo entre seus fundamentos o *damnum injuria datum*, que consistia na destruição ou deteriorização da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa *corpore et corpore*, sem direito ou escusa legal (injúria), tendo em vista a reparação do dano, segundo Alvino Lima.⁵

Na Idade Média, os canonistas atribuíram conotação subjetiva à culpa, aproximando-a da idéia de pecado. A individualização da responsabilidade foi acentuada: os dogmas religiosos de que cada um responderá por seus atos aflora como ameaça de castigo e punição aos homens. A grande influência – às vezes mesmo identificação – da Religião no Direito fez com que este incorporasse os valores daquela. O dever de reparação desloca-se do dano causado para a conduta do sujeito que causou o dano.

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, 1997, p. 1.

5 LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 23.

2.1 A responsabilidade civil e a Revolução Industrial

A configuração da responsabilidade civil se dá conforme as exigências socioeconômicas de cada época. Deve-se ter sempre em mente tal fato na análise da responsabilidade civil na era industrial. A Revolução Industrial, com afirma Sílvio Luís Ferreira da Rocha,⁶ realiza a cisão entre produção e comercialização. Anteriormente as relações eram marcadas pela pessoalidade, a produção era artesanal, o lugar de trabalho e a casa do trabalhador por vezes se confundiam, as relações de produção e comercialização ocorriam em grande parte na mesma região. A Revolução Industrial alterou esses fatos. Afirma Isabel Vaz: “Os companheiros viviam nas residências dos patrões ou mestres, partilhavam de sua vida, e os ganhos, conforme o justo salário dos canonistas, permitiam-lhes viver decentemente, segundo seu estado e sua condição”.⁷ Para João Calvão Silva, a Revolução Industrial ocasionou transformações na sociedade industrial, caracterizada pela automação do processo produtivo, produção em série, com correlato consumo em massa e com distribuição em cadeia dos produtos.⁸ A sociedade industrial é caracterizada pela divisão e pela especialização do trabalho.

A burguesia estruturou sua ideologia de atuação na economia e formulou os instrumentos políticos que lhe permitiriam galgar um desenvolvimento de sua atividade. Advém desse contexto o liberalismo, que realizou uma verdadeira reestruturação econômica e jurídica. Funda-se na autonomia da vontade, no direito natural que cada ser humano teria de ser livre, poder comercializar, contratar sem a interferência do Estado. A liberdade é vista sob um ângulo negativo, no sentido de que seria livre aquele que não tivesse seu poder de determinar-se restringido pelo Estado. As Constitui-

6 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato de produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 12.

7 VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 56.

8 SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 12-13.

ções do século XVIII atêm-se a garantir os direitos individuais e a separação dos poderes, a submissão de todos tão-somente à lei, que é expressão da vontade geral e a organização e limitação do Estado. O mercado é tido como auto-suficiente, e a atuação com plena liberdade nele levaria ao bem comum da coletividade, segundo o clássico Adam Smith: *Laissez-faire*!⁹

A industrialização teve seus custos. Pessoas trabalhando mais de quinze horas, sem as menores condições de higiene ou de segurança. Crianças e mulheres exploradas em minas de carvão. A industrialização deveria ocorrer a qualquer custo. Neste custo incluíam-se os danos causados pelos produtos manufaturados ou industrializados da época. Um dilema se formara: deveria o direito que tais pessoas possuíam de ver seu prejuízo ressarcido ser sacrificado em favor do esplendor da industrialização e da acumulação dos lucros pela classe hegemônica? A solução encontrada foi reafirmar o dever de reparação dos danos causados a outrem, porém submeter tal reparação a exigências que praticamente a inviabilizavam. Não se deve pensar que tal decisão foi tomada de forma maquiavélica e fria; pelo contrário, o sistema jurídico se estrutura, grande parte das vezes, inconscientemente, de modo a garantir os paradigmas sociais e econômicos adotados por uma sociedade.

Como deveria configurar-se o sistema de reparações de modo a garantir o desenvolvimento do sistema capitalista e, portanto, a acumulação de capitais? Através da responsabilidade subjetiva. O industrial somente responderia pelos danos causados por sua atividade e produtos caso agisse com culpa. Quais chances teria um operário de provar que o industrial na feitura de seu produto defeituoso procedeu com culpa? Mínguas. Estava instituída a chamada prova diabólica. O princípio de que somente haveria responsabilidade caso ocorresse culpa funda-se na autonomia da vontade; o ser humano que não agisse de forma imprudente ou negligente não teria a

9 SMITH, Adam. *Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Londres: Methuen & Company, 1930, v. 1, p. 123.

obrigação de reparar os danos causados por seus produtos. De maneira precisa afirma Luiz Gastão Paes de Barros Leães que a responsabilidade subjetiva foi usada como instrumento destinado a realizar a tutela externa da propriedade privada.¹⁰ No mesmo sentido, leciona Sílvio Luís Ferreira da Rocha ao dizer que “o sistema de responsabilidade civil baseado na culpa foi fruto da concepção racionalista e individualista do direito e respondeu plenamente à diretiva, hoje superada, do *laissez-faire*”.¹¹ Giovani Clark acrescenta que “a responsabilidade civil subjetiva foi o caminho mais viável para restringir os direitos dos consumidores e impulsionar o processo de produção e consumo em massa”.¹²

3 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

O traço caracterizador da responsabilidade subjetiva é a culpa, sem a qual não há o dever de reparação, e os seus elementos são o dano, o nexo de causalidade e a culpa. Júlio Alberto Días salienta que o alicerce do sistema da responsabilidade no Direito Romano era o dano, sendo a culpa produto do século XVII.¹³ O parâmetro de conduta passa a ser o homem comum. Luiz Gastão Paes de Barros Leães afirma que as fontes romanas atribuíam à responsabilidade a função de ressarcimento e de sanção penal, que foi posteriormente substituída pelo puro ressarcimento inspirado na culpa.¹⁴ A partir de Pothier, da culpa é retirado qualquer conteúdo ético-religioso, passando ela a ter um caráter real e objetivo. Planiol e Ripert asseveraram que a gravidade da culpa não altera a indenização, que deve corresponder ao neces-

10 LEÃES, Luiz Gastão Paes de. *Op. cit.*, p.20.

11 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Op. cit.*, p.16.

12 CLARK, Giovani. *As bases constitucionais da proteção do consumidor*. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica, 1994, p. 98.

13 DÍAS, Julio Alberto. *Op. cit.*, p. 49.

14 LEÃES, Luiz Gastão Paes de. *Op. cit.*, p.17.

sário para a reparação do dano¹⁵. Responsável pelo pagamento da indenização é todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, haja causado prejuízo a outrem, na lição de Carlos Roberto Gonçalves.¹⁶

Em geral, somente haverá responsabilidade caso o sujeito tenha-se conduzido com culpa, conforme proclama De Page: “A irresponsabilidade é a regra; a responsabilidade a exceção. Não há responsabilidade na ausência de culpa”.¹⁷ O art. 159 do Código Civil dispõe sobre a responsabilidade nos seguintes termos:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.”

Assim, faz-se necessária a análise dos elementos da responsabilidade subjetiva. Carlos Roberto Gonçalves designa os pressupostos da obrigação de indenizar: a ação ou omissão do agente, a culpa (prescindível quando for responsabilidade objetiva), o nexo causal e o dano.¹⁸ Discordamos do emérito autor quanto à designação “pressupostos para a indenização”, uma vez que esta é consequência da responsabilidade civil, um dos seus fins. A ação do agente, o dano, o nexo de causalidade e a culpa são elementos, já que se estruturam como componentes intrínsecos da responsabilidade civil subjetiva.

3.1 Dano

O dano em sentido lato é uma lesão que atinge um bem jurídico. Bem jurídico, nos dizeres de Welzel, citado por Francisco de Assis Toledo, é “toda situação social desejada que o direito quer garantir contra lesões”.¹⁹ Como situação social deve-se entender a situação jurídica de um indivíduo ou de uma coletividade determinada ou não. Nem toda ofensa a um bem jurídico causa um dano no sentido técnico do termo; somente a ofensa que resulta em uma deterioração efetiva do bem configura um dano. Henri de Page define o dano como uma lesão a um direito.²⁰ Para Agostinho Alvim, dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão a qualquer bem jurídico; em sentido estrito, é a lesão ao patrimônio.²¹ Dessa forma, a tentativa malsucedida não causa um dano, apesar de atentar contra o bem jurídico. O dano é elemento essencial para a formação da obrigação de indenizar; o dano advém de uma lesão a um direito ou a um interesse amparado por lei. Por outro lado, a existência do dano em sentido jurídico depende de que haja um sujeito interessado a quem o dano afete, conforme afirma Fischer.²²

Enquanto o conceito de dano está submerso na ciência jurídica, o conceito de prejuízo está envolvido com o âmbito econômico. Entendemos que prejuízo é o dano que causa decréscimo ao patrimônio de uma pessoa. Destarte, há danos que não causam prejuízo. Silma Mendes Berti afirma que o prejuízo é entendido pela maioria dos autores como a consequência do dano.²³ Não concordamos com sua posição e a creditamos a uma consi-

15 PLANIOL, Marcel et RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949. n. 1.152.

16 GONÇALVES, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.394.

17 DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1948, n. 933. *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 30.

18 GONÇALVES, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 391.

19 WELZEL. *Das deutsche Strafrecht*, p. 4, *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.16.

20 DE PAGE, Henri. *Op. cit.*, n. 948, *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 38

21 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p.171-172.

22 FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. Antônio Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Freitas Bastos, 1938, p.18.

23 BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Movimento Editorial Faculdade de Direito da UFMG, 1997, p. 28.

deração ampliada do que seja patrimônio, a fim de fundamentar-se a reparação do dano moral. Mas o dano moral é ressarcível porque atinge um bem jurídico, e não porque causa decréscimo ao patrimônio da pessoa. Segundo Fischer, “em sentido jurídico, o patrimônio define-se como o conjunto dos direitos apreciáveis em dinheiro de que é titular uma pessoa”,²⁴ compreendendo o patrimônio direitos e nunca diretamente bens econômicos. Continua o autor: “A idéia de patrimônio como soma de direitos nada nos diz acerca da utilidade intrínseca dos bens que o constituem, que é precisamente o que determina o valor deles”, ou seja, a simples existência do dano já acarreta responsabilidade de repará-lo; o valor dos bens danificados somente adquirirá importância na fixação do *quantum* da reparação.

Os danos podem ser patrimoniais ou morais. Como deixa claro Aguiar Dias, estes não se distinguem pela sua essência, mas pelos efeitos que produzem.²⁵ O dano patrimonial é aquele que “pressupõe sempre ofensa ou diminuição de certos valores econômicos”,²⁶ de acordo com Fischer. No dano moral, conforme assevera Caio Mário da Silva Pereira, há uma ofensa a um direito, mas sem prejuízo material.²⁷ O dano moral atinge valores inapreciáveis da pessoa, como a honra, causando-lhe uma dor injusta.

Nem todo dano dará vazão à responsabilidade civil, pois deverá ele estar revestido de determinados requisitos. É necessário que o dano seja atual e certo. Nas palavras de Caio Mário, que cita Lalou, “diz-se atual o dano que já existe ou já existiu ‘no momento da ação de responsabilidade; certo, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese’”, sendo que “não se requer, portanto, que o prejuízo esteja inteiramente realizado, exigindo-se apenas que se tenha certeza de que se produzirá, ou possa ser apreciado por ocasião da sentença na ação respectiva”.²⁸ Observe-se que

esta certeza de produção do dano é jurídica e não matemática, ou seja, deve ocorrer uma probabilidade objetiva do dano segundo critérios de razoabilidade e experiência. Esses fatores distinguem o dano que em grande probabilidade se concretizará no futuro, ou o dano que impediu a vítima de adquirir um benefício lícito, do mero dano hipotético, o qual não se submete a uma probabilidade objetiva e razoável de concretização. Atílio Anibal Alterini acrescenta que o dano deve ser subsistente, não ter sido reparado por seu causador ou por terceiro em nome deste.²⁹

Os danos reflexos ou em ricochete são aqueles em que um terceiro é atingido de forma mediata. Serão reparáveis desde que atendam aos requisitos exigidos para a ressarcimento dos danos em geral.

3.2 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é o elo entre o dano e a ação ou omissão que o originou. Além do dano e da culpa do agente, a vítima deverá provar que foi a culpa deste que produziu aquele. Assim, a seqüência da formação da responsabilidade subjetiva é a existência de um dano que foi provocado pela conduta culposa de alguém. O nexo de causalidade revela a causa do dano, identificando o fato que o produziu. Na síntese de Serpa Lopes, “é necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar”.³⁰ Em grande parte dos danos, a identificação de sua causa se dá de forma clara; entretanto, em outras tantas vezes a identificação é sumamente complexa e problemática. Tal fato acontece quando, por exemplo, para um mesmo evento danoso concorrem várias causas ou, quando

24 FISCHER, Hans Albrecht. *Op. cit.*, p. 13.

25 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 796.

26 FISCHER, Hans Albrecht. *Op. cit.*, p. 20.

27 LALOU. *Traité pratique de la responsabilité civile*, n.137, *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 40.

28 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 40.

29 ALTERINI, Atílio Anibal. *Responsabilidad civil*. Límites de la reparación civil. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, p.124, *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 40.

30 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 5, p. 251-252.

dentro de vários fatos, não se sabe qual deles produziu o dano. É o que Caio Mário denomina “causalidade múltipla”.³¹

A causalidade pode ser comum ou conjunta, acumulativa ou concorrente, alternativa ou disjuntiva, conforme salienta Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti.³² Na causalidade comum ou conjunta, vários fatos jurídicos cooperam entre si na produção de um efeito; na causalidade concorrente ou acumulativa, vários fatos jurídicos independentes entre si atuam na produção do dano; a causalidade disjuntiva é caracterizada por haver vários fatos jurídicos aptos a produzir o resultado, entretanto, apenas um deles o faz, restando às vezes impossibilitada sua identificação dentro da multiplicidade que o acompanha.

A busca do que seja a causa de um determinado evento é secular. Santo Tomás, com base em Aristóteles, conceitua causa como aquilo em virtude do qual algo se segue necessariamente. Para Stuart Mill, a causa é “a soma das condições positivas e negativas tomadas em conjunto, o total das condições de qualquer natureza que, sendo realizadas, fazem com que prosiga, necessariamente o conseqüente”.³³

A perquirição do nexo de causalidade confunde-se com a identificação da relação de causalidade que deu vazão ao dano. Várias teorias têm sido elaboradas para a identificação da verdadeira causa dentre as possíveis.

• A *teoria da equivalência das condições* considera como causa todos os fatores que contribuíram de uma forma ou de outra para a produção do resultado. Esta teoria, se aplicada no sentido literal de sua construção, pode levar a excessos. Afinal, pode-se apontar infinitas causas relacionadas a um evento.

31 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 77.

32 CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. *Responsabilidade civil por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 87-88.

33 STUART MILL. *Sistema de lógica inductiva y deductiva*. Trad. Ovejero y Maury. Madrid: [s.n.], 1917, p.332, *apud* DÍAS, Julio Alberto. *Op. cit.*, p. 58.

• A *teoria da causa próxima* declara como causa o fato jurídico imediato que levou ao resultado. Será causa o fato jurídico que provocou imediatamente o resultado; o evento danoso seguiria logo após o fato. Carlos Roberto Gonçalves afirma ter sido esta teoria adotada pelo Código Civil em seu art. 1.060. Entretanto, não foi ela adotada de maneira absoluta, como no art. 1.300 § 1º, onde o mandatário que subestabelecer o mandato, não obstante a proibição do mandante, será responsável pelo dano causado a este, mesmo que não tenha sido ele que tenha dado causa imediatamente ao prejuízo. Esta teoria também contém falhas: por ela ficaria impune aquele que paga a outrem para que produza um dano, ou mesmo o dono de um animal que causa danos a outrem.

• A *teoria da causa adequada* considera como causa a condição que geralmente produz um efeito – aquela que tem maiores probabilidades de fazê-lo. Seguir-se-ia uma progressiva eliminação dos fatos que não se adequariam para a produção do evento. Entretanto, em um caso concreto, seria sumamente difícil identificar o que é e o que não é adequado para a produção de um resultado, o que por vezes variaria com o próprio intérprete. Uma variação desta teoria seria a da condição mais eficiente, a qual identifica como causa o fator com eficácia preponderante na produção do resultado.

Nenhuma dessas teorias é perfeita. E entendemos que nem conseguiriam sê-lo, por uma básica razão: a relação de causalidade é peculiar a cada caso concreto. A causa do evento danoso somente poderá ser constatada com precisão em uma análise percuciente do caso concreto pelo intérprete.

As concausas podem ser simultâneas ou sucessivas. As concausas simultâneas dão origem à responsabilidade solidária dos agentes que causaram o dano (art. 1.518 do Código Civil). Caso a vítima contribua de alguma forma para o dano, a doutrina entende que se deve reduzir a amplitude da reparação; caso o dano tenha se produzido por exclusiva culpa da vítima, haverá rompimento do nexo de causalidade, o que elidirá o dever de reparação. O liame de causalidade pode ainda ser rompido pelo caso fortuito ou força maior (art. 1.058 do Código Civil).

Questão sobre a qual também pairam dificuldades é a identificação do nexo de causalidade na conduta omissiva, que não cria o fato causador do dano, mas sim deixa de evitar que ele aconteça. Ocorre uma relação de causalidade anômala. A causa do dano é uma inação que viola um dever de agir. A não-formação do nexo de causalidade ou o seu rompimento impedem a formação da responsabilidade civil e, por conseguinte, a obrigação de indenizar.

3.3 Culpa

A teoria da culpa, como já se observou, está profundamente relacionada com o princípio da autonomia da vontade e a sua exaltação pelo liberalismo, tendo sido essencialmente elaborada por Pothier e formalizada no Código de Napoleão.

A culpa é o elemento essencial e caracterizador da responsabilidade subjetiva. Somente haverá obrigação de ressarcir se o sujeito tiver procedido com culpa. A culpa refere-se a uma violação de um direito subjetivo ou metaindividual. Planiol conceitua culpa como “uma infração de uma obrigação preexistente, de que a lei ordena a reparação quando causou um dano a outrem”.³⁴ Savatier assinala que *la faut est l'acte ou l'abstention que n'aurait pas commis un homme diligent, un homme avisé, un homme prudent*. Ressalta, ainda, o célebre autor que a culpa relaciona-se com *violer un devoir*.³⁵ Um fato comum que se encontra em toda doutrina é a presença da idéia de um dever de conduta imposto pela lei ou pelo contrato.

A culpa é dividida em culpa *lato sensu* e culpa *stricto sensu*. A culpa *lato sensu* compreende o dolo, e a culpa *stricto sensu*, a culpa em sentido

34 PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, v. II, n. 863, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p.67.

35 SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1951, p. 7.

estrito. O dolo é a intenção de realizar um ato ilícito; a conduta do agente é dirigida voluntariamente para a prática do dano. Modernamente, diz-se que há uma consciência do agente da lesividade de sua conduta. Já na culpa em sentido estrito não há a intenção de lesar ou uma consciência clara da lesividade da conduta. O dano é produzido pelo fato de o sujeito não ter se conduzido de forma diligente. O dano origina-se de um ato imprudente ou negligente do sujeito. Segundo Caio Mário, na negligência “há um desajuste psíquico traduzido no procedimento antijurídico, ou uma omissão de certa atividade que teria evitado o resultado danoso; na imprudência o sujeito procede precipitadamente ou sem prever integralmente as conseqüências da ação;”³⁶ [...] em qualquer dos casos, encontra-se um defeito de previsibilidade”. Na imprudência há uma conduta positiva, enquanto na negligência há uma conduta negativa. A culpa pode advir, também, de imperícia, que é um tipo de imprudência caracterizada pela falta de dar em uma atividade profissional ou técnica. Em todos os casos, há a falta de um dever de cautela ou de cuidado.

A culpa é classificada em função do dever violado, quanto à sua graduação, quanto aos modos de sua apreciação e quanto ao conteúdo da conduta culposa,³⁷ segundo Maria Helena Diniz. Quanto à natureza do dever violado, a culpa será contratual ou extracontratual, regidas respectivamente pelos arts. 159 e 1.056 do Código Civil. Em relação à graduação da culpa, esta poderá ser grave, leve ou levíssima. No Direito Romano, o padrão de conduta era o *bonus pater familias*; ulteriormente o paradigma de conduta tornou-se o homem de senso comum. A culpa grave é aquela que o homem comum, com um mínimo de atenção, facilmente evitaria; a culpa leve poderia ser evitada com uma atenção mais aguçada; e a culpa levíssima somente poderia ser evitada com um grau de diligência extraordinário. A culpa pode

36 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 70.

37 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 290-292.

ser apreciada em concreto ou em abstrato, atendo-se, respectivamente, tão-somente ao próprio caso ou tendo em comparação o homem de padrão médio. Quanto ao conteúdo, a culpa pode ser *in committendo*, em virtude de um ato positivo do agente; ou *in omittendo*, em razão de uma omissão perante um fato em que o sujeito tinha o dever de agir; poderá ainda ser culpa *in custodiendo*, em que o sujeito falta com diligência no cuidado de algo que está sob sua guarda; e culpa *in eligendo*, quando em causa está uma má escolha do autor que veio a originar o dano.

4 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

4.1 Da responsabilidade subjetiva à responsabilidade objetiva

A responsabilidade subjetiva atendeu à sua finalidade, auxiliando a acumulação de capitais e o desenvolvimento do sistema capitalista; entretanto, a conjuntura mundial alterara-se. O preço da estruturação econômica foi uma grave crise social que redundou, aos poucos, em uma reestruturação do Estado. Nas palavras de Paulo Bonavides, “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”.³⁸ O Estado é convocado a interceder na estrutura econômica e social e forçado a abandonar sua postura abstencionista. A intervenção inicia-se pelo campo trabalhista, e aos poucos avança para a formação de verdadeiros direitos sociais. Ocorre uma publicização do Direito, o dirigismo estatal avança sobre o direito privado.

38 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 184.

Como acentua Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o Estado atua em busca da justiça social e da correção de abusos.³⁹

O Estado Providência ou Estado Social é conceituado por Alcides Tomasetti Júnior como “uma modalidade de organização estatal que se constitui e se revela, no plano jurídico, mediante a atribuição de direitos (em sentido subjetivo) sociais e econômicos múltiplos (direitos positivos a prestações ou ações) que têm por sujeito passivo o próprio Estado”.⁴⁰ Não se deve entender essa atividade regulamentadora como um ato contrário à economia de mercado, pois, como afirma Isabel Vaz, “longe de constituir um paradoxo, a regulamentação da liberdade econômica procurou criar condições ao desenvolvimento da livre iniciativa, através da proteção jurídica de um valor representado pela livre concorrência”.⁴¹

O Direito passa a voltar-se para a vítima e quão desprotegida a legislação a deixara. Aqueles que auferiam ganhos em uma atividade deveriam arcar com os riscos. A sociedade industrial resultou em um aumento dos riscos a que o ser humano estava submetido, gerando, assim, uma reestruturação da responsabilidade civil.

Como já se apercebeu, a responsabilidade baseada na culpa proporcionou o acúmulo de capitais no início da Revolução Industrial. Mas, como afirma Luiz Gastão Paes de Barros Leães, com as alterações através dos tempos, as empresas tornaram-se capazes de suportar os riscos da atividade.⁴² Prossegue o mesmo autor realçando que a responsabilidade com culpa é ideal para os atos singulares, mas insuficiente para atos de maior dimensão. No mesmo sentido, Giovani Clark: “A responsabilidade subjetiva não se coaduna com o momento histórico atual”.⁴³ Trimarchi, citado por José

39 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 14.

40 TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, p. 28, 1995.

41 VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 83.

42 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 22.

43 CLARK, Giovani. *Op. cit.*, p. 96.

Reinaldo Lima Lopes, ensina que a responsabilidade objetiva é a que melhor se adapta às atividades, enquanto a responsabilidade por culpa se adapta aos atos individuais.⁴⁴

A passagem da responsabilidade civil subjetiva para a responsabilidade objetiva não foi repentina e nem livre de obstáculos. Como assinala Wilson Melo da Silva, a responsabilidade subjetiva foi aos poucos assumindo várias modalidades, contornando suas dificuldades, de forma a suprir suas próprias limitações.⁴⁵ A responsabilidade civil por fato de coisa, a responsabilidade civil por fato de outrem. A culpa *in eligendo* e *in vigilando* obrigavam o sujeito a responder além de seus próprios atos. Paulatinamente, forma-se a presunção de culpa, preocupando-se o direito com um dever de conduta cada vez mais concreto. O primeiro passo foi admitir-se a presunção simples ou relativa (*juris tantum*) na qual é possível prova em contrário. Ocorre uma verdadeira inversão do ônus da prova. Posteriormente, admitiu-se a presunção absoluta, insuperável (*juris et de jure*). A presunção absoluta de culpa não é nada mais que a renegação da culpa; é prescindir da própria culpa para se estabelecer o dever de reparação. Para De Page as presunções são como máscaras de ocultação da face do risco.⁴⁶

Posteriormente, a noção de culpa passa por uma reestruturação. A teoria da culpa enfrentava problemas para sua justificação em várias áreas, como na responsabilidade das pessoas jurídicas, na responsabilidade do Estado e na responsabilidade por fato de outrem, nas observações de Wilson Melo da Silva.⁴⁷

44 TRIMARCHI, Pietro. La responsabilité civile. In: RODOTÁ, Stefano (Org.). *Il diritto privato nella società moderna*, cit., p. 434, apud LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 72.

45 SILVA, Wilson de Melo. *Responsabilidade sem culpa e socialização dos riscos*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1962, p.251

46 DE PAGE, Henri. *Droit civil belge*, cit., v. 2, p. 874, apud SILVA, Wilson Melo da. *Op. cit.*, p. 252.

47 SILVA, Wilson Melo da. *Op. cit.*, p. 249-252.

O papel da jurisprudência na formulação da teoria objetiva foi de suma importância. De modo a atender aos reclamos de justiça, uma mutação interpretativa foi-se instaurando. A jurisprudência e a doutrina francesa uniram-se de modo a alcançar um amparo legal à teoria objetiva. Vários autores passaram a sustentar uma interpretação ampla do art. 1.382 do Código de Napoleão, dentre os quais se destacam Saleilles,⁴⁸ para quem a responsabilidade deve ser independente da culpa, a fim de facilitar a vítima em sua indenização, e Josserand.⁴⁹

A responsabilidade civil objetiva baseia-se fundamentalmente no risco que uma atividade oferece à coletividade e nos danos que dessa atividade possam provir. Nas palavras de René Savatier a responsabilidade, fora de toda culpa, existe desde o momento em que o indivíduo, por sua atividade, faz correr o risco de um dano, ou seja, *la responsabilité née du risque crée est celle qui oblige à réparer des dommages produits, même sans faute, par une activité qui s'exerce dans votre intérêt et sous votre autorité*. Para Wilson Melo da Silva,⁵⁰ a justificativa da responsabilidade objetiva está no social, privilegiando mais o espiritual que o material, assim como a equidade, a paz social e o bem comum. O individualismo jurídico é superado, reconhece-se um dever de solidariedade para com a vítima, que no dizer de Adalberto Pasqualotto,⁵¹ passa a ser o centro da reparação.

4.2 Elementos da responsabilidade objetiva

Os elementos da responsabilidade objetiva são o dano e o nexo de causalidade. Apesar de na maioria das vezes incidir sobre atividades que

48 SALLEILES, Les accidents de travail et la responsabilité civile – Essai d'une théorie objective de la responsabilité delictuelle, p. 50 et seq., apud PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 366, v. 2.

49 SAVATIER, René. *Op. cit.*, p.349.

50 SILVA, Wilson Melo da. *Op. cit.*, p.271.

51 PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.) *Estudos sobre proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Instituto Brasileiro de Política e Proteção do Consumidor. Seção RS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 78.

potencialmente ofereçam um risco à coletividade, não é necessário que recaia sempre sobre esta e nem somente a ela se restrinja.

A teoria objetiva prescinde da culpa. O dever de reparação baseia-se no dano causado e em sua relação com a atividade desenvolvida pelo agente. As atividades são lícitas, a necessidade de sua existência faz com que sejam aceitos pela sociedade os danos que provocam, entretanto, as vítimas não devem ser deixadas ao léu. A prova da culpa do agente, na realidade, inviabilizaria a reparação do dano. (Segurança, um dos valores fundamentais do Direito). A certeza da reparação dos danos de fator negativo à acumulação de capital tornou-se imprescindível à segurança das relações econômicas. A teoria objetiva confere certeza à reparação do dano.

A obrigação de reparar o dano é decorrência da simples existência deste e da relação de causalidade com uma determinada atividade. A culpa não atua na formação da responsabilidade de indenizar, mas pode influir na fixação do *quantum* da reparação.

A prova do dano cabe à vítima. O nexo de causalidade, em geral, deverá ser provado pela vítima, mas em determinadas circunstâncias o ônus de sua prova poderá ser invertido. Quando isto ocorrer, caberá ao próprio agente causador do dano a prova da inexistência de relação entre sua conduta e o dano ocorrido.

4.3 O risco

O risco é inerente a cada atividade humana, podendo ou não ser admitido socialmente, tudo dependendo da relação entre o custo e o benefício que advêm de sua existência. Para Vivante,⁵² o risco *es todo peligro incierto*

52 VIVANTE, Cesar. *Del contrato de seguro de la prenda* – Del depósito en los almacenes generales. Trad. argentina por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1952, p. 107, *apud* ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 214.

del que se puede temer um daño.⁵³ Para Donati, o risco é a possibilidade de um evento danoso.⁵⁴ Picard e Besson assinalam que o risco é um acontecimento incerto e que não depende exclusivamente da vontade das partes. O risco pode ser definido como a possibilidade de ocorrer consequências negativas de uma atividade por meio da qual procura-se obter algum benefício. Alvino Lima⁵⁵ afirma que “o proveito não se determina concretamente, mas é tido como finalidade da atividade criadora do risco”. Isto significa que não é necessário que se aufera um proveito da atividade, mas sim que a atividade seja exercida com o intuito de se obter um proveito.

O risco juridicamente admitido insere-se no exercício de uma atividade lícita. Ripert⁵⁶ fala em atos normais e atos anormais. Somente os atos anormais dariam vazão à responsabilidade de quem os pratica. Como caracterizar a normalidade ou a anormalidade de uma atividade? Por meio de uma análise da presença ou não de um risco juridicamente apreciável em tal atividade.

A responsabilidade sem culpa transita em torno da noção de risco. Refere-se à responsabilidade sem culpa porque esta constitui-se em gênero com várias espécies, que guardam entre si o fator de prescindirem da culpa para a formação da obrigação de indenizar. São espécies de responsabilidade sem culpa: a teoria do risco profissional, a teoria do risco proveito, a teoria do risco criado, a teoria do risco integral e a teoria objetiva. Esta classificação não está livre de divergências; para muitos autores a teoria objetiva seria o gênero e as teorias supracitadas suas espécies.

53 DONATI, Antigono. *Manuale de diritto delle azigurazioni Private*. Milano, 1961, p. 161, *apud* ALVIM, Pedro. *Op. cit.*, p. 214.

54 PICARD et BESSON. *Traité général des assurances terrestres*. Paris, 1938, p. 19, *apud* ALVIM, Pedro. *Op. cit.*, p. 215.

55 LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 212.

56 RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. *Op. cit.*, n. 924, *apud* DÍAZ, Julio Alberto. *Op. cit.*, p. 48.

• *Teoria do risco profissional*: diz respeito à atividade exercida com habitualidade e continuidade, que origina um risco para a coletividade. Esta teoria tem o objetivo de influir basicamente nas relações de trabalho, em que o industrial teria a obrigação de indenizar o operário pelo dano que este sofresse no exercício de seus encargos.

• *Teoria do risco benefício ou do risco proveito*: é aquela que se baseia no princípio do interesse ativo. De acordo com esta teoria, aquele que tem interesse no exercício de uma atividade, executando-a, assim como dela ceifará benefícios, arcará com seu ônus. Interesse aqui deve ser entendido como a busca de uma situação de vantagem, característica indicada por Rodolfo de Camargo Mancuso.⁵⁷ O vocábulo “proveito” é tido como fonte de riqueza, em contraposição ao funcionamento de um organismo capaz de gerar prejuízo. Percebe-se que a teoria do risco benefício possui uma amplitude maior do que a teoria do risco profissional, alargando-a para além das relações de trabalho.

• *Teoria do risco criado*: prende-se ainda mais à atividade desenvolvida pelo agente, renegando a segundo plano o interesse ou o fim presente na atividade; a potencialidade danosa surge com a própria atividade. Aquele que faz surgir uma atividade potencialmente danosa, permite fazer surgir com ela a responsabilidade pelos danos que ocorrerem. Assim sintetizam Malaurie e Aynès,⁵⁸ citados por Caio Mário: “Se se pretende que cada um suporte as conseqüências de sua atividade, é ainda preciso que o dano seja causado por ela: uma atividade obrigaria a reparar um dano, não na medida em que seja culposa, porém na medida em que ela seja causal”. Para este célebre autor, a teoria do risco criado é a que vem sendo adotada pelo Direito pátrio. Nas palavras de Luiz Gastão Paes de Barros Leães,⁵⁹ a teoria do

risco criado ou da responsabilidade objetiva é aquela “através da qual se atribui o dever de reparar àquele que desenvolve determinada atividade, que, por sua natureza, implica riscos para os direitos de outrem”.

• *Teoria do risco integral*: é o ápice da responsabilidade sem culpa. Nela não se perquire sobre o proveito a ser obtido com a atividade, sobre sua profissionalidade ou se o risco foi criado ou não pelo agente. A simples existência da atividade vincula o sujeito que a exerce. Segundo Pizarro,⁵⁹ citado por Sílvia Luís Ferreira da Rocha, *quien se sirve de cosas que por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros debe responder por los daños que ellas originan*. A simples existência do dano leva à reparação. Exerce papel preponderante no direito público, principalmente no campo da responsabilidade civil do Estado, não tendo tido muito sucesso no direito privado.

A responsabilidade civil objetiva aproxima-se da teoria do risco integral ao abjurar de qualquer intuito de proveito ou benefício, profissionalidade e origem do risco. Não obstante, dela distingue-se, pois, como afirma James Marins,⁶⁰ a responsabilidade civil objetiva admite a existência de provas liberatórias, ao contrário da teoria do risco.

Adalberto Pasqualotto⁶¹ entende que a responsabilidade objetiva possui uma certa graduação, sendo responsabilidade objetiva pura aquela que é fundada tão-somente no risco; se a responsabilidade tiver causas de sua exclusão, tornar-se-á responsabilidade objetivada.

O aumento da produção e o desenvolvimento em proporções geométricas resultaram em considerável risco de danos às atividades econômicas, assim como à qualidade de vida contemporânea. Nesse sentido, afirma José Reinaldo Lima Lopes⁶² que “a produção em série multiplica o risco, ao mes-

57 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

58 MALAURIE, Philippe e AYNÉS, Laurent. *Droit civil – Les obligations*, n. 39, p. 41, *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 285.

59 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 20-21.

60 MARINS, JAMES. *Op. cit.*, p. 95.

61 PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Op. cit.*, p. 79-80.

62 LOPES, José Reinaldo Lima. *Op. cit.*, p. 63.

mo tempo em que acelera o aparecimento de quantidades maiores de bens manufaturados". Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶³ ensina que "a economia se destina a satisfazer as necessidades humanas. E satisfazê-las no sentido de palautina concretização do bem-estar". É verdade que algumas vezes os interesses individuais devem ser sacrificados em prol da coletividade, mas isso significa admitir a existência dos riscos gerados pelo desenvolvimento econômico e tecnológico, e não abandonar as vítimas dos danos provenientes desse desenvolvimento à sua própria sorte. Hoje, a regra deve ser a reparabilidade de todo e qualquer dano, que deve ser feita, salvo se houver incidência de uma cláusula liberatória.

5 CONVIVÊNCIA ENTRE A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Não há como estabelecer uma hierarquia em relação aos tipos de responsabilidade civil, pois suas esferas de atuação são diferentes, sua repartição é horizontal, e não vertical. Há necessidade de uma coexistência da culpa com o risco, conforme Wilson Melo Silva⁶⁴ deixa claro. Esta coexistência deve ser harmônica e não competitiva, como demonstra Caio Mário,⁶⁵ relacionando o primado da moral da teoria da culpa com a eficiência da teoria objetiva. A aplicação de ambas as teorias deve estar sempre voltada para atender aos reclamos da sociedade, de modo a atingir o fim maior do direito: a justiça.

6 A REPARAÇÃO DO DANO

O dano pode ou não ser reparável, como se explanou anteriormente. Neste item tratar-se-á dos danos reparáveis e da forma como a reparação se procede.

64 SILVA, Wilson Melo da. *Op. cit.*, p. 285.

65 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 23.

6.1 A pena privada

A reparação do dano caminhou lado a lado com a evolução da responsabilidade civil. No Direito Romano, preponderava a idéia de pena privada, a qual era aplicada ao causador do dano. A pena buscava o reequilíbrio da relação prejudicada com o dano. Nos primórdios, esse reequilíbrio consistia em uma verdadeira vingança privada da vítima sobre o seu ofensor. Posteriormente, a satisfação da vítima foi deslocada da pessoa do ofensor para o seu patrimônio. Entretanto, a idéia de pena na satisfação preponderava. Não bastava que a vítima fosse reconduzida ao estado em que se encontrava; era necessário que o ofensor fosse penalizado; a punição pelo dano deveria ser suficiente para que o agente se sentisse desmotivado a reiterar a sua conduta. Nesse sentido, Starck⁶⁶ caracteriza a dupla função de garantia da pena: retornar a vítima à sua condição anterior ao dano e infringir uma penalização ao ofensor para castigá-lo por sua conduta.

A pena privada prende-se à pessoa do ofensor, de modo a afligir-lhe uma diminuição de seu patrimônio. Através do encargo que a indenização acarreta ao patrimônio do ofensor, a pena privada tem o objetivo de repressão e de prevenção, conforme assinala Starck. A pena privada repreenderia o causador do dano quando, por sua intensidade, torna a conduta nociva a ele próprio, de modo a desestimular qualquer reiteração. Já a prevenção exerceria uma função de aviso ao ofensor e a toda coletividade que, caso uma conduta danosa fosse praticada, o seu agente deveria compensar a vítima pelo dano causado, sofrendo ele próprio com o dano provocado.

Destarte, a pena privada é regida pelo princípio da adequação, de forma a adaptar-se ao causador do dano de uma maneira que o repreenda suficientemente e previna a ocorrência de novos danos.

66 STARCK, B. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considéré en su double fonction de garantie et de piene privée*. Paris. 1947, apud LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 16.

6.2 O ressarcimento do dano

O advento da teoria da culpa reestruturou o sistema de reparações. A noção de pena privada foi abandonada e estigmatizada. A satisfação da vítima do dano torna-se independente da pessoa do ofensor, cingindo-se tão-somente ao próprio dano. Não se preocupa mais em punir o ofensor ou prevenir um novo dano, o que importa é a reconstituição do patrimônio do lesado. Dessa forma, torna-se mais nítida a diferença entre a responsabilidade civil e responsabilidade penal. Assim afirma Aguiar Dias,⁶⁷ ao apregoar que a pena tem em vista a pessoa do delinquente, enquanto a indenização visa reparar o dano, ressarcir a vítima.

A principal objeção à pena privada é que esta se afastaria da pura reparação da vítima, propiciando um enriquecimento ou um empobrecimento advindos do dano.

A teoria da culpa substitui a idéia de pena pela de reparação do dano sofrido. O fator determinante da reparação não é a culpa do agente, e sim o dano por ele causado. Assim, Mazeaud et Mazeaud⁶⁸ questionam a pena privada em defesa da indenização, pois julgam que a indenização não é pena, uma vez que não varia com a culpa do agente. Daí advém o princípio da reparação, segundo o qual a satisfação do dano não deve trazer prejuízo ou lucro à vítima; deve-se tão-somente reconduzi-la ao seu estado anterior ao dano. A reparação integral dos interesses lesados da vítima se dá através da indenização, a qual se destina a restaurar as posses da vítima. José de Aguiar Dias⁶⁹ define o ressarcimento do dano como o modo de colocar o sujeito em situação que provavelmente ele estaria caso o dano não lhe sobreviesse.

67 DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 819.

68 MAZEAUD, Henri et MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Sirey, p. 34.

69 DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 857.

7 POLÍTICA DE PREVENÇÃO DE DANOS

Atualmente reconhece-se que o dano é um mal que afeta toda a sociedade, e não somente a vítima. Como diz Demogue,⁷⁰ os danos implicam perdas para a riqueza social. Em virtude disso, o Estado vem desenvolvendo uma série de políticas de prevenção ao dano, cujo cerne é coibir as situações das quais possam originar-se danos e repreender o dano realizado. Tem-se como exemplo as altas multas do Código de Trânsito. Dessa forma, enuncia Julio Alberto Días “desincentivar-se as atividades potencialmente prejudiciais que impõem custos superiores aos benefícios que provocam”⁷¹ é o sentido pelo qual se orienta o legislador. O dano encontra-se cada vez mais ligado a custos sociais. Com isso cresce a influência da economia sobre o direito. É interessante analisar o pensamento de Posner,⁷² citado por Guiomar Estrella Faria. Segundo Posner, os atos ilícitos são medidos pelos conceitos econômicos de valor e eficiência, sendo que a eficiência é o resultado da maximização do valor. Por maximização de valor deve-se entender a utilização máxima com o menor custo social possível. Dworkin ensina que “a sociedade maximiza sua riqueza quando todos recursos dessa sociedade estão de tal forma distribuídos que a soma dessas valorizações individuais seja a mais alta possível”,⁷³ portanto, a responsabilidade civil deve ser vista por critérios de eficiência econômica.

A responsabilidade civil entendida segundo os critérios de eficiência econômica seria pautada por uma prevenção do dano e uma abrupta repre-

70 DEMOGUE. *Traité des obligations*. Cit. v. 3, n. 278, p. 464, *apud* SILVA, Wilson Melo Silva. *Op. cit.*, p. 266.

71 DIAS, Julio Alberto. *Op. cit.*, p. 157.

72 POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Boston: Little Brown, 1977, *apud* FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 33-34.

73 DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Oxford: Clarendon, 1986, p. 237, *apud* FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *Op. cit.*, p. 48.

ensão quando este ocorresse. Seria então um retorno à pena privada, cujas bases foram tão bem defendidas por Starck? A responsabilidade objetiva teria fragmentado o princípio da reparação? Acreditamos que não se trata de um retorno à pena privada, mas uma utilização de alguns de seus fundamentos combinados com a impessoalidade do ressarcimento, o qual proveio do princípio da reparação. Faz-se uma combinação de ambos de modo a assegurar a eficiência da reparação e ao mesmo tempo vinculá-la à reparação do dano. Quanto à segunda indagação, é notória a reestruturação do procedimento de reparação com o surgimento da teoria objetiva. A responsabilidade objetiva garante maior chance para conseguir-se a reparação do dano. Esta trouxe um grau de socialização dos riscos à reparação.

Assim, Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti⁷⁴ realça que a nota compensatória da indenização é sutilmente diversa da reparação pura. De forma semelhante, comenta Aguiar Dias: "Se a reparação se tem de fazer em dinheiro, avultam os pontos de contato entre a indenização e a pena".⁷⁵ Ambas têm em comum o intuito de satisfação da vítima. À combinação entre o princípio da reparação e a pena privada designamos *sanção reparatória*.

8 O PROCEDIMENTO DA REPARAÇÃO DO DANO

O ressarcimento do dano pode dar-se de duas formas. A primeira delas é a reparação natural ou específica, que se subdivide em duas outras: a reparação material e a reparação econômica. A reparação natural é aquela que se dá com a própria coisa danificada, seja através de sua reconstituição, seja através de sua recuperação no caso de bem perdido culposamente pelo agente. A reparação econômica caracteriza-se pelo ressarcimento de uma

74 CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. *Op. cit.*, p. 79.

75 DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 820.

coisa de igual gênero e espécie da coisa danificada, mas que seja de uma unidade diferente desta. É lógico que o dano em um bem único em si mesmo não poderá ser satisfeito através da reparação natural.

O ressarcimento do dano poderá ocorrer, também, através de uma indenização pecuniária. O *quantum* dessa indenização é um problema que na maioria dos casos só é resolvido através de uma avaliação judicial do valor do bem danificado.

A determinação do dano sofrido pela vítima se faz por uma quantificação da depreciação do patrimônio no caso dos danos materiais ou uma compensação pelo dano moral verificado. Segundo Fischer, "o dano determina-se mediante uma operação de cálculo: comparando a situação real do patrimônio depois de ter-se verificado o evento danoso com o estado imaginário que apresentaria se este não houvesse sido produzido. A diferença negativa encontrada revela a existência do dano e exprime a sua extensão".⁷⁶

O valor da indenização deverá incorporar tudo aquilo que a vítima perdeu, acrescentado da quantia que ela realmente deixou de ganhar. São as perdas e danos que constam no art. 1.056 do Código Civil. Mais feliz foi a expressão utilizada pelo código francês: interesses e danos. Afinal, as perdas já incluem os danos. Questões terminológicas à parte, as perdas e danos incluem o dano emergente (*damnum emergens*) e o lucro cessante (*lucrum cessans*).

Lucro cessante é a alta probabilidade, objetivamente considerada, que a vítima teria de auferir proveitos caso o dano não tivesse ocorrido. Para Aguiar Dias,⁷⁷ existe lucro cessante sempre que para alcançá-lo não teria o prejudicado de desenvolver atividade excepcional, sendo a razoabilidade o critério base para avaliar sua existência. Caio Mário⁷⁸ considera o lucro cessante como "efeito direto e imediato do descumprimento da obrigação".

76 FISCHER, Hans Albrecht. *Op. cit.*, p. 24.

77 DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 801 e 860.

78 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 2, p. 238.

Dano emergente é aquilo que a vítima realmente perdeu. Washington de Barros Monteiro conceitua-o como “o déficit no patrimônio do credor, a concreta redução por este sofrida em sua fortuna”⁷⁹.

A indenização pode ser fixada em sentença como prestações contínuas, sendo fixadas da mesma forma que os alimentos. A fixação da indenização é da mesma forma que o são os alimentos, mas não são alimentos! É muito relevante essa distinção. Por exemplo, não sendo alimentos, não é possível a prisão civil pelo não-pagamento de uma prestação da indenização. A indenização pode ser modificada em alguns casos, mas não a condenação.

Os legitimados, para requerer indenização, são a vítima ou os seus herdeiros. A indenização pode ser devida tanto em função de um dano material quanto em função de um dano moral, sendo permitida a cumulação (Súmula 37 do STJ, art. 5º, X, da CF/88).

O valor da indenização não é inflexível. Em alguns casos, levando-se em conta as condições econômicas do lesante, o valor da indenização poderá mesmo ser inferior ao do dano produzido, sem que isso injustiça alguma se constitua aos olhos sociais. Aguiar Dias⁸⁰ preceitua a redução da indenização segundo as posses dos responsáveis, sendo esta uma questão de equidade. Com isso chega-se a uma dedução que, a princípio, pode chocar, mas não passa de uma aplicação justa do direito: quando o dano é suficientemente irrelevante para a vítima e a reparação penosa para o lesante, deve-se reduzir ao mínimo a indenização ou mesmo negá-la nos casos extremos. Entretanto, entendemos que este princípio somente poderá ser aplicado caso o lesante atue com culpa levíssima.

Não se institui com isso um direito de lesar aos economicamente miseráveis, mas sim evitar que o direito lhes agrave a condição subumana em que vivem quando o dano que produzem for decorrente de culpa levíssima. Assim são plenamente aplicáveis os dizeres de Mata-Machado: “À justiça

79 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 4, p. 334.

80 DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 873.

social compete tornar realidade o tipo de convivência, sobretudo a convivência entre grupos sociais que se ligam por vínculos de subordinação”⁸¹.

Por outro lado, quando um agente provoca um dano disseminado em busca do lucro em uma atividade econômica, como o dano ao consumidor, causado por um fornecedor? O direito deve repreendê-lo, portanto, exaltando o valor da indenização de modo desincentivar a sua conduta, mesmo que o valor seja além da simples reparação porventura individual do dano. O que se faz é uma interpretação ampla do adágio *nemo locupletari debet cum aliena injuria vel jactura*. Nesse sentido, a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, determina em seu art. 99 a indenização de casos como o apresentado; compreenderá o total do dano disseminado na sociedade, havendo preferência pelo pagamento aos danos individuais e destinando-se o restante do valor a um fundo especial.

9 REPARAÇÃO DO DANO NO COMMON LAW

O sistema jurídico anglo-saxão – *common-law* – possui princípios e fundamentos diversos dos adotados pelo sistema romano-germânico, que é o sistema pátrio. Tal fato levou a construções diversas em ambos os sistemas quanto ao dano e à sua reparação. Como se vem afirmando, o sistema romano-germânico trata da responsabilidade civil; já no sistema do *common law*, o ponto de partida está no chamado *tort*.

O *tort*, segundo Alvino Lima,⁸² “é a violação de uma obrigação imposta por lei, e não por um contrato ou quase-contrato, violação sancionada por uma ação de perdas e danos, visando uma reparação, cujo montante pode ser previamente convencionado pelo autor e sua vítima”. Guiomar T.

81 MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: UFMG-PROED, 1986, p. 32.

82 LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 32.

Estrella Faria⁸³ ensina a divisão do *tort* em delitos intencionais e a imprudência; entretanto existem delitos civis que não cabem em nenhuma das duas categorias. A autora cita Jonh H. Crabb,⁸⁴ para o qual “pode-se dizer que a responsabilidade civil no direito anglo-americano tem por base a falta delituosa ou quase-delituosa, com exceções da responsabilidade estrita ou sem falta (*stricti liability*)”. A *stricti liability* corresponde à responsabilidade objetiva do Direito pátrio.

Posner, referindo-se ao direito norte-americano, faz interessante menção: “As vítimas de negligência são titulares de direito à indenização meramente compensatória, enquanto no caso de ilícito civil intencional podem também receber indenização com caráter punitivo.”⁸⁵

Embora sejam sistemas essencialmente diversos, tanto o *common law* quanto o sistema romano-germânico percorreram caminhos semelhantes, configurando soluções parecidas em relação ao dano e à sua reparação.

10 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade objetiva referem-se a campos de aplicação diversos. Enquanto a responsabilidade subjetiva enquadra-se em situações individuais, a conduta do ser humano enquanto unidade, a objetiva aplica-se à atividade humana organizada.

O ressarcimento do dano tem combinados na atualidade alguns princípios do princípio da reparação juntamente com outros similares à antiga pena privada, o que não constitui um retorno a esta ou um retrocesso. Ao

83 FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Op. cit.*, p. 82.

84 CRABB, John H. *Le système juridique anglo-américain*. Paris: Naume et Laerts, 1972, p. 105, *apud* FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Op. cit.*, p. 82.

85 POSNER, Richard. *Op. cit.*, p. 142, *apud* FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Op. cit.*, p. 90.

contrário, a responsabilidade civil evoluiu para configuração de uma sanção reparatória, a qual visa reparar o dano e desincentivar o ato danoso.

Embora possuam fundamentos diversos, o sistema *common law* aproxima-se do sistema romano-germânico, com concepções similares sobre o dano e sua reparação.

11 BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.
- ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Movimento Editorial Faculdade de Direito da UFMG, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. *Responsabilidade civil por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- CLARK, Giovani. *As bases constitucionais da proteção do consumidor*. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica, 1994.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DÍAS, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.
- FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

- FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. Antônio Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Freitas Bastos, 1938.
- GONÇALVES, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Responsabilidade do fabricante pelo fato de produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.
- LOPES, José Reinaldo. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: UFMG-PROED, 1986.
- MAZEAUD, Henri et MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Sirey.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 4.
- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Estudos sobre proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Instituto Brasileiro de Política e Proteção do Consumidor. Seção RS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 2.
- _____. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PLANIOL, Marcel et RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato de produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

- SERPA LOPES, Miguel Maria. de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 5.
- SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.
- SILVA, Wilson de Melo. *Responsabilidade sem culpa e socialização dos riscos*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1962.
- SMITH, Adam. *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres: Methuen & Company, 1930, v. 1.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, 1995.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.