

DESENVOLVIMENTOS CONTEMPORÂNEOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Fernando Noronha*

A responsabilidade civil e seus princípios fundamentais

A responsabilidade civil, se entendida numa acepção muito ampla, de obrigação de reparar quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem, compreende duas modalidades: a) a obrigação de reparar danos resultantes do inadimplemento, da má execução ou do atraso no cumprimento de obrigações negociais (isto é, nascidas de contratos e de negócios jurídicos unilaterais); b) a obrigação de reparar danos resultantes da violação de outros direitos alheios, sejam absolutos (como os direitos da personalidade, os reais e os sobre bens imateriais) sejam simples direitos de crédito constituídos entre outras pessoas, sejam até outras situações dignas de tutela jurídica.

Desde o século XIX essas modalidades são chamadas respectivamente de responsabilidade “contratual” e “extracontratual”, embora fosse mais correto designá-las de *responsabilidade*

de negocial e de *responsabilidade civil em sentido estrito*, ou geral.

Conforme lição contida em velhas máximas latinas, *res perit domino*, ou *casum sentit dominus* (a coisa perece para o dono, o dono suporta o evento imprevisto): em princípio, o dano resultante da perda de uma coisa é suportado pelo dono respectivo. O proprietário só não arcará com o prejuízo quando tiver uma razão jurídica que possibilite a responsabilização de outra pessoa. Por isso, toda a problemática da responsabilidade civil, em especial daquela que designamos de geral, ou em sentido estrito, pode ser reconduzida à indagação dos casos em que as pessoas lesadas podem exigir de outrem a reparação dos danos sofridos.

A resposta a essa indagação depende do peso que se der a dois princípios ético-jurídicos em larga medida antagônicos, o princípio da culpa e o do risco.

De acordo com o *princípio da culpa*, só deveria haver obrigação de reparar danos verificados na pessoa ou

em bens alheios quando o agente causador tivesse procedido de forma censurável, isto é, quando fosse exigível dele um comportamento diverso. Por outras palavras, ele só deveria ser obrigado a indenizar quando tivesse procedido com culpa ou dolo.

De acordo com o *princípio do risco*, ninguém poderia ser obrigado a suportar danos causados por outrem, devendo ser o lesante a pessoa a arcar com o prejuízo, mesmo quando não tivesse procedido com dolo nem culpa. A ênfase, aqui, é posta na causação: quem causa dano deve reparar, porque (e esta é a justificativa) se o ordenamento reconhece ou atribui às pessoas determinados direitos, sobre ela mesma ou sobre bens externos, não devem ser toleradas violações deles, mesmo quando o causador tenha procedido com todos os cuidados exigíveis. E ainda conforme este princípio do risco, em casos especiais até deveria haver responsabilidade por danos não causados pela pessoa responsabilizada nem por alguém dela dependente, desde que eles acontecessem no desenvolvimento de uma atividade desenvolvida por essa pessoa, ou, como também se diz, que ainda tivessem conexão com tal atividade.

A preocupação essencial do primeiro princípio é com a posição do lesante (é justo que este repare os danos que causou, se poderia tê-los evitado), o segundo olha basicamente o lesado (é justo que este veja reparados os danos que outrem lhe causou). A aplicação do primeiro princípio

conduz à *responsabilidade subjetiva*. A do segundo leva à *responsabilidade objetiva*, que será comum quando se exigir nexos de causalidade, e será *agravada* quando se prescindir dele, como ainda referiremos adiante¹.

Evolução da responsabilidade até o código civil

Para bem se compreenderem os rumos da responsabilidade civil de hoje, é conveniente saber como se chegou até aqui.

Evidentemente que a responsabilidade civil evoluiu sempre, acompanhando os muitos milénios de história do homem na Terra. E dessa história passada, são dois os momentos que aqui devem ser destacados.

O primeiro é a introdução da ideia de culpa, como fundamento da obrigação de indenizar, do qual é marco, no sistema romano-ocidental, a *lex Aquilia de damno* (século III a. C). Todavia, a respeito dessa famosa lei, é preciso enfatizar que no direito romano a responsabilidade por culpa nunca chegou a constituir um princípio geral, ficando a sua aplicação restrita a hipóteses limitadas. Isso, apesar de uma evolução de quase oito séculos até ao *Corpus Juris Civilis*, assinalada por magníficos desenvolvimentos dados pelos pretores, que foram os verdadeiros criadores desse monumento constituído pelo Direito Romano.

Consolidado o direito romano pelo Corpus J uris Civilis, somente na chamada Idade Moderna se registrou o segundo momento, que agora importa destacar. Ele   representado pela formula o do princípio geral da “não responsabilidade sem culpa”, que se deve essencialmente aos juristas da escola de direito natural dos séculos XVII e XVIII, a dita “escola jusracionalista”, porque se empenhava em construir um direito fundado na razão.

Foi a concep o cristalizada nesse princípio geral da não responsabilidade sem culpa que passou para os códigos civis modernos, incluindo o nosso. Daí a ideia, onipresente neste, de que a responsabilidade deve ter como fundamento último a culpa, conforme se consignou no art. 159. O máximo que se consente na dire o de uma responsabilidade independente de culpa   a cria o de diversas presun es desta:   o que se faz quando se responsabiliza o dono do edifício pelos danos que resultarem da sua ruína, mas repare-se, se esta for proveniente da falta de reparos, “cuja necessidade fosse manifesta” (art. 1.528);   ainda o que se faz quando se declara que o dono do animal ressarcir  o dano por este causado, mas ressaltando-se que ele poderá provar que o “guardava e vigiava com o cuidado preciso” (art. 1.527).

Contudo, mesmo na sistemática acolhida em 1916 permaneceram alguns casos que se mantiveram alheios a qualquer ideia de culpa e que

durante muito tempo quase que passaram despercebidos.   o que acontece no art. 1.529, respeitante   obriga o de indenizar do morador de casa donde caiam ou tenham sido lançadas coisas, mesmo que neste caso ainda seja possível sustentar (como com frequência se faz) que também aqui existe uma presun o de culpa. Outros casos claramente alheios a qualquer ideia de culpa são aqueles em que, no exercício da legítima defesa ou na prática de atos em estado de necessidade, são causados danos a pessoa diversa do agressor ou do criador do estado de perigo (arts. 1.540 e 1.519-1.520).

Mas se o Código Civil condensou uma evolu o multimilenar, consagrando solu es que ao tempo eram consideradas as mais perfeitas, a verdade   que elas atualmente já não atendem às necessidades sociais. As concep es novecentistas estão sendo atropeladas pelo processo histórico. A sociedade humana passa por transforma es nunca antes experimentadas, que progressivamente fazem anacr nico o regime jurídico instituido em 1916. Nestas circunstâncias, não admira que as solu es consagradas pelo Código estejam sendo ultrapassadas, quer por dispositivos de diversas leis avulsas, quer pelas “interpreta es” atualizadoras que a jurisprudência vem fazendo e que verdadeiramente são criadoras de direito novo.

Ainda dentro do mesmo circunstancialismo, compreende-se que atualmente já seja lugar comum a

afirmativa de que a responsabilidade civil é, dentro do Direito Civil, o instituto com desenvolvimento mais espetacular, nos últimos cem anos. E se a asserção é verdadeira, é-o especialmente com relação à responsabilidade civil em sentido estrito. Importa saber quais são as causas, as manifestações e os rumos da contemporânea evolução da responsabilidade civil.

A Revolução Industrial, causa dos desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil

As causas da contemporânea evolução da responsabilidade civil prendem-se essencialmente com a revolução industrial, iniciada na Inglaterra do século XVIII. Mesmo aqueles países que ainda hoje permanecem não industrializados, não ficaram imunes às consequências, na maioria benéficas, mas algumas maléficas, dessa revolução.

É de importância fundamental para a história da humanidade o fenômeno da industrialização. Mesmo que se considere apenas o *homo sapiens* (e não outros seres já humanos que o antecederam ou chegaram a ser seus contemporâneos, como o *homo neanderthalensis*, possivelmente extornado pelos nossos antepassados), estamos convictos de que a humanidade, em toda a sua história, prova-

velmente muito superior a cem mil anos, passou pôr apenas duas revoluções fundamentais: a primeira foi a *neolítica* (ou *agrícola*, se preferirmos), a segunda é a *industrial*, que, na nossa opinião, ainda está em desenvolvimento.

A revolução neolítica, iniciada há cerca de dez mil anos, trouxe a domesticação de plantas e animais, permitiu o abandono da vida errante e a fixação à terra - e assim fez com que o homem, durante os últimos milênios, fosse essencialmente rural, vivendo da terra e para a terra. Foi a revolução neolítica que criou as primeiras cidades, sem nada de comum com as megalópoles de hoje, que gerou a escrita e que desenvolveu toda uma cultura essencialmente rural, assente nos valores da família patriarcal, ou família extensa - e que era ainda a cultura dominante ao tempo do nascimento de nossos pais.

A revolução industrial consistiu na domesticação da energia motriz. Quanto a ela ainda não há perspectiva histórica, para se ter uma visão de conjunto das suas consequências para as sociedades humanas, mas já temos alguns indicadores: a explosão populacional (pelo menos numa primeira fase), a migração para as cidades, a destruição da família patriarcal (substituída pela família restrita), a concentração capitalista e o assalariamento da quase totalidade das pessoas economicamente ativas, a alfabetização (e cada vez maior escolarização) das massas, em tempos mais próximos a

emancipação da mulher e o seu ingresso no mercado de trabalho, a força dos meios de comunicação... Só para evidenciar a importância da “mídia”, já chamada de “quarto poder político”, recordemos o dito, profundamente verdadeiro, de que a publicidade comercial, gerando em todos, inclusive nos deserdados, o desejo de participar das benesses da sociedade de consumo, é bem mais “subversiva” do que qualquer propaganda do tempo da “ameaça” do velho comunismo soviético².

No que interessa à responsabilidade civil, a revolução industrial agravou enormemente os riscos a que as pessoas antigamente estavam sujeitas, fazendo crescer as demandas no sentido de eficaz reparação deles. Por outro lado, ao proporcionar melhores condições médias de vida e de cultura, aquela pela disponibilidade maior de bens, esta graças essencialmente ao estabelecimento de escolas postas ao alcance das grandes massas, impulsionou a valorização do ser humano, fazendo com que este, como observa Jourdain³, passasse a aceitar ainda menos os golpes do destino, recusando a desgraça e exigindo a reparação de todo o dano sofrido. A exigência de uma conduta culposa como pressuposto da responsabilidade, não se coaduna com a aspiração social no sentido da reparação de todos os danos causados por outrem. O direito tinha de deixar de preocupar-se só com o comportamento da pessoa

responsável, ele tinha de se orientar, como afirma Jourdain, na direção do “objeto da responsabilidade civil: a reparação dos danos”.

Foi assim que a revolução industrial operou profunda transformação da sociedade. No âmbito do direito da responsabilidade civil, ela está na origem do crescimento da que designamos de responsabilidade civil em sentido estrito. Este acontece na medida em que a economia agrícola é progressivamente substituída pela indústria e no mesmo passo em que a população deixa o campo, para criar as grandes concentrações urbanas da atualidade, e desenvolve-se nos termos que se analisam a seguir.

Expansão dos danos suscetíveis de reparação, objetivação da responsabilidade e sua coletivização

O triplo fenômeno

O crescimento da responsabilidade civil, devido à revolução industrial, manifesta-se através de um triplo fenômeno, que poderá ser denominado de *expansão dos danos suscetíveis de reparação, objetivação da responsabilidade e sua coletivização*.

O fenômeno da *ampliação dos danos suscetíveis de reparação* traduz-se na extensão da obrigação de indenizar aos danos extrapatrimoniais, ou morais, e na tutela dos danos

transindividuais, correspondendo os dois aspectos à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente que for possível. O fenômeno da *objetivação*, talvez a principal consequência da revolução industrial no âmbito da responsabilidade civil, consiste no progressivo distanciamento desta com relação ao princípio segundo o qual não poderia haver responsabilidade sem culpa. O fenômeno da *coletivização* traduz o declínio da responsabilidade individual, perante o desenvolvimento de processos comunitários para indenização de diversos danos, especialmente os que atingem a integridade física ou psíquica das pessoas; tais danos são postos a cargo de todo um grupo social, ou mesmo de toda a sociedade.

É devido a esses três fatores que atualmente a responsabilidade civil geral não cessa de se avolumar, tanto em termos absolutos quanto com relação à responsabilidade negocial. Há necessidade de tutelar adequadamente as vítimas de acidentes (os quais são cada vez mais numerosos e ao mesmo tempo mais graves no trabalho, na rua e até em casa, repleta de aparelhos e utensílios potencialmente perigosos), é também forte a pressão social no sentido da reparação de todo e qualquer dano, ainda que não patrimonial.

Se a expansão dos danos suscetíveis de reparação é importante, ela

ainda é aspecto menor, se posto em confronto com os fenômenos da objetivação e da coletivização. Estes são os dois aspectos de maior relevância na transformação da responsabilidade civil contemporânea, mesmo que não abarquem a totalidade da evolução e ainda que os três fenômenos estejam interligados: afinal, a objetivação e a coletivização também não deixam de tutelar a necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação.

São exemplos do fenômeno da objetivação a responsabilidade por acidentes de trânsito e a por acidentes de consumo. Exemplos da coletivização são a responsabilidade por danos corpóreos em acidentes de trânsito, posta a cargo de todos os proprietários de veículos automóveis, através do seguro obrigatório, e a responsabilidade por acidentes de trabalho, posta a cargo de toda a sociedade, através da seguridade social.

Foram a objetivação e a coletivização que inverteram o sentido da milenar evolução, que vinha desde a *lex Aquilia*, no sentido, do lado dos lesantes, da exigência de culpa destes e de sua responsabilidade exclusivamente individual e, do lado dos lesados, da reparação apenas dos danos individuais.

Evidentemente que a velha responsabilidade contratual também evoluiu, paralelamente à responsabilidade civil em sentido estrito. Como esta, aquela também se objetivou e se am-

pliou a danos extrapatrimoniais, mas sem dúvida foi no âmbito da civil geral que se processou verdadeira revolução.

Vejam as características básicas dos três fatores das mudanças verificadas.

A expansão dos danos suscetíveis

Em tempos ainda recentes, os danos suscetíveis de reparação eram quase que somente os patrimoniais e individuais. A necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação é que mudou as coisas.

Em primeiro lugar, gerou um avassalador movimento em prol da reparação dos danos extrapatrimoniais (ou morais), isto é, daqueles que atingem somente valores de ordem corporal, espiritual ou moral, por contraposição aos danos que acarretam prejuízo econômico. No Brasil, esse movimento só se completou depois que a Constituição Federal de 1988 fez duas ou três referências expressas a tais danos.

Em segundo lugar, conduziu ao reconhecimento da necessidade de tutelar também os danos transindividuais (também chamados de supra-individuais ou metaindividuais), que são os que resultam da violação dos chamados interesses difusos e coletivos, definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), art. 81, parágrafo único, incs. I e II. Trata-se de danos que dizem respeito a bens

do interesse da generalidade das pessoas que integram uma comunidade, destacando-se, dentre eles, os prejuízos causados ao meio-ambiente, ao consumidor e a bens ou direitos da coletividade⁴.

Expressivo exemplo de danos transindividuais é a poluição de mananciais, que pode afetar a população de toda uma grande cidade.

A objetivação da responsabilidade

A objetivação é fenômeno por demais conhecido e comentado. Por isso não nos deteremos nele. Lembremos apenas que são três os riscos que fundamentam a responsabilidade objetiva e que esta, em hipóteses especiais, já vai prescindindo da exigência de um nexo de causalidade entre o fato do responsável e o dano (responsabilidade objetiva agravada).

São três os riscos que fundamentam a responsabilidade objetiva, todos relacionados com determinadas atividades: o *risco de empresa*, o *risco administrativo* e o *risco-perigo*. Esses riscos podem ser sintetizados dizendo-se que quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo; que a pessoa jurídica pública responsável, na prossecução do bem comum, por uma certa atividade, deve assumir a obrigação de indenizar par-

ticulares que porventura venham a ser lesados, para que os danos sofridos por estes sejam redistribuídos pela coletividade beneficiada; que quem se beneficia com uma atividade potencialmente perigosa (para outras pessoas ou para o meio-ambiente), deve arcar com eventuais conseqüências danosas.

Exemplos típicos de cada um desses riscos, são respectivamente: a responsabilidade por acidentes de consumo, denominada no Código de Defesa do Consumidor de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 e segs.); a a responsabilidade civil pública (da União, Estados, Municípios, suas autarquia e fundações e ainda das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos), prevista no art. 37, § 6o da Constituição Federal; a responsabilidade por acidentes de trânsito, essencialmente de criação jurisprudencial, mas fundada também no velho Decreto legislativo n. 2.681, de 7-12-1912, relativo às estradas de ferro.

A responsabilidade objetiva agravada insere-se no final de uma evolução que começou quando, num primeiro momento, se reconheceu que o requisito culpa não sempre imprescindível para o surgimento da obrigação de indenizar: o exercício de determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros, implicava, como contrapartida dos benefícios que elas proporcionavam ao agente, o ônus de suportar os danos que eventualmente

fossem causados a outrem. Foi por isso que se construiu a teoria da responsabilidade objetiva. Agora estamos entrando num segundo momento, em que se verifica haver hipóteses especiais em que se prescinde também de *nexo de causalidade*, para se passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco próprio da atividade em causa.

Por isso, acreditamos que atualmente se impõe distinguir, dentro da responsabilidade objetiva, uma *comum* e outra *agravada*. Na comum prescinde-se de culpa, mas exige-se que o dano seja resultante de ação ou omissão do responsável, ainda que não culposa, ou de ação ou omissão de pessoa a ele ligada, ou ainda de fato de coisas de que ele seja detentor. Na agravada, que diz respeito unicamente a certas e determinadas atividades, vai-se mais longe e a pessoa fica obrigada a reparar danos não causados pelo responsável, nem por pessoa ou coisa a ele ligadas; trata-se de danos simplesmente acontecidos durante a atividade que a pessoa responsável desenvolve, embora se exija que se trate de danos que estejam de tal modo ligados a essa atividade que possam ser considerados riscos próprios, típicos dela.

Se a responsabilidade objetiva comum já é excepcional, a agravada será excepcionalíssima. Responder por danos não causados, significa dizer que a pessoa é obrigada a reparar danos causados por outrem (fatos de

terceiro), por casos fortuitos ou de força maior e até por fatos do próprio lesado. Para só ficarmos com dois exemplos, diremos que é isso que acontece quando se obriga a empresa transportadora a indenizar mesmo por danos que sejam resultantes de acidente de trânsito causado por outro veículo, ou se obriga o Estado a reparar o dano causado por criminoso evadido da prisão, mesmo que muitas vezes se procure esconder essa realidade atrás de construções jurídicas até bem arquitetadas. Aliás, o que está acontecendo é similar ao que se verificou com a própria responsabilidade objetiva comum, que começou sendo admitida através do recurso a “presunções de culpa”, mas sem se permitir prova em contrário⁵.

A coletivização da responsabilidade

A coletivização, cuja noção já foi dada, é fenômeno que tem sido menos estudado que o da objetivação. A seu respeito, importa ressaltar que ele se processa em diversos sentidos.

A coletivização começa por se manifestar no desenvolvimento do *seguro de responsabilidade civil*, o qual se torna tanto mais necessário quanto mais avança a responsabilidade independente de culpa (ou objetiva)⁶. O seguro de responsabilidade passa a garantir melhor a reparação do dano sofrido pelo lesado, ao mesmo tempo que alivia o ônus incidente sobre o responsável: este fica transferido para a coletividade das pessoas que

exercem uma mesma atividade, geradora do mesmo risco, e que são quem paga os prêmios relativos ao seguro respectivo.

A coletivização, neste aspecto ligado ao seguro de responsabilidade civil, como se vê, começa sendo consequência da objetivação, para num segundo momento realimentar o movimento em direção a cada vez maior objetivação: ao garantir a reparação dos danos sofridos, ela potência a evolução da responsabilidade no sentido da progressiva objetivação. A responsabilidade civil fica cada vez mais dependente da possibilidade de o responsável fazer ou não seguro⁷.

Um segundo sentido em que a coletivização se manifesta, é no desenvolvimento da *seguridade social*. Esta tem um objetivo que vai além do da previdência social: visa garantir a reparação, a cargo da própria sociedade, dos principais danos corpóreos que as pessoas podem sofrer, como a morte e a incapacidade para o trabalho.

Do lado dos lesantes, a coletivização produziu também o que se designa de *responsabilidade grupal*, ou seja, da responsabilidade de todos os integrantes de um grupo por danos causados por um seu membro não identificado.

Do lado dos lesados, finalmente, ela ainda deu força ao movimento em prol da reparação dos *danos transindividuais*. Na verdade, a tutela dos interesses transindividuais não deixa de ser uma forma de coletivi-

zação da responsabilidade, só que encarada pelo lado dos lesados. No entanto, verdadeiramente só se está perante uma coletivização da responsabilidade quando esta é encarada do ponto de vista das pessoas obrigadas a indenizar.

A responsabilidade civil neste final de milênio

Responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade individual e coletiva

Ampliação dos danos suscetíveis de reparação, objetivação e coletivização da responsabilidade: em consequência dos três fenômenos, mas em especial da objetivação e da coletivização, a responsabilidade civil neste momento passa por verdadeira revolução. São nítidos os contrastes com a responsabilidade civil que herdamos do século XIX.

Assim, enquanto a responsabilidade civil novecentista era subjetiva, tendo como fundamento a culpa, a nova está em marcha acelerada no sentido da *responsabilidade objetiva*, tendo como fundamento o risco criado. A nova responsabilidade visa sobretudo a reparação de danos resultantes de atividades perigosas e nos nossos dias já se estende a danos ocasionados por acidentes de consumo (responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço) e a danos resultantes da poluição ambiental.

Por outro lado, enquanto a responsabilidade civil novecentista era individual, a contemporânea tende a ser coletiva, incidindo sobre grandes grupos, ou melhor, sobre as pessoas integrantes desses grupos, assim realizando uma socialização de riscos.

Portanto, atualmente estão em declínio tanto a responsabilidade individual como a subjetiva. O que cada vez se firma mais é uma nova responsabilidade, de tendência objetiva e coletiva. Evidentemente que isto não significa que, ao término da evolução, a responsabilidade subjetiva vá desaparecer e que o mesmo aconteça com a responsabilidade individual. Largos domínios devem permanecer sob a alçada da responsabilidade subjetiva. E mesmo naqueles que estão passando para a responsabilidade objetiva, a regra continuará sendo certamente a de responsabilidade individual.

Funções reparatória, sancionatória e preventiva da responsabilidade civil

A respeito dos desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, um outro aspecto que merece ser destacado é o das finalidades prosseguidas por ela.

As obrigações de responsabilidade civil têm essencialmente, mas não exclusivamente, uma finalidade estática, de proteção da esfera jurídica de cada pessoa, através da reparação dos danos por outrem causados. Elas tutelam um interesse do le-

sado que se pode chamar de expectativa na preservação da situação atual (ou de manutenção do *status quo*).

Esta finalidade, dita função *reparatória*, *ressarcitória* ou *indenizatória*, é a primacial: a responsabilidade civil visa apagar o prejuízo econômico causado (indenização do dano patrimonial) ou minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral). Sobretudo em matéria de danos patrimoniais, em princípio nem a maior ou menor censurabilidade da conduta do responsável, nem a sua maior ou menor riqueza, nem a condição social ou econômica do lesado terão reflexo na determinação do montante indenizatório.

Essa, todavia, não é a única função reconhecida à responsabilidade civil. Atualmente reconhece-se que, a par dela, a responsabilidade civil desempenha outras importantes funções, uma *sancionatória* (ou *punitiva*) e outra preventiva (ou *dissuasora*).

Quando se fala numa função sancionatória, faz-se evidente aproximação com a finalidade retributiva da responsabilidade penal. A maior ou menor censurabilidade da conduta do responsável tem alguns reflexos na obrigação de reparar os danos causados, aproximando muitas vezes a “indenização” de uma “pena privada”. Algumas vezes faz crescer o montante a ser pago, que reverte em benefício do ofendido, e outras vezes fá-lo reduzir, representando agora um menor sacrifício para o lesante.

Na reparação por danos extrapatrimoniais (ou morais) é patente, mesmo que com relevo secundário, a finalidade de punição do lesante, sobretudo se agiu com forte culpa. Aliás danos extrapatrimoniais propriamente não se indenizam, apenas se compensam pecuniariamente. Também em muitos casos de responsabilidade sem culpa, e mesmo com culpa, a natureza indenizatória da responsabilidade civil não é obstáculo a que com freqüência legislativamente se fixem limites máximos de indenização, como por exemplo se faz no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86, arts. arts. 257 e 260). A natureza indenizatória igualmente não impede que se sustente, de *jure condendo*, a legitimidade da redução equitativa da indenização, quando forem enormes os danos causados e reduzida a culpa do responsável, como se propõe no Projeto de Código Civil, art. 946. Por último, existem casos em que a idéia penal de punição é associada à finalidade civil de reparação, para dobrar a vontade do devedor e coagi-lo a efetivar a reparação do dano causado, como é o caso das multas cominatórias, também chamadas de “penas pecuniárias” pelo Código de Processo Civil (art. 287).

A função preventiva da responsabilidade civil também é similar a igual função da pena criminal. A responsabilidade civil também visa dissuadir outras pessoas e ainda o próprio lesante da prática de atos preju-

diciais a outrem. Obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros de atos danosos, tanto pela mesma pessoa (prevenção especial), como por quaisquer outras (prevenção geral). Isto é importante sobretudo no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos). Na multa cominatória, há pouco referida, esta finalidade assume especial relevo: coagir a devedor a reparar prontamente o dano causado é também evitar que os danos se vão agravando. Esta é mesmo uma das razões que explicam o "crescimento" dessa sanção.

Direito comum (ou geral) da responsabilidade civil e direitos especiais

Com o crescimento da responsabilidade civil (a geral, ou em sentido estrito), devido ao triplo fenômeno da expansão dos danos suscetíveis de reparação, da objetivação da responsabilidade e de sua coletivização, ficou evidenciado não ser correto o lugar subalterno que lhe era atribuído na dicotomia "responsabilidade contratual" e "responsabilidade extracontratual". Ela assumiu o papel que realmente lhe compete, de direito comum (ou geral) da responsabilidade civil e, em consequência, há necessidade de repensar as relações entre ela e a responsabilidade negocial (e porventura também outros direitos especiais que ainda caibam dentro da figura geral da responsabilidade civil).

Por isso, um último aspecto do desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil, e também de alto relevo (dele se poderá dizer, aqui, que é *last, but not least*), é o relativo às hipóteses de concurso das responsabilidades civil e negocial. São situações em que uma pessoa sofre danos em consequência de fatos ao mesmo tempo representativos do inadimplemento de contratos ou negócios jurídicos unilaterais e constitutivos de responsabilidade civil geral. São hipóteses em que ocorre um dano no decurso de relação negocial, mas em circunstâncias tais que os fatos ocorridos sempre seriam suficientes para originar uma obrigação de indenizar, mesmo se abstraíssemos do contrato (ou do negócio unilateral).

Esta relação concursual é especialmente importante para responsabilidades como as do médico, do transportador, do construtor, do fornecedor de produtos e serviços e, em geral, para as demais que podem ser chamadas de profissionais. Por exemplo, em matéria de responsabilidade de transportadores e de médicos podem estar presentes os pressupostos das duas responsabilidades, como quando o médico, contratado para fazer uma operação cirúrgica, age com negligência e causa lesões maiores, ou quando o condutor do ônibus passa um sinal vermelho e causa um acidente, no qual ficam feridos alguns passageiros, que ele tinha a obrigação, por muitos considerada apenas

"contratual" (cf. Súmula 187 do STF), de transportar sãos e salvos ao seu destino.

Tradicionalmente essas situações de concurso de responsabilidades são resolvidas pelo enquadramento ou numa, ou noutra, como se elas fossem antagônicas, ou pelo menos como se uma excluísse a outra. A verdade, porém, é que a responsabilidade civil (em sentido estrito) apresenta-se como o direito comum (ou geral) da reparação de danos, perante o qual a obrigação relativa a danos oriundos de obrigações negociais é mero direito especial. Isto é importante porque um direito especial, qualquer que seja, não contém princípios jurídicos conflitantes com os do direito geral respectivo e, por outro lado, as regras deste devem ser aplicadas sempre que o direito especial não contiver norma específica.

Ora, se as responsabilidades civil e negocial não são compartimentos estanques e se a segunda é mero direito especial, tendo como fundamento a autonomia deixada às partes, então o regime desta será aplicável apenas no âmbito que couber na esfera dessa autonomia. Por isso é que será a responsabilidade civil geral que vai regular os danos acontecidos na fase das negociações preliminares (responsabilidade pré-contratual), mais os que possam acontecer após integral cumprimento das obrigações assumidas (responsabilidade pós-contratual), e ainda aqueles acontecidos durante a

relação contratual, mas que fiquem fora do âmbito da autonomia privada (hipótese que se poderia chamar de responsabilidade supra-contratual).

Na prática, o problema do concurso entre as duas responsabilidades vai traduzir-se especialmente na questão de saber quais são os limites da liberdade dos interessados intervenientes em negócios jurídicos na pré-fixação de causas de limitação ou de exclusão da responsabilidade, porque para além desses limites terão de incidir as regras gerais da responsabilidade civil. A respeito das cláusulas de exclusão da responsabilidade, ou simplesmente dela limitativas, a resposta geralmente dada é no sentido de que no âmbito das obrigações nascidas de contratos e demais negócios jurídicos elas em regra são válidas. Porém, no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito sustenta-se geralmente a sua não validade⁸.

A este propósito, o critério geral a seguir parece ser o de que, quando estiverem em causa bens indisponíveis, como na hipótese de danos corpóreos, haverá incidência exclusiva das regras da responsabilidade civil em sentido estrito⁹.

Às vezes é o próprio ordenamento jurídico que, perante situações onde a autonomia privada e os princípios maiores da responsabilidade civil geral se apresentam fortemente entrelaçados, procura estabelecer uma regulamentação de tal forma ampla que nela fiquem amalgamadas as re-

gras da responsabilidade contratual e as da responsabilidade civil. Quando isto acontece, estão criados o que se poderia chamar de *sistemas únicos de responsabilidade*. Também a este respeito as responsabilidades profissionais revelam-se especialmente esclarecedoras. A responsabilidade do transportador parece ser um dos exemplos mais perfeitos desses sistemas únicos, que já vem do Decreto legislativo n. 2.681, de 7-12-1912 e se prolonga com o Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei nº 7.565/86). Outros bons exemplos são, no âmbito das relações de consumo, tanto a responsabilidade relativa a *fato* como aquela respeitante a vício de produto ou serviço (Código de Defesa do Consumidor, respectivamente arts. 12 a 17 e 18 a 25).

Se entendermos que responsabilidade civil e negocial não são compartimentos estanques e que a civil em sentido estrito é o regime-regra, em relação ao qual a responsabilidade contratual é apenas direito especial, então, quando se instituírem sistemas únicos de responsabilidade, apenas se estarão criando outros direitos especiais, para além da responsabilidade negocial. E todos esses direitos especiais terão de atender aos princípios basilares da responsabilidade civil geral.

Conclusão

Como se viu, em conseqüência da expansão dos danos suscetíveis de

reparação, da objetivação e da coletivização, a responsabilidade civil (geral, ou em sentido estrito) desenvolveu-se extraordinariamente, deixando o lugar subalterno que lhe cabia na dualidade novecentista da responsabilidade "contratual" e "extracontratual".

Quando agora se fala em responsabilidade civil, sem acrescentar algum qualificativo (como contratual, ou outro), em regra tem-se em conta apenas aquela que temos designado de responsabilidade civil geral, ou em sentido estrito; ela não engloba a responsabilidade contratual (ou como se dirá melhor, negocial).

Mas se a responsabilidade civil geral não abrange a contratual, por outro lado também não coincide com a responsabilidade por atos ilícitos, ou aquiliana, dos clássicos. Ela ampliou-se, desdobrando-se numa responsabilidade subjetiva e noutra objetiva. E o domínio da responsabilidade pelo risco está em expansão contínua.

A responsabilidade civil ampliou-se ainda, quando passou a tutelar os danos extrapatrimoniais. E ampliou-se mais ainda, quando ultrapassou a barreira dos interesses individuais, para abarcar também a violação dos interesses difusos e coletivos, que o Código de Defesa do Consumidor engloba sob a designação de direitos transindividuais.

Por último, com a correia colocação da responsabilidade civil no lugar que lhe compete, que é o de direito comum da reparação de danos, fica

claro ser ela fonte complementar da regulamentação jurídica tanto da responsabilidade negocial como dos regimes especiais que começam surgindo, a exemplo da responsabilidade do transportador e das responsabilidades do âmbito das relações de consumo, por fato e por vício do produto ou do serviço.

1 Neste texto, que se pretende seja sucinto, referem-se diversas noções que são desenvolvidas numa obra neste momento em curso de redação, com o título de *Direito das obrigações* e que comportará dois ou três volumes. Os capítulos já prontos estão disponíveis na U.F.S.C., onde podem ser fotocopiados. A matéria que aqui interessa é tratada no vol. 1, caps 7 e segs. Voltaremos à distinção entre responsabilidade objetiva comum e agravada adiante, item 4.3.

2 Das transformações ligadas à revolução industrial, merecem destaque aqui, pelas suas repercussões jurídicas, os fenômenos, aliás interligados, da urbanização, da concentração capitalista e da massificação da sociedade.

A urbanização é consequência do crescimento exponencial da população, da migração do campo para as cidades, das melhores condições de vida que o desenvolvimento econômico (de base industrial) propicia. A progressiva concentração capitalista é essencialmente consequência da concorrência econômica — e da luta, por esta engendrada, pela competitividade, pela racionalização, por melhores condições de produção e distribuição. A massificação da sociedade é a grande resultante da urbanização e da concentração capitalista.

Realmente, se existe uma palavra que possa sintetizar tudo o que aconteceu, e ainda esclarecer o sentido das tão profundas transformações havidas, tanto políticas como jurídicas, tal palavra é massificação: massificação nas cidades, transformadas em gigantescas colméias; nas fábricas, com a produção em série; nas comunicações, com os jornais, a rádio e a televisão; nas relações de trabalho, com as convenções coletivas; na responsabilidade civil, com a difusão dos seguros de responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar imposta a pesso-

as componentes de grupos, por atos de membro não identificado e com a obrigação de reparar os danos transindividuais, tudo como se verá melhor no texto; no processo civil, com as ações coletivas, visando a tutela de interesses transindividuais e ainda dos chamados interesses individuais homogêneos (cf. Lei nº 7.347/85, art. 1º e Código de Defesa do Consumidor, arts. 81, 91 e 103); nas relações contratuais, com os contratos padronizados e de adesão, impostos pelos empresários aos consumidores e até pelas grandes empresas às menores; mesmo no âmbito das relações de consumo já são possíveis convenções coletivas, previstas no Código de Defesa do Consumidor (art. 107)!

3 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1992, p. 10 e segs.

4 Foi para pôr fim às doutas controvérsias que os interesses difusos e coletivos vinham suscitando, que o Código procurou conceituá-los: difusos são "os interesses ou direitos (...) transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"; coletivos são os "os interesses ou direitos (...) transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base".

A par dos interesses difusos e dos coletivos, cuja violação gera os danos transindividuais, o Código de Defesa do Consumidor refere ainda uma terceira categoria, também nova no direito brasileiro, de direitos suscetíveis de tutela coletiva, os chamados interesses individuais homogêneos, "assim entendidos os de origem comum" (art. 81, parágrafo único, inc. III). Estes, todavia, ainda têm natureza individual, só se aproximando daqueles por também poderem ser tutelados coletivamente.

5 A responsabilidade objetiva agravada está presente mesmo na obrigação de indenizar resultante do inadimplemento de contratos e de negócios jurídicos unilaterais obrigacionais, que é impropriamente designada de *responsabilidade contratual* (mais correta seria a designação de responsabilidade negocial). Nela também teremos uma responsabilidade subjetiva (em que o lesante só é obrigado a indenizar se tiver procedido com culpa), uma responsabilidade objetiva (em que a obrigação surge independentemente de culpa, mas cessa se de-

monstrada a inexistência de nexos causal) e uma responsabilidade agravada (em que a pessoa responde por certos danos resultantes de fato de terceiro, do próprio lesado ou de caso fortuito e força maior).

A cada uma dessas modalidades corresponde um tipo diferente de obrigação: obrigações de meios, de resultado e de garantia. Se a obrigação for de meios, a responsabilidade do devedor será subjetiva; se for de resultado, passará a ser objetiva; se for de garantia, passará a ser objetiva agravada. Nós acreditamos mesmo que, apesar de uma imensa literatura em contrário, a responsabilidade do devedor de obrigações negociais em princípio é objetiva: para ele se isentar de responsabilidade, em regra terá de provar que o inadimplemento se ficou devendo a caso fortuito ou de força maior, fato de terceiro ou até do próprio credor (cf. arts. 1.058 e 965, *in fine*). Para alguns desenvolvimentos a este respeito, v. o estudo "Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização", na *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 64:12-47 (ano 17, abr.-jun. 1993. Ed. Revista dos Tribunais).

6. Ao tempo em que prevalecia a ideia de que toda responsabilidade deveria ser fundada na culpa, a possibilidade de o lesante transferir para uma companhia seguradora a obrigação de indenizar era considerada imoral. Foi a necessidade de garantir ao lesado a mais ampla reparação que falou mais alto. E com a multiplicação das hipóteses de responsabilidade independente de atuação culposa do obrigado, passou-se a afirmar o dever (aliás ônus) deste de fazer o respectivo seguro.
7. Deve ser esclarecido que o seguro de responsabilidade civil não tem somente efeitos benéficos. Dentre os efeitos perversos que têm sido detectados, o mais importante é ainda o que a francesa Geneviève Viney (*Les obligations. La responsabilité: conditions*. Paris, LGDJ, 1982, p. 31. V. 4 do *Traité de droit civil*, dir. de Jacques Ghestin) chama de "apagamento do responsável por detrás do segurador". O papel principal passa a ser o do segurador, que é quem, no final, vai desembolsar a indenização. O denominado responsável só nominalmente terá essa condição: o verdadeiro obrigado passa a ser o segurador. E como o causador do dano passa a ser mero responsável nominal, a responsabilidade civil deixa de exercer uma sua importante função: a de prevenção de danos, pela na

tural diligência a que obrigaria as pessoas. Se quem tem de pagar é a companhia seguradora, as pessoas serão menos cuidadosas, multiplicando os acidentes. Por outro lado, como o seguro de responsabilidade civil, sobretudo aquele obrigatório, não tem condições de dosar os prêmios de acordo com o risco representado por cada segurado, considerado nas suas características individuais, os mais cuidadosos acabarão pagando para cobrir os danos causados pelos irresponsáveis. Até o próprio fato de a responsabilidade civil ficar cada vez mais dependente da possibilidade de o responsável fazer ou não seguro, é considerado por muitos como um fator perturbador: a reparação integral dos danos, via indenização securitária, tem um custo econômico, implicando na elevação dos prêmios a valores que podem ser inoportáveis para muitos.

8. Contra a admissibilidade de cláusulas de isenção da responsabilidade civil, ou mesmo de cláusulas simplesmente dela limitativas, argumenta-se também com a própria natureza dessa responsabilidade: a responsabilidade civil seria regida por princípios de ordem pública, que os particulares nunca poderiam derrogar. Somente após a ocorrência do fato gerador da responsabilidade, o lesado poderia entrar em acordo com o lesante e excluir a responsabilidade deste; antes desse momento, qualquer cláusula excludente ou limitativa de responsabilidade seria ilícita ou impossível. Parece, porém, ser necessário distinguir três situações, no âmbito da responsabilidade civil geral:

a) Se a responsabilidade civil é subjetiva (fundada na culpa) e diz respeito à violação de direitos de natureza pessoal, como a vida e a integridade física, que são sem dúvida tutelados por princípios superiores, de ordem pública, a obrigação de indenização não pode ser preventivamente excluída ou limitada, através de cláusulas de não indenizar;

b) Se a responsabilidade civil é *subjetiva*, mas diz respeito a *interesses puramente patrimoniais*, parece ser possível o estabelecimento de cláusulas de não indenizar, desde, porém, que fique preservada a responsabilização em caso de dolo ou de culpa grave, em relação aos quais prevalecem princípios de ordem pública;

c) Se a responsabilidade civil é *objetiva* (ou pelo risco), parece não haver nada que impeça o

estabelecimento de uma regulamentação preventiva privada, diversa da legal — salvo quando, conforme os princípios gerais, haja norma proibitiva expressa, ou haja ofensa da ordem pública.

- 9 A matéria relativa ao concurso entre as responsabilidades civil e negocial pode refletir-se em conseqüências práticas importantes. Neste momento, para termos uma idéia delas, fiquemos com uma concretização. Se uma pessoa que era transportada em composição ferroviária cair e, por isso, vier a falecer, o caso deverá ser resolvido com base nas regras da responsabilidade negocial, ou da civil em sentido estrito?

Quem sustentar que a responsabilidade, no caso, é exclusivamente contratual, terá de concluir que os juros de mora devem fluir apenas a contar da citação dos responsáveis, na ação proposta contra eles, de acordo com o art. 1.536, § 2o e da Súmula 163 do Supremo Tribunal Federal, editada em 1963 ("... sendo a obrigação ilíquida, contam-se os juros moratórios desde a citação inicial para a ação"). Porém, quem defender a aplicação das regras gerais relativas à responsabilidade civil geral, dirá que os juros moratórios devem ser contados desde o evento danoso, nos termos do art. 962 e também da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça ("Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual").

E quem defender que a responsabilidade, no caso, poderá ser contratual ou civil em sentido estrito, conforme a pessoa acidentada seja ou não um passageiro com contrato de transporte, poderá chegar a conclusões absurdas, dando tratamento jurídico diverso a casos similares. Assim, dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça, a quem atualmente cabe a tarefa de uniformização a nível nacional da jurisprudência, em casos de atropelamento de pedestres por composições ferroviárias, ou de abalroamento de veículos por composições, tem sido entendido que a responsabilidade é extracontratual e, assim, que se aplica aquela sua Súmula 54, com fluência dos juros a partir do evento danoso. Se, porém, é um passageiro que cai de trem superlotado, aquela Corteja entende que a responsabilidade será contratual, correndo os juros desde a citação.

No seio do Superior Tribunal de Justiça, essa distinção é feita expressamente, por exemplo,

no acórdão de 9-10-1991, REsp. 1.604-SP, na RSTJ, 27:267 e 33:515, e vem confirmada em diversos outros, como o acórdão de 7-11-1994, REsp. 38.725-SP, na JSTJ e TFR, Lex-70:166, que cita diversos precedentes no mesmo sentido. A mesma linha de raciocínio levaria a concluir que, em caso de acidente ferroviário em que fossem feridos dois passageiros, um com bilhete de passagem e o outro clandestino, os juros da indenização para um e outro seriam contados de forma diversa.

Em nossa opinião, a solução ficará mais clara se admitirmos que a responsabilidade do transportador, no caso de danos corpóreos, nunca poderá ser considerada contratual, por estarem em causa bens indisponíveis.