

# Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira

*Haja hoje para tanto ontem*

Paulo Leminski

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *A erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil: o ocaso da culpa e a flexibilização do nexo causal*. 3. *A coletivização das ações de responsabilidade civil*. 4. *A expansão do dano ressarcível e a necessidade de seleção dos interesses merecedores de tutela: os novos danos e seus “limites”*. 5. *A despatrimonialização não já do dano, mas da reparação*. 6. *A perda de exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de danos*.

## 1. Introdução

Falar em tendências é, em qualquer campo de conhecimento, tarefa duplamente arriscada. De um lado, há o risco de se tomar como tendência uma expectativa puramente subjetiva, convertendo o discurso em um mero exercício de adivinhação, imprestável a qualquer abordagem científica. De outro, tem-se o risco oposto: o de se basear em fatos objetivos e seguros, retratando uma tendência já consolidada, e, portanto, já não mais uma tendência – quase como aquele personagem de Campos de Carvalho que dizia: “não sou eu que ando fora de época, é a época”.<sup>1</sup>

No direito, o tema não é apenas arriscado, mas verdadeiramente inóspito. Até muito recentemente, a ciência jurídica não se interessava por tendências. As reminiscências do pensamento positivista faziam com que as alterações no direito fossem

---

<sup>1</sup> Campos de Carvalho, *O Púcaro Búlgaro*, in *Obra Reunida*, Rio de Janeiro: José Olympio, 2002, p. 326. Para uma análise literária da obra completa do autor, ver Juva Batella, *Quem tem medo de Campos de Carvalho?*, Rio de Janeiro: 7Letras, 2004.

compreendidas não como uma evolução progressiva da experiência social, mas como o efeito de atos normativos pontuais e abruptos, cujas motivações permaneciam confinadas à sociologia ou à política. Impedia-se a reflexão sobre qualquer evolução da ciência jurídica que escapasse aos mecanismos institucionais de reforma legislativa.<sup>2</sup> O direito permanecia, assim, constantemente à espera da lei.<sup>3</sup> E não por acaso um conhecido jurista português viria, tempos depois, a declarar que “o século XX representa, na ciência do direito, um espaço de letargia relativa.”<sup>4</sup>

As últimas duas décadas, todavia, representaram uma reviravolta neste cenário. O amplo reconhecimento da efetividade dos valores constitucionais veio exigir, por toda parte, a releitura crítica dos institutos jurídicos tradicionais, mesmo à margem de atos legislativos.<sup>5</sup> No âmbito da responsabilidade civil em particular, a valorização do papel interpretativo das cortes e a inserção no debate jurídico de aspectos sociais, econômicos e éticos, antes marginalizados, parecem, enfim, preparar o caminho para transformações há muito esperadas. O novo Código Civil brasileiro, tão tímido em outros campos, trouxe, nesta matéria, inovações consideráveis, abrindo discussões em torno de novos problemas, e novas soluções, a dependerem mais da atuação do intérprete que do legislador.

Diante disso, parece possível, sem deixar de incorrer nos riscos já mencionados, ceder à tarefa que o título propõe, enumerando algumas tendências da responsabilidade civil brasileira, a partir da observação da atividade jurisprudencial e dos estudos doutrinários mais recentes. Pode-se indicar, neste sentido, cinco tendências principais, que seriam: (i) a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil; (ii) a coletivização das ações de responsabilização; (iii) a expansão dos danos ressarcíveis e a

---

<sup>2</sup> Na conhecida lição kelseniana: “(...) os atos de produção e de aplicação (que, como veremos, também é ela própria produção) do Direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao conhecimento jurídico enquanto formam o conteúdo de normas jurídicas, enquanto são determinados por normas jurídicas.” (Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 80).

<sup>3</sup> A expressão foi empregada, em outro contexto, por Caio Tácito, *O direito à espera da lei*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 181/182, pp. 38-45.

<sup>4</sup> A referência é a Menezes Cordeiro, em introdução à edição portuguesa de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. IX.

<sup>5</sup> Fundamental neste sentido a obra de Gustavo Tepedino, em especial o seu *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 1-22. Imprescindível também a leitura de Maria Celina Bodin de Moraes, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, in *Revista de Direito Civil*, vol. 65, pp. 21 e ss. Na doutrina estrangeira, confira-se, sobretudo, Pietro Perlingieri, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, e, do mesmo autor, *Perfis de Direito Civil* (trad. Maria Cristina De Cicco), Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

necessidade de sua seleção; (iv) a despatrimonialização não já do dano, mas da reparação; e (v) a perda de exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de danos.

Cumpra examinar cada uma dessas tendências em separado.

## **2. A erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil: o ocaso da culpa e a flexibilização do nexo causal**

O sistema de responsabilidade civil consagrado pelas grandes codificações ancorava-se, como se sabe, em três pilares: culpa, dano e nexo causal.<sup>6</sup> Na prática judicial, tal sistema implicava que a vítima de um dano, dirigindo-se aos tribunais, precisava superar duas sólidas barreiras para obter indenização: (i) a demonstração do caráter culposo *lato sensu* da conduta do ofensor, e (ii) a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano. A estas duas barreiras – a prova da culpa e a prova do nexo causal – já se chamou *filtros da responsabilidade civil*, por funcionarem como meio de seleção das demandas de indenização que deveriam merecer acolhimento jurisdicional.<sup>7</sup> Parecia evidente, nesta construção, que se, por qualquer catástrofe, estes filtros se rompessem, o Poder Judiciário seria inundado por um volume incalculável de pedidos de reparação os mais banais.

Em alusão a esta imagem, a primeira tendência é justamente aquela que se pode chamar com o nome, algo hidráulico, de *erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil*.<sup>8</sup> Quer a expressão significar a relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal na dinâmica contemporânea das ações de responsabilização.

Tome-se, de início, a prova da culpa. Já denominada *prova diabólica* diante das dificuldades que trazia, no século XIX, às vítimas de danos derivados do maquinismo

---

<sup>6</sup> Ver, por todos, Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, São Paulo: Saraiva, 1955, p. 194: “Os requisitos ou pressupostos da obrigação de indenizar são três: o prejuízo, a culpa e o nexo causal”.

<sup>7</sup> A construção apenas altera o ponto de vista sobre a responsabilidade civil, ressaltando menos o seu escopo de assegurar a reparação dos danos sofridos, e mais o propósito implícito de limitar esta reparação aos casos que superem certos pressupostos dogmáticos. Em tal perspectiva, ver, entre outros, Teucro Brasiello, *I limiti della responsabilità per danni*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1959.

<sup>8</sup> Seja permitido remeter a Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, São Paulo: Atlas, 2007, pp. 9-75.

industrial, a prova da culpa veio gradativamente perdendo relevância em todos os ordenamentos de *civil law*.<sup>9</sup> Assistiu-se, embora não necessariamente em uma evolução linear, (i) à multiplicação das presunções de culpa; (ii) ao avanço da responsabilidade fundada no risco; e (iii) à alteração da própria noção de culpa e do modo de sua aferição.

Vinculada originariamente à idéia de pecado, a culpa era compreendida, antes do mais, como uma falta moral, indissociavelmente ligada aos impulsos anímicos do sujeito.<sup>10</sup> Nesta acepção, a prova da culpa mostrava-se, como se sabe, extremamente árdua, impondo juízos de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária. Na significativa indagação de Philippe le Tourneau: “*Quel juge pourrait sonder les reins et les coeurs? Serait-ce vraiment justice?*”<sup>11</sup>

A fim de evitar tais dificuldades, presunções de culpa foram, em toda parte, esculpidas pela doutrina e pela jurisprudência com base no próprio texto das codificações. Ideologicamente, tais presunções representavam uma solução intermediária, que impedia as injustiças perpetradas pela severa exigência da prova da culpa, ao mesmo tempo em que negava acolhida a novos fundamentos de responsabilidade.<sup>12</sup> Na prática, todavia, as presunções de culpa foram passando, na experiência jurisprudencial e na abordagem doutrinária, de presunções relativas para presunções absolutas, de tal modo que o juiz, ao final, já presumia de forma tão definitiva a culpa do ofensor que isso equivalia a dispensar a culpa para a responsabilização.

---

<sup>9</sup> O fenômeno é explicado por José Fernando de Castro Farias, *A Origem do Direito de Solidariedade*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 135: “A teoria tradicional condicionava a responsabilidade civil à existência da falta, exigindo-se do operário, para obtenção da reparação do dano, provar que o acidente fora resultado de uma imprudência cometida pelo empregador. Essa abordagem obedecia a uma lógica individualista e tornava-se incompatível com a complexidade das práticas industriais, em que o risco de acidente era cada vez maior, de forma que a visão tradicional passa a ser considerada completamente injusta em relação aos operários, a quem se impunha a necessidade de uma prova impossível.”

<sup>10</sup> Por todos, Paul Esmein, *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949, p. 482: “*Dans son acception chargée du sens le plus lourd, la faute éveille les sentiments qui pour un Français sont depuis des siècles liés au mot péché. (...) Le péché peut être constitué par des actes ou pensées très divers, et, envisagé dans ses conditions d’existence, il ne peut être défini que comme la faute l’a été plus haut: violation d’un devoir.*”

<sup>11</sup> Philippe le Tourneau e Loïc Cadet, *Droit de la responsabilité*, Paris: Dalloz, 1998, p. 754. Em tradução livre: “Qual juiz poderia sondar os rins e os corações? Seria isto realmente justiça?”. A referência tem origem na Bíblia, onde Deus é invocado como o “justo Juiz, que sonda os rins e o coração” (Jeremias XI; 20).

<sup>12</sup> Sobre as presunções de culpa, afirmou Caio Mário da Silva Pereira: “Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermediária, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação, e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado.” (*Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 263).

É emblemático, no Brasil, o caso da responsabilidade do preponente pelos atos do preposto. A doutrina já havia, contra a expressa exigência de prova constante do artigo 1.525 do Código Civil de 1916, autorizado a presunção de culpa do preponente e, logo, a jurisprudência dominante, consagrada na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, veio declarar tal hipótese como de presunção *iuris et de iure* – com resultados, se não idênticos, muito próximos aos da responsabilidade objetiva.<sup>13</sup>

O fenômeno, por óbvio, não é privativo da experiência brasileira. Por toda parte, as presunções de culpa foram ou vêm sendo empregadas de forma cada vez mais abrangente. Basta mencionar o que tem ocorrido na França com relação à teoria da guarda. Em caso sintomático, a *Cour d'appel* de Paris, examinando a situação de um alpinista atingido por uma pedra deslocada por um colega que seguia acima dele na escalada, aplicou a teoria da guarda, presumindo a culpa deste último por ter se tornado, no entendimento da corte, “guardião da pedra”, e, conseqüentemente, responsável pelos danos derivados do seu deslocamento. A decisão foi reformada pela *Cour de Cassation*, que recordou somente ser possível a aplicação da teoria da guarda sobre bens ou animais sobre os quais o responsável tenha comando ou governabilidade, o que, por óbvio, não se aplica à relação entre alpinistas e pedras.<sup>14</sup> A decisão ilustra, contudo, como o conceito tradicional da teoria da guarda tem sido alargado, a fim de reduzir ou até eliminar, em muitos casos, o peso que a prova da culpa desempenharia na dinâmica tradicional da responsabilidade civil.

Além das presunções, que, muitas vezes, dispensavam sua prova, a própria culpa, como fundamento de responsabilização, foi posta em xeque, já em fins do século XIX. A partir de então, difundiu-se por todo o mundo a teoria do risco, fundamento da hoje

---

<sup>13</sup> Ver Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Elementos de Responsabilidade Civil*, in *Curso de Direito Civil* (coord. Ricardo Pereira Lira), Rio de Janeiro: Renovar, pp. 119-120.

<sup>14</sup> No original: “Ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l’art. 1384, al. 1er, c.civ., la cour d’appel qui, pour condamner in solidum le demandeur, sa compagnie d’assurances et sa mutuelle, à payer diverses sommes au défendeur et à la Caisse primaire d’assurance maladie en réparation du préjudice corporel résultant de la chute d’une pierre provoquée, au cours de l’escalade d’une falaise, par le demandeur, retient que ce dernier a précisé que la victime avait été frappée par une pierre qui s’était détachée alors qu’elle lui servait de prise et que celui-ci, en utilisant une pierre déterminée comme prise, en est devenue gardien, sans préciser en quoi, en prenant appui sur cette pierre déterminée, il avait acquis sur cette chose un pouvoir d’usage, de contrôle et de direction effectif et indépendant caractérisant la garde.” (Cour de Cassation, 2e civ., 24.4.2003 – 00-16.732).

consagrada responsabilidade objetiva.<sup>15</sup> No Brasil, embora não estranha ao Código Civil de 1916,<sup>16</sup> a responsabilidade objetiva ingressou efetivamente no ordenamento positivo por meio de leis especiais, como a Lei de Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/12), o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e a Lei nº 6.453/77, relativa às atividades nucleares.<sup>17</sup> A Constituição de 1988 abriu novos caminhos, ao prever novas hipóteses específicas (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII, c; art. 37, §6º), e, principalmente, ao inaugurar uma nova tábua axiológica, mais sensível à adoção do risco como fundamento de responsabilidade.<sup>18</sup>

Ao contrário do que ocorreu em outros campos, a orientação constitucional foi, neste particular, concretizada de forma corajosa pelo novo Código Civil brasileiro, o qual instituiu, no parágrafo único de seu artigo 927, uma cláusula geral de reponsabilidade objetiva para atividades de risco.<sup>19</sup> Ao exigir a participação da discricionariedade jurisdicional na ampla tarefa de definir as atividades sujeitas à sua incidência, a aludida norma retirou, a um só tempo, a condição excepcional e o caráter *ex lege*, ainda então atribuídos à responsabilidade objetiva na cultura jurídica brasileira.<sup>20</sup>

Além desta substancial inovação, o Código Civil de 2002 também converteu expressamente em hipóteses de responsabilidade objetiva inúmeras situações antes tidas

---

<sup>15</sup> Sobre a teoria do risco, ver, por todos, José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp. 41-90.

<sup>16</sup> O Código Civil de 1916 tinha a culpa como elemento central da responsabilidade civil, mas admitia, ao menos, uma hipótese de responsabilidade sem culpa, em seu artigo 1.529, relativo à responsabilidade por queda ou lançamento de objetos. O certo, porém, é que só com a consagração doutrinária da teoria do risco e com a crescente simpatia do legislador especial pela responsabilidade objetiva, veio a ser plenamente aceita a leitura objetivista daquele e de outros dispositivos da codificação de 1916.

<sup>17</sup> Para a evolução legislativa da responsabilidade objetiva no direito brasileiro, ver Guilherme Couto de Castro, *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

<sup>18</sup> Como ensina Gustavo Tepedino, *A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 191-216: “Com efeito, os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exarcebados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação (...)”.

<sup>19</sup> “Art. 927 (...) Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

<sup>20</sup> Entre outros, Sergio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 28: “É importante que se tenha em mente, todavia, que a responsabilidade objetiva não afastou a subjetiva. Essa subsiste como regra, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, nos casos e limites previstos em leis especiais.”

como de responsabilidade subjetiva com culpa presumida. É o que se vê, por exemplo, do artigo 933, que declarou independer de culpa a responsabilidade por fato de terceiro,<sup>21</sup> e do artigo 936, que deu caráter objetivo à responsabilidade por fato de animais, ao eliminar a excludente fundada no “cuidado preciso”, a que se referia o dispositivo correspondente da codificação de 1916.<sup>22</sup>

Mesmo no amplo campo ainda reservado à responsabilidade subjetiva, houve alterações sensíveis ao longo do século XX. A noção psicológica da culpa foi definitivamente abandonada em favor de outra, que designa a culpa como a desconformidade em relação a um modelo abstrato de conduta. A consequência mais óbvia desta mudança de orientação foi o distanciamento do conceito jurídico de culpa do campo da moral e a indiferença a fatores psicológicos na sua aferição. Assim, não apenas facilitou-se a prova da culpa – *rectius*: a sua constatação, porque o que se prova é tão-somente a conduta concreta do sujeito –, mas também permitiu-se uma gradação do desvio.<sup>23</sup> Neste sentido, o dogma segundo o qual o grau de culpa é desimportante para o direito civil vem, pouco a pouco, merecendo revisão, inclusive por parte do legislador, como revela o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, em que se lê: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

A aceção normativa da culpa trouxe, todavia, dificuldades outras, inerentes à construção de um modelo abstrato de comportamento. Vive-se, hoje, um momento de crítica crescente a tal mecanismo. Nos ordenamentos de tradição romano-germânica, o *bonus pater familias* vem perdendo legitimidade, diante da constatação de que, na sua elevada generalização, o modelo acaba por refletir, na prática, tão-somente a formação

---

<sup>21</sup> “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.” O art. 932, por sua vez, determina que são “também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”

<sup>22</sup> “Art. 1.527. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado se não provar: I – Que o guardava e vigiava com o cuidado preciso. (...)”

<sup>23</sup> Como ensina Maria Celina Bodin de Moraes: “Diversamente da anterior, esta noção não só permite como impõe que se verifique em que medida, no caso concreto, se conduziu mal o agente ofensor, dando ocasião, assim, à elaboração de um juízo de proporcionalidade entre a conduta e o dano e, portanto, à individualização da sanção.” (*Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211-212).

sócio-cultural do julgador, quase sempre muito diversa daquela do sujeito cujo comportamento se avalia.<sup>24</sup> Nos ordenamentos de *common law*, a mesma espécie de crítica foi dirigida ao *reasonable man*, tendo-se, inclusive, destacado que o próprio termo *man* invoca parâmetros típicos de comportamento masculino, inaplicáveis às mulheres, crítica de que também o *pater familias*, por óbvio, não escaparia.<sup>25</sup>

Daí verificar-se, por toda parte, um fenômeno que se poderia designar como *fragmentação do modelo de conduta*, ou seja, a utilização de parâmetros de conduta específicos e diferenciados para as diversas situações. Ao invés de se recorrer a um genérico e irreal *bonus pater familias* na avaliação da conduta quer de um médico acusado de erro profissional, quer de uma companhia acusada de divulgar balanços adulterados, o que se tende a adotar são parâmetros específicos (*standards*) de conduta para cada qual destas situações, levando-se em conta, no primeiro caso, os procedimentos médicos habituais, a especialidade do profissional, o Código de Ética Médica e as condições do paciente no momento do tratamento, e, no segundo, as normas gerais de contabilidade, as práticas habituais na elaboração de demonstrações financeiras, o grau de controle da auditoria externa e assim por diante. Com isso, a prova da culpa deixa, cada vez mais, de pertencer ao juízo abstrato do magistrado, contando com parâmetros mais específicos e objetivos de aferição.

Nesse novo contexto, resta claro que a prova da culpa perdeu muito de seus tormentos originais, não apenas por força da marcha da responsabilidade objetiva, mas também em virtude das transformações vividas no âmbito da própria responsabilidade por ato ilícito. Facilitada a prova da culpa, verifica-se o considerável aumento do fluxo de ações de indenização a exigir provimento jurisdicional favorável por parte dos tribunais. Corrói-se, por assim dizer, um dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, sendo natural que as atenções se voltem – como, efetivamente, têm-se voltado – para o segundo filtro, qual seja, a demonstração do nexa causal.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Aplica-se aqui a crítica de Luiz Edson Fachin: “Inicialmente se faz necessário compreender como o sistema clássico trata do sujeito, ou seja, das pessoas. O sujeito de direito e as pessoas são captados por uma abstração do mais elevado grau. O sujeito *in concreto*, o homem comum da vida, não integra esta concepção, e o Direito imagina um sujeito *in abstracto* e cria aquilo que a doutrina clássica designou de ‘biografia do sujeito jurídico’.” (*Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 55).

<sup>25</sup> Naomi Cahn, *The Looseness of Legal Language. The Reasonable Woman Standard in Theory and in Practice*, in 77 Cornell Law Review 1398 (1992).

<sup>26</sup> Ao ponto de se ter declarado em acórdão que “o nexa causal é a primeira questão a ser enfrentada na solução de demandas envolvendo responsabilidade civil e sua comprovação exige absoluta segurança quanto



Reabre-se, de fato, por toda parte, o debate doutrinário em torno das teorias da causalidade, envolvendo a teoria da causalidade direta e imediata, a teoria da equivalência das condições, e tantas outras de evolução mais recente.<sup>27</sup> Em que pese a inegável importância deste debate, a jurisprudência brasileira tem se recusado a dar à prova do nexo causal o mesmo tratamento rigoroso e dogmático que, no passado, havia atribuído à prova da culpa. O que se vê, em muitos casos, é que os tribunais, muito pelo contrário, se valem da miríade de teorias exatamente para justificar uma escolha subjetiva, e muitas vezes atécnica, da causa do dano. Com efeito, expressões como “causalidade adequada” e “causalidade eficiente” têm sido empregadas, frequentemente, em procedimentos racionais que refletem o uso de outras teorias, como a subteoria da necessariedade.<sup>28</sup> Em outros casos, tais expressões têm sido usadas mesmo sem refletir qualquer construção teórica, mas tão-somente a eleição, com ampla discricionariedade, da causa que, no entendimento do magistrado, melhor assegura proteção à vítima.

Tome-se, a título de ilustração, o já conhecido caso do escorrega, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em 2001.<sup>29</sup> A controvérsia envolvia um jovem que viajou para Serra Negra, em São Paulo, hospedando-se em um hotel fazenda. Durante a madrugada, após confraternizar com amigos, dirigiu-se à área da piscina, subiu em um escorrega e mergulhou do topo do aparato para dentro da piscina. A piscina, não obstante a presença do escorrega, não era suficientemente profunda para acolher um mergulho daquela altura, tendo o rapaz, por força do salto, chocado a cabeça contra o fundo em um acidente que lhe provocou sérios danos à saúde. Sem prejuízo da consternação que o episódio desperta, um caso assim seria tradicionalmente resolvido com a constatação de que a causa – ao menos a causa direta – dos danos sofridos pela vítima fora a sua própria conduta. O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu, ao contrário, que a responsabilidade

---

ao vínculo entre determinado comportamento e o evento danoso.” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível 2004.001.10228, Rel. Des. Sergio Cavaliere Filho, 4.8.2004).

<sup>27</sup> Para a revisão crítica das diversas teorias de causalidade no direito brasileiro, veja-se Gustavo Tepedino, *Notas sobre o Nexo de Causalidade*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 6, pp. 3-19. É de se conferir, também, Fernando Noronha, *Direito das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2003, pp. 586-611.

<sup>28</sup> “Repita-se, pois, ainda uma vez: a despeito das teorias nominalmente adotadas pelos Tribunais brasileiros, prevalece amplamente a investigação do nexo causal necessário para a definição do dever de reparar. Em termos práticos, chegam a resultados substancialmente idênticos, na jurisprudência brasileira, os fatores da teoria da causalidade adequada e da teoria da interrupção do nexo causal, empenhados em identificar o liame de causalidade necessária entre uma causa remota ou imediata – desde que se trate de causa relativamente independente – e o resultado danoso.” (Gustavo Tepedino, *Notas sobre o Nexo de Causalidade*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 6, p. 10).

<sup>29</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 287.849/SP, 17.4.2001, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr.

pelos danos pertencia integralmente ao hotel e à agência de turismo que o indicara.<sup>30</sup> E o Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão, reduzindo apenas parcialmente a responsabilidade destas sociedades com base na concorrência dos atos da vítima para o resultado danoso.<sup>31</sup>

Observando casos semelhantes na jurisprudência francesa, Camille Potier usou a expressão “presunções clandestinas de causalidade”, justamente para ressaltar que, também lá, os tribunais chegam a presumir o nexo de causalidade à margem de qualquer previsão legislativa que a sustente.<sup>32</sup> Comuníssimo tal expediente nos dramáticos casos de “causalidade anônima”, isto é, situações em que, embora seja possível identificar o grupo de cuja atuação adveio o dano, mostra-se impraticável a determinação precisa do seu causador. Exemplo clássico é o do acidente de caça, em que se pode constatar que a vítima foi atingida por disparo provindo de um grupo de caçadores, mas não se consegue determinar exatamente de que arma partiu o projétil.

Em casos assim, para não deixar a vítima sem reparação, recorre-se, muitas vezes, à “teoria da causalidade alternativa”, que atribui à conduta de todos os envolvidos, em conjunto, a relação de causalidade com o dano gerado. Mencione-se, a título ilustrativo, decisão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que, diante de acidente automobilístico do qual participaram vários veículos sem que dos autos se pudesse extrair qual fora efetivamente o causador do evento, considerou existente a relação de causalidade entre a conduta de *todos* os motoristas e o dano sofrido pela vítima.<sup>33</sup> Como se vê, o que

---

<sup>30</sup> Declarou o Tribunal de Justiça de São Paulo no acórdão recorrido: “Aliás, mesmo que fosse o caso, nem de culpa concorrente poder-se-ia cogitar diante da ausência total de comunicação sobre a profundidade da piscina, que tinha seu acesso livre e apresentava iluminação precária. Tanto há responsabilidade do hotel, que uma criança, brincando pelo local e não sabendo ler, podendo penetrar livremente nas dependências da piscina, não sabendo nadar, caindo dentro d’água, morreria afogada e não se pode olvidar que o infausto acontecimento ocorreu às vésperas do Natal, quando os hotéis ficam lotados”.

<sup>31</sup> Reconheceu o Superior Tribunal de Justiça: “Ocorre que o autor usou do escorregador e ‘deu um salto em direção à piscina’, conforme narrou na inicial, batendo com a cabeça no piso e sofrendo as lesões descritas no laudo. Esse mau uso do equipamento – instalação que em si é perigosa, mas com periculosidade que não excede ao que decorre da sua natureza, legitimamente esperada pelo usuário – concorreu causalmente para o resultado danoso.” (Recurso Especial 287.849/SP, voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, p. 2).

<sup>32</sup> “*D’une façon plus générale les présomptions de causalité, envisagées comme une double exception à la fois au droit commun de la preuve et au mécanisme plus global de la responsabilité civile, ainsi que leur développement plus ou moins clandestin, posent la question de leur insertion dans le domaine de la responsabilité individuelle et des incidences qu’elles peuvent avoir sur des mécanismes traditionnels.*” (Camille Potier, *Les présomptions de causalité*, Paris: Université de Paris I – Pantheon Sorbonne, 1995-1996, p. 7).

<sup>33</sup> “Causalidade alternativa. Mesmo que não se saiba quem foi o autor do dano, se há vários indivíduos que poderiam ser, todos estão obrigados a indenizar solidariamente. Culpa. À vítima, a quem não se pode atribuir qualquer culpa pelo acidente, não se pode exigir que descreva e prove minuciosamente a culpa de cada um

ocorre, em verdade, é uma presunção de causalidade de todos os envolvidos, no propósito de, mesmo diante da incerteza causal, assegurar à vítima indenização.

Semelhante orientação já vinha sendo adotada em outro gênero de casos de responsabilidade anônima, qual seja, o conhecido *effusum et deiectum*, consistente nos acidentes derivados de queda de objetos, sobretudo de condomínios de apartamentos. Muitos autores sustentavam que, nestas hipóteses, tornava-se necessário que a vítima demonstrasse de qual unidade autônoma proveio a coisa. Entretanto, a jurisprudência, atenta ao fato de que esta prova do nexo causal tornava, na prática, impossível a reparação, orientou-se no sentido de, nestes casos, atribuir a causa ao condomínio como um todo.<sup>34</sup> Este entendimento jurisprudencial permanece válido diante do artigo 938 do novo Código Civil, que se limitou a afirmar: “Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.”

A flexibilidade dos tribunais na exigência da prova do nexo causal tem dado margem, na doutrina, a inúmeras novas teorias sobre causalidade flexível, causalidade virtual, causalidade moral e outras teses que vão interferindo na atual concepção do nexo de causalidade.<sup>35</sup> Embora essas teorias certamente não se confundam, corroboram sempre a expansão da margem de discricionariedade do juiz na apreciação da relação de causalidade. Deste modo, à semelhança do que ocorreu com a prova da culpa, a prova do nexo causal parece tendente a sofrer, no seu papel de filtro da responsabilidade civil, uma erosão cada vez mais visível.

Longe de representar uma subversão acéfala da dogmática tradicional, a erosão dos filtros da responsabilidade civil explica-se, em larga medida, por uma sensibilidade crescente dos tribunais à necessidade de assegurar alguma reparação às

---

dos motoristas. Teoria da causalidade alternativa.” (Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Apelação cível nº 195116827, Rel. Rui Portanova, 23.11.1995).

<sup>34</sup> Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Recurso Especial 64.682/RJ, 10.11.1998: “A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados a terceiros” (trecho da ementa). A limitação do ônus da condenação aos ocupantes de unidades que contam com janelas ou sacadas para o local onde ocorre o acidente é matéria que, conforme a decisão, deve ser atribuída à administração do condomínio, não podendo ser oposta à vítima. Confira-se trecho do acórdão recorrido, em que se lê: “Nos grandes edifícios de apartamentos, o morador da ala oposta a de que se deu a queda ou lançamento não pode, decerto, presumir-se responsável pelo dano, mas, data venia, a oneração apenas das unidades da coluna e vista sobre o local do acidente é tarefa interna da Administração Condominial.” A decisão do Superior Tribunal de Justiça manteve inalterada a decisão recorrida também neste particular.

<sup>35</sup> Neste sentido, confira-se, entre outros, Andrea Violante, *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, e Francisco Manuel Pereira Coelho, *Problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1998.

vítimas de um dano. A transferência ou eliminação do peso da prova da culpa e a relativa desimportância da prova do nexo causal diante da sua flexibilização vêm acolhidas na prática jurisprudencial justamente com a finalidade, ideologicamente legítima, de garantir ao ofendido alguma indenização. É evidente que, com isto, não se cancela a importância da culpa e do nexo causal na estrutura elementar da responsabilidade civil, mas tem-se, no âmbito desta mesma estrutura, um gradual deslocamento de foco – que deixa a culpa e o nexo causal em direção ao dano. É sobre este último elemento que as atenções dos tribunais vêm se concentrando, podendo se afirmar que, hoje, o objetivo das cortes, na aplicação da responsabilidade civil, tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule (pela sua culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais o de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação dos prejuízos sofridos pela vítima.<sup>36</sup>

### 3. A coletivização das ações de responsabilidade civil

Esta mesma preocupação guia a segunda tendência que pode ser identificada na responsabilidade civil: *a coletivização das ações de reparação*. O legislador brasileiro tem reconhecidos méritos na matéria: já a Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, instituiu a ação popular, instrumento capaz de assegurar a tutela de interesses supraindividuais, mas cujas potencialidades nunca vieram a ser inteiramente exploradas.<sup>37</sup> A Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, trouxe, por sua vez, a disciplina da ação civil pública, aprimorada por dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), especificamente voltados à tutela coletiva dos interesses dos consumidores, ainda quando tais interesses sejam essencialmente individuais – os conhecidos interesses individuais homogêneos.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Como, de resto, já o previra Stefano Rodotà em seu *Il problema della Responsabilità Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1967.

<sup>37</sup> Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira, *O processo civil brasileiro entre dois mundos*, in Revista Forense, vol. 359, p. 126, e, do mesmo autor, *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano: Giuffrè, 1979, vol. IV, pp. 2.673 e ss.

<sup>38</sup> Interesses individuais homogêneos são, na expressa definição do art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, “os decorrentes de origem comum”. Esclarece Kazuo Watanabe que “origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a origem comum de todos eles.” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 724). Sobre o tema, é de se conferir, também, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

A doutrina, há muito, constata que as ações coletivas não apenas permitem superar a dificuldade de acesso individual à Justiça, mas asseguram a plena compreensão da demanda e uma decisão coerente (porque unitária) para todas as vítimas, poupando esforços e custos desnecessários às partes e ao Poder Público. Tais benefícios são, por óbvio, muito bem-vindos em sociedades em que a afluência ao Judiciário ainda consiste em atitude incomum para a mais elevada parcela da população.<sup>39</sup> Não são dispensáveis, todavia, nem mesmo naquelas sociedades marcadas por uma cultura da ampla defesa judicial dos direitos, como ocorre nos Estados Unidos, cujo modelo bem-sucedido das *class actions* serviu, em larga medida, de inspiração ao legislador brasileiro. A eficiência do instrumento é, aliás, demonstrada pelos seus próprios opositores. É significativo que a atual batalha travada pelo Governo Bush contra o alto custo empresarial representado pelo sistema de *torts* norte-americano tenha tido como alvo da primeira investida justamente as *class actions*.<sup>40</sup>

No Brasil, embora as ações supraindividuais tenham sido disciplinadas há muito, sua utilização efetiva é relativamente recente. Nada obstante, já se colhem, na jurisprudência, orientações de relevo a demonstrar uma tendência crescente à coletivização das ações de reparação. Tome-se como exemplo a decisão do Superior Tribunal de Justiça que considerou legítima a propositura, por procuradoria de assistência judiciária, de ação civil pública visando a indenização por danos materiais e morais às diversas vítimas da explosão de um estabelecimento, que explorava o comércio de fogos de artifício. Reconheceu, na oportunidade, a corte que “no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”.<sup>41</sup>

Em decisões como esta nota-se uma política judiciária favorável ao emprego de instrumentos processuais coletivos. O uso eficiente destes instrumentos, e, em certa

---

<sup>39</sup> Sobre acesso à justiça no Brasil, ver, por todos, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

<sup>40</sup> Em 2005, medida legislativa limitou a competência das cortes estaduais americanas para a apreciação de *class actions*, o que pode, de acordo com o Prof. Arthur R. Miller, da Universidade de Harvard, levar à “balkanization of class-action litigation by encouraging plaintiffs’ lawyers to file smaller suits in different courts, rather than a single large nationwide action.” (in *New York Times*, 11.2.2005, *Senate approves measure to curb big class actions*).

<sup>41</sup> STJ, Recurso Especial 181.580-SP, Rel. Min. Castro Filho, 9.12.2003.

medida, o próprio reconhecimento da sua instrumentalidade, resultam, sob o aspecto eminentemente processual, no mesmo efeito que o fenômeno antes aludido – a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil – produz sob o prisma substancial, qual seja, a eliminação de barreiras ao ressarcimento dos danos. A conseqüência inevitável dessa eliminação (e, em certa medida, o seu propósito) consiste na realização do pior temor dos arautos da responsabilidade civil da Modernidade: a extraordinária ampliação dos danos ressarcíveis.

#### **4. A expansão do dano ressarcível e a necessidade de seleção dos interesses merecedores de tutela: os novos danos e seus “limites”**

*A expansão do dano ressarcível*, terceira tendência que pode ser indicada, é, a rigor, a conseqüência necessária das anteriores. Evidente que, como resultado direto da erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil e da queda de barreiras processuais, um número maior de pretensões indenizatórias vem acolhido pelo Poder Judiciário. À parte essa expansão quantitativa, pode-se identificar, também, uma expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial, passam a ser considerados pelas cortes como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em um novo dano ressarcível.

Basta pensar, a título de ilustração, no dano à privacidade. Em 1980, ainda era inconcebível que uma pessoa recorresse aos tribunais brasileiros alegando ter sofrido dano à privacidade, como modalidade autônoma e específica de prejuízo indenizável.<sup>42</sup> Hoje, ao contrário, a privacidade é amplamente reconhecida como um interesse merecedor de tutela, e as cortes têm se mostrado prontas para remediar qualquer lesão que se lhe apresente, como evidenciam, por exemplo, os casos de responsabilidade civil por revista ou video-vigilância não autorizada em ambiente de trabalho.<sup>43</sup>

A privacidade é apenas um exemplo. A Constituição de 1988, ao erigir a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, assegurou proteção a todos os interesses existenciais que componham tal noção.<sup>44</sup> Em consonância com esse

---

<sup>42</sup> Para a evolução do tratamento da privacidade no direito brasileiro, ver Danilo Doneda, *Do direito à privacidade à proteção de dados pessoais*, Rio de Janeiro: Renovar (no prelo).

<sup>43</sup> Sobre o tema, imprescindível a leitura de Bruno Lewicki, *A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>44</sup> Renunciando a uma proteção casuística, como revela o Prof. Gustavo Tepedino, *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional*, in *Temas de Direito Civil*, cit., p. 37: “A rigor, as previsões

entendimento, doutrina e tribunais já consideravam, mesmo à margem de previsão normativa específica, como dano juridicamente relevante lesões a interesses vários que, não há muito, eram situados no terreno das fatalidades, dos azares ou dos ônus normais da vida em sociedade. De fato, além do dano à privacidade, já são plenamente reconhecidos, no Brasil, o dano à imagem, o dano estético, e o dano à integridade psico-física.<sup>45</sup>

A estas figuras mais comuns vêm se somando outras, de surgimento mais recente e de classificação ainda um tanto assistemática, mas que já vão ganhando espaço nas cortes pátrias, sob maior ou menor influência estrangeira. Fala-se hoje em dano à vida sexual, dano por nascimento indesejado, dano à identidade pessoal, dano hedonístico, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de férias arruinadas, dano de brincadeiras cruéis e assim por diante.

Esta avalanche de novas espécies de dano, se, por um lado, revela a maior sensibilidade dos tribunais à tutela de aspectos existenciais da personalidade, por outro, faz nascer, em toda parte, um certo temor, antecipado por Stefano Rodotà, de que “a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência”.<sup>46</sup> Tal temor é relevante, sobretudo diante de casos em que se tem lesão a um interesse cujo merecimento de tutela revela-se discutível, mesmo sob a ótica da dignidade humana. Vejam-se, a título de ilustração, algumas decisões polêmicas proferidas ao redor do mundo.

Na Itália, em 27 de novembro de 2000, dois sujeitos que haviam sido presos em flagrante ao tentar furtar uma moto foram condenados pelo Tribunal de Milão, em âmbito cível, não apenas à reparação dos danos patrimoniais causados, mas também à reparação do “dano moral afetivo”, decorrente, nos termos do julgado, do fato de existir um intenso vínculo afetivo entre a vítima e o objeto, já que a moto era nova e havia sido adquirida com o primeiro salário do seu proprietário.<sup>47</sup> Criticamente batizada de “dano de

---

constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações. Com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, torna-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular.”

<sup>45</sup> Ver, entre outras, as decisões do Superior Tribunal de Justiça no âmbito dos Recursos Especiais 182.977/PR, 207.165/SP, 595.338/RJ, 327.210/MG, 401.124/BA e 449.000/PE.

<sup>46</sup> Stefano Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 23.

<sup>47</sup> Tribunal de Milão, 27.11.2000. A decisão foi trazida a debate por Tommaso Arrigo no 4º volume de célebre publicação italiana de direito comparado, coordenada por Maurizio Lupoi, *L'Alambicco del Comparatista – Dalla disgrazia al danno*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 11-13.

moto nova”, a nova espécie de dano converteu-se, na ótica comparatista, em advertência aos limites da ressarcibilidade do dano no sistema italiano.

Na França, ganhou ampla repercussão o chamado *Affaire Perruche*, no âmbito do qual a *Cour de Cassation* reconheceu o direito de um adolsecente ser indenizado pelos danos decorrentes de seu nascimento, já que gravemente deficiente em razão de rubéola não detectada durante a gravidez, quando sua genitora havia expressamente declarado, em contratos celebrados com seu médico e com o laboratório responsável, o desejo de interromper a gestação caso o diagnóstico de rubéola fosse confirmado.<sup>48</sup> A suspeita de que, no entendimento da referida corte, o nascimento de uma criança excepcional pudesse ser considerado como dano ressarcível gerou infindáveis polêmicas, que culminaram com a adoção de medida legislativa específica no ordenamento francês.<sup>49</sup>

Na Alemanha, tornou-se célebre o antigo caso de um professor de direito eclesiástico, que obteve reparação por “dano à sua identidade pessoal”, após ter visto se lhe atribuir, no curso de uma série de artigos jornalísticos, uma posição científica que jamais adotara: a de convencido entusiasmo em relação à eficácia afrodisíaca da raiz de ginseng.<sup>50</sup> Polêmica mais atual resultou do julgamento que considerou como dano à integridade física a negligente destruição de líquido seminal em um banco de sêmen, ressaltando a corte a possibilidade de extensão do conceito de corpo para abranger também partes dele destacadas.<sup>51</sup>

Nos Estados Unidos, uma cadeia de restaurantes foi condenada por uma corte da Georgia a indenizar os 1.321 destinatários pelo dano derivado do recebimento de

---

<sup>48</sup> *Cour de Cassation*, 17.11.2000. Para discussões adicionais, veja-se Janine Chanteur, *Condamnés à mort ou condamnés à vivre ? Autour de l'arrêt Perruche*, Paris: Editions Fata Morgana, 2002. O *Affaire Perruche* é enfrentado, em seus mais tormentosos aspectos, pela Professora Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, cit., p. 134.

<sup>49</sup> A Lei 2002-303, de 4.3.2002, determinou, em seu artigo 1º: “Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.”

<sup>50</sup> BGH, 19.9.1961, NJW, 1961, 2059. A decisão é comentada por Paolo Cendon, *Trattato Breve dei Nuovi Danni*, vol. I, Milão: Cedam, 2001, pp. 53-54.

<sup>51</sup> BGH 9.11.1993, NJW, 1994, 128. Ver, também aqui, as anotações de Paolo Cendon, *Trattato Breve dei Nuovi Danni*, vol. I, Milão: Cedam, 2001, pp. 53-54.



fax publicitário não solicitado, em um total de US\$ 11,889,000.<sup>52</sup> Também nos Estados Unidos, em Ohio, o treinador de um time juvenil de baseball, após perder todas as partidas da temporada, foi processado pelo pai de um dos jogadores, por “danos emocionais decorrentes do fracasso esportivo”. O pai alegava que o seu filho e toda a família haviam sofrido grave trauma com as derrotas.<sup>53</sup>

No Brasil, acentuada controvérsia recai sobre as inúmeras decisões que impõem indenização por danos decorrentes de rompimento de noivado, muitas vezes invocando, em perigosa associação com a lógica contratual, a ruptura de uma promessa unilateral como fonte do dever de indenizar.<sup>54</sup> Mais recentemente, também ganhou alguma repercussão o pedido de indenização formulado por adolescente barrada na entrada de um baile de gala, por estar vestindo traje inadequado à ocasião. A demanda foi severamente rejeitada pelo juiz, que mostrou estupefação com o fato de que, diante de uma realidade social tão castigada, alguém viesse exigir a manifestação do Poder Judiciário para “um conflito surgido em decorrência de um vestido”.<sup>55</sup>

Independentemente do acerto ou desacerto das diversas decisões mencionadas, resta evidente a proliferação do que se tem chamado de *novos danos*. Verdade que, em alguns destes novos danos, o que se tem é simplesmente uma nova situação lesiva; em grande parte, contudo, o que se vê são realmente novos interesses cujo merecimento de tutela vem submetido ao Poder Judiciário. A abertura dos tribunais a estes novos interesses, se, de um lado, traz efetivamente a possibilidade de demandas pouco sérias, fundadas em meros aborrecimentos ou frustrações, de outro, tem acionado mecanismos de reação não raro equivocados, como o inconstitucionalíssimo Projeto de Lei

---

<sup>52</sup> Nicholson vs. Hooters of Augusta Inc., Superior Court of Richmond County, State of Augusta, Civil Action File No. 95-RCCV-616, 25.4.2001.

<sup>53</sup> Confira-se apanhado de decisões semelhantes em curiosa matéria jornalística intitulada *Sue the coach*, in *Sports Illustrated*, 6.11.2002, disponível em [www.cnn.com](http://www.cnn.com).

<sup>54</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 81.499-4/3-00, 24.9.1998. No acórdão, registrou-se: “Evidenciada a condição, a promessa do casamento, a indenização é devida, isso porque a promessa se revestiu de atos idôneos para o fim prometido. (...) a ruptura imotivada da promessa de casamento pode autorizar uma indenização, isso pela suspeita que pesará sobre a pessoa abandonada, sendo cabível, assim sendo, a indenização pelo dano moral.”

<sup>55</sup> Na íntegra: “No Brasil, morre por subnutrição uma criança a cada dois minutos, mais ou menos. A população de nosso planeta já ultrapassou seis bilhões de pessoas e um terço deste contingente passa fome, diariamente. A miséria se alastra, os problemas sociais são gigantescos e causam a criminalidade e a violência generalizada. Vivemos em um mundo de exclusão, no qual a brutalidade supera com larga margem os valores humanos. O Poder Judiciário é incapaz de proporcionar um mínimo de justiça social e de paz à sociedade. E agora tenho de julgar um conflito surgido em decorrência de um vestido! Que valor humano importante é este, capaz de gerar uma demanda jurídica?” (Comarca de Tubarão, Ação Ordinária 075.99.009820-0, 11.7.2002, publicada no *site Consultor Jurídico*, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)).

150/1999, cujo propósito expresso era impor limites quantitativos às indenizações por dano não patrimonial.<sup>56</sup>

Na mesma esteira, o recorrente argumento da “indústria do dano moral”, embora acene a um futuro possível na ausência de reflexão sobre a ampliação da ressarcibilidade, adquire, no Brasil, verdadeira conotação *ad terrorem*, uma vez que o *quantum* das indenizações por dano não patrimonial, em nossa prática judicial, ainda é relativamente reduzido em face da quantidade e gravidade dos abusos perpetrados, sobretudo em relações caracterizadas pela vulnerabilidade de uma das partes (consumidor, aderente, etc.) e pelo caráter repetitivo da conduta lesiva.<sup>57</sup>

A discussão, portanto, não deve ser de limites, mas de função. O que parece essencial, em outras palavras, não é refletir sobre tetos indenizatórios ou áreas imunes à responsabilidade civil, mas sobre critérios que permitam a seleção dos interesses tutelados pela responsabilidade civil à luz dos valores constitucionais. A tarefa de selecionar os interesses dignos de tutela, embora relevantíssima, permanece, hoje, exclusivamente a cargo do magistrado, que opera, à falta de subsídios da doutrina, uma seleção *in concreto*, muitas vezes sem referência a qualquer dado normativo, solução esta que, além de desconfortável em sistemas romano-germânicos, implica em inevitável incoerência e insegurança no tratamento dos jurisdicionados, trazendo o risco, mais grave e cruel, de soluções que impliquem a restrição ou negação de tutela à pessoa humana.

Urge, em vista disso, a elaboração de critérios de seleção dos interesses merecedores de tutela reparatória, em consonância com os valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Tal seleção mostra-se imprescindível para evitar que interesses não-patrimoniais, mesmo os mais insignificantes, venham a ser associados à dignidade da pessoa humana com intuítos exclusivamente indenizatórios e, portanto, patrimoniais, o que representaria a verdadeira inversão da axiologia constitucional e traria, em última análise, o risco de sua negação.

---

<sup>56</sup> Em um absurdo retorno ao tabelamento das indenizações, o Projeto 150/1999, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, dividia o dano moral em leve, médio e grave, estipulando tetos máximos de indenização em 20 mil, 90 mil e 180 mil reais, respectivamente. Para maiores detalhes, confira-se a matéria *Senado quer tabelar valor do dano moral*, in Folha de São Paulo, 16.6.2002.

<sup>57</sup> Sobre a quantificação do dano moral, ver Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, *Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Seja concedido remeter, também, a Anderson Schreiber, *Arbitramento do Dano Moral no Novo Código Civil*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 12, Rio de Janeiro: Padua, pp. 3-24.

## 5. A despatrimonialização não já do dano, mas da reparação.

O temor de que a imensa amplitude dos interesses não-patrimoniais seja utilizada de maneira frívola para obter indenizações pelos acontecimentos mais banais da vida social – como, de fato, já se vislumbra em certos ordenamentos estrangeiros – deriva do fato evidente de que estendemos a função de um instituto historicamente patrimonial, como é a responsabilidade civil, para abranger também a tutela de interesses não-patrimoniais. E o fizemos sem qualquer modificação substancial na estrutura deste instituto. Assim, a consequência de uma lesão a interesse não-patrimonial resulta da parte do ordenamento jurídico em uma resposta estritamente patrimonial: o dever de indenizar, dando margem aos perigos da inversão axiológica antes mencionada.

Em atenção a esta dificuldade, vem se consubstanciando uma quarta tendência na responsabilidade civil brasileira: a *despatrimonialização, não já do dano, mas da reparação*.

As infundáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelam a flagrante contradição de que a cultura jurídica brasileira, como ocorre na maior parte do mundo, reconhece a natureza extrapatrimonial do dano, mas insiste em repará-lo de forma exclusivamente patrimonial, por meio de indenizações em dinheiro. Diante dos tormentos da quantificação e da inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, a doutrina e os tribunais vêm despertando para a necessidade de buscar meios não-pecuniários que, sem substituir a compensação em dinheiro, associem-se a ela no sentido de efetivamente reparar ou aplacar o prejuízo moral.

Neste sentido, as cortes brasileiras já têm se valido amplamente do instrumento da retratação pública, contemplado pela Lei de Imprensa (Lei 5.250, de 9.2.1967).<sup>58</sup> Além de escapar ao contraditório binômio lesão existencial-reparação pecuniária, a retratação pública pode ser extremamente eficaz em seus efeitos de

---

<sup>58</sup> Confira-se, entre outros dispositivos da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), o artigo 75, em que se lê: “A publicação da sentença cível ou criminal, transitada em julgado, na íntegra, será decretada pela autoridade competente, a pedido da parte prejudicada, em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada.” Para a aplicação do remédio, confira-se, entre outros, TJRJ, Apelação Cível 1998.001.00315, Rel. Des. Jeanecy T. de Souza, 17.5.1998.

desestímulo à conduta praticada (a festejada *deterrence*), sem a necessidade de se atribuir à vítima somas pecuniárias para cujo recebimento ela não possui qualquer título lógico ou jurídico.<sup>59</sup> A maior parte das cortes, todavia, se recusa a aplicar a retratação pública fora do âmbito de relações regidas pela Lei de Imprensa.<sup>60</sup> Afiguram-se, por isso mesmo, corajosas as decisões que rompem o dogma da patrimonialidade da reparação, aplicando o remédio também a relações que não envolvam entidade jornalística, como fez o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao impor o dever de retratação pública para decidir litígio referente à interceptação e revista violenta da bolsa de uma cliente em saída de estabelecimento comercial.<sup>61</sup>

Mesmo em matéria de dano patrimonial, a análise da jurisprudência brasileira mais avançada revela uma tendencial preferência dos tribunais por soluções – embora patrimoniais – não pecuniárias. Assim é que, inspiradas pela consagração expressa da execução específica das obrigações em inúmeros dispositivos do novo Código Civil (e.g., arts. 249, 251 e 463), as cortes pátrias têm privilegiado, sempre que possível, a solução *in natura*, em desfavor da conversão da obrigação em perdas e danos.

Cumprido notar, aqui, que se é verdade que o Código Civil reserva ao credor, em caso de inadimplemento, duas vias – a da execução específica da obrigação, de um lado, e, de outro, a da indenização por perdas e danos –, certo é que não se autoriza ao credor escolher arbitrariamente entre elas. Necessário se faz submeter tal escolha a um exame de merecimento de tutela à luz dos valores do ordenamento civil-constitucional, verificando se, objetivamente, a escolha conforma-se ao critério da utilidade da prestação,

---

<sup>59</sup> Ao contrário do que ocorre nos chamados *punitive damages*. Sobre tal tema, imprescindível a leitura de Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>60</sup> Confira-se, entre outras decisões, TJRS, Apelação Cível 70001877323, Rel. Des. Luiz Lúcio Merg, 4.10.2001, em cuja ementa se registrou: “Descabimento do pedido de retratação pública, prevista na Lei de Imprensa, não sendo a ação movida contra jornalista ou órgão de imprensa.”

<sup>61</sup> TJRJ, Apelação Cível 2004.001.08323, Rel. Des. Gilberto Dutra Moreira, 18.5.2004. A ementa do acórdão registrou expressamente: “Apelação Cível. Ação ordinária de indenização por danos morais, movida pela autora, em decorrência de sua interceptação e revista de sua bolsa após a saída da loja, que agiu de forma violenta, postulando indenização por danos morais equivalente a 300 salários mínimos, além de retratação pública e dos ônus sucumbenciais. Contestação impugnando a violência, mas reconhecendo o fato. Sentença que julgou procedente, em parte, o pedido e condenou a ré a pagar à autora R\$ 7.000,00 (sete mil reais) e a publicar em jornal de circulação, nota de reconhecimento da abordagem injusta, rateando as custas e compensando os honorários advocatícios, em face da sucumbência recíproca, observada a gratuidade de justiça concedida à autora. Apelação da ré buscando a improcedência do pedido, ressaltando aspectos dos depoimentos das testemunhas. Abordagem das autoras por segurança da ré. Fato confessado. Danos morais caracterizados. Verba indenizatória adequadamente arbitrada. Desprovimento dos recursos”.

consagrado no artigo 395, parágrafo único, do Código Civil.<sup>62</sup> Em caso negativo, a conversão em perdas e danos pode ser rejeitada, por representar mesmo exercício abusivo de um direito, em contrariedade à sua finalidade social e econômica (art. 187 do Código Civil).<sup>63</sup>

Vê-se, de tudo isso, um certo ocaso da antiga convicção segundo a qual a responsabilidade civil resulta sempre em uma indenização em dinheiro. A gradual abertura das cortes a outros remédios que se somem à indenização pecuniária do dano não patrimonial, como a retratação pública, vai caracterizando o interesse da responsabilidade civil por meios despatrimonializados de reparação. E mesmo no campo necessariamente patrimonial, outros meios de tutela, como a execução específica das obrigações, vão sendo privilegiados, podendo-se falar, de forma geral, se não de *despatrimonialização*, de uma *despeculiarização* ou *desmonetarização* da reparação dos danos.

## **6. A perda de exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de danos**

A revisão crítica da estrutura e da função da responsabilidade civil, provocada pela expansão do dano ressarcível e pelos outros fenômenos antes aludidos, não trouxe para a ordem do dia apenas questionamentos acerca da melhor forma de reparar o dano (indenização pecuniária ou outros meios), mas também o dilema sobre se repará-lo é efetivamente a melhor solução.

Não se trata de tomar em consideração propostas que, fundadas exclusivamente em critérios de eficiência econômica, seduziam, até pouco tempo, parte da comunidade jurídica internacional com a simplicidade da fórmula de “se deixar o dano onde caiu” (*the loss lies where it falls*).<sup>64</sup> Tais propostas, que, desvinculadas de qualquer concepção de justiça social, chegavam a adquirir, na realidade social brasileira, feição verdadeiramente selvagem, foram rejeitadas pela própria análise econômica do direito, a

---

<sup>62</sup> “Art. 395 (...) Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.

<sup>63</sup> “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

<sup>64</sup> Confira-se sobre o referido princípio, Patrick Atiyah, *Accidents, Compensation and the Law*, London: Weidenfeld and Nicholson, 1975, pp. 51 e ss. Ver, também, Andreas Heldrich, *Compensating Non-Economic losses in the Affluent Society*, em *American Journal of Comparative Law*, 18, 1970, pp. 25 e ss.

qual, hoje reconhece que, sob o discurso do custo social da reparação, esconde-se o menos evidente, mas igualmente impactante, custo social da não-reparação.<sup>65</sup>

O que se pretende aqui ressaltar é, na verdade, o crescente reconhecimento pela ordem jurídica de outros instrumentos, diversos da responsabilidade civil, que podem ser opostos aos danos injustos. Neste sentido, fala-se hoje, por exemplo, em *prevenção* e *precaução* de danos, ressaltando-se a importância da eliminação prévia dos riscos de lesão, por meio de normas específicas, de natureza administrativa e regulatória, que imponham tal dever aos agentes econômicos de maior potencial lesivo, sob uma fiscalização eficiente por parte do Poder Público.<sup>66</sup> Inserem-se, nesta linha, a atuação disciplinar das agências reguladoras e dos órgãos fiscalizadores, como o CADE e o Banco Central.

De outro lado, discute-se, sobretudo na esteira de influências estrangeiras, a instituição de mecanismos mais intensos de *seguridade social*, e de *seguros privados obrigatórios*, capazes de garantir às vítimas de determinados danos reparação pelos seus prejuízos sem a necessidade e as vicissitudes do recurso à responsabilidade civil.<sup>67</sup> Embora em alguns países – de realidade social claramente diversa da nossa –, como a Nova Zelândia e a Suécia, se tenha chegado mesmo a substituir amplamente a responsabilidade civil por um sistema de seguridade social, a idéia restringe-se, na maior parte do mundo, a mecanismos que poderiam funcionar paralelamente (e não substitutivamente) às ações de reparação. Hoje, tem-se como certo que tais mecanismos devem centrar-se menos sobre o Poder Público, e mais sobre a sociedade civil, onerando em particular os agentes econômicos potencialmente causadores do dano.<sup>68</sup> Nesta acepção, a experiência não é

---

<sup>65</sup> Sobre o tema, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, *La responsabilità civile – Strutture e funzioni*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, pp. 107-151. Confira-se, também, Thomas C. Galligan, *The Tragedy in Torts*, 5 Cornell J. L. & Pub. 139.

<sup>66</sup> Cumpre notar que parte da doutrina distingue a precaução da prevenção com base no caráter atual ou potencial do risco: “*En el caso de la prevención, la peligrosidad de la cosa o actividad ya es bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Un ejemplo típico de prevención está dado por las medidas dirigidas a evitar o reducir los perjuicios causados por automotores. En cambio, el caso de la precaución, la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar una respuesta acabada al respecto. Dicho de otro modo, la prevención nos coloca ante un riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial.*” (Roberto Andorno, *El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica*, Diario La Ley, Buenos Aires, jul. 2002, pp. 1 e ss.).

<sup>67</sup> A referência obrigatória, aqui, é a Patrick Atiyah, *The Damages Lottery*, Oxford: Hart Publishing, 1997, em que o autor aponta as falhas da responsabilidade civil como sistema e sugere sua substituição por instrumentos securitários.

<sup>68</sup> Para uma visão crítica da instigante experiência sueca, ver Alessandro Simoni, *Una macchina risarcitoria – Regole, attori, problemi nel modello svedese di riparazione del danno alla persona*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo alcançado algum grau de sucesso no que tange ao seguro relativo a acidentes de trabalho.

A elaboração de soluções que, como o seguro privado obrigatório, se centrem sobre a capacidade contributiva dos agentes econômicos potencialmente responsáveis pelos danos, seria extremamente útil na conjuntura brasileira, em que, como já ressaltado, a face mais dramática da responsabilidade civil consiste não nos pedidos de reparação indeferidos, mas na imensidade de danos que permanecem sem reparação por falta de acesso ao Poder Judiciário. Antes: a medida vem vivamente recomendada pelo princípio constitucional da solidariedade social, como forma mais global e, portanto, mais justa para a distribuição dos riscos sociais, podendo assumir, aí sim, perfil mais eficiente sob o ponto de vista estritamente econômico.<sup>69</sup>

Embora não se possa desprezar os obstáculos à implementação de instrumentos estranhos à nossa cultura, tampouco se pode deixar de reconhecer que a maior parte dos problemas vividos hoje na responsabilidade civil deriva justamente do fato de que o instituto vem sendo utilizado para desempenhar funções que lhe são, conceitualmente, estranhas.<sup>70</sup> Sobretudo em países como o Brasil, a insuficiência do Estado em seu papel – reiteradamente ignorado – de distribuição de riquezas e assistência social interfere, subrepticamente, no deslinde das ações de responsabilização, tendendo o magistrado a identificar ou eleger, ainda que por caminhos pouco técnicos, um sujeito responsável, capaz de assegurar reparação ao dano sofrido, mesmo que casualmente, pela vítima. Tal atitude jurisprudencial, legítima em seus fins, acaba ameaçada pelo emprego de um instrumental dogmático que a tais objetivos tradicionalmente não se destina, embora o direito positivo não ofereça outro.

Cumprido, por estas razões, não apenas promover, no âmbito da responsabilidade civil, as alterações estruturais necessárias ao adequado desempenho de suas novas funções – como a tutela de interesses não patrimoniais –, mas, igualmente, cogitar de outros instrumentos que possam somar-se ao instituto com o propósito de promover a mais ampla e justa proteção contra os danos, desempenhando aquelas tarefas

---

<sup>69</sup> Por todos, Guido Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano: Giuffrè, 1975, pp. 401 e ss.

<sup>70</sup> A afirmação é de Stefano Rodotà em conferência realizada em 2003, no auditório da Procuradoria do Município do Rio de Janeiro.

que, de forma procustiana, lhe vêm, hoje, atribuídas. Vale aqui a singela proposta de Hannah Arendt: “trata-se apenas de refletir sobre o que estamos fazendo”.<sup>71</sup>

**Anderson Schreiber**

Professor de Direito Civil da PUC-Rio.  
Doutor em Direito Privado Comparado pela  
*Università degli studi del Molise*, Itália.  
Mestre em Direito Civil pela UERJ.  
Advogado.

---

<sup>71</sup> Hannah Arendt, *A condição humana*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.13.