

A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA COMO REGRA GERAL DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

FLÁVIO TARTUCE.

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar, determinada pessoa, de observar um preceito normativo que regula a vida. Segundo MARIA HELENA DINIZ, a responsabilidade civil está relacionado com “*a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva) ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)*”.¹

Na realidade, o conceito de responsabilidade sempre esteve relacionado à lesão do direito, segundo ensinava há muito tempo o clássico SAN TIAGO DANTAS

“Quando é que existe lesão do direito? Existe em todas as vezes em que, o direito de alguém é frustrado pela circunstância de não ser cumprido o dever jurídico que a ele correspondia.

.....

Esta noção de lesão do direito, é fundamental para compreender-se bem o tema que se passará a estudar, o tema da defesa dos direitos.

¹ *Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume VII. Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 12ª Edição, 1998, p. 34.*

Sempre que se verifica uma lesão do direito, isto é, sempre que se infringe um dever jurídico correspondente a um direito, qual é a primeira consequência que daí advém?

Já se sabe: nasce a responsabilidade.” (Programa de Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 376).

Nesse contexto, tem-se, inicialmente, a responsabilidade civil contratual, situada no âmbito da inexecução obrigacional e com o dever de cumprir com o pactuado. Regra já prevista no direito romano, a força obrigatória dos contrato traz princípio pelo qual as cláusulas contratuais devem ser respeitadas, sob pena de responsabilidade daquele que as descumprir, por dolo ou culpa. O contrato faz, em regra, lei entre as partes, podendo o seu inadimplemento gerar perdas e danos. O fundamento principal desta regra, na atual lei codificada brasileira, está nos artigos 389 a 391 do novo Código Civil.

Paralela à responsabilidade obrigacional está a responsabilidade civil extracontratual – denominada “*aquiliana*” pelos romanos diante da “*lex aquilia de damno*”, conceito que resiste -, oriunda do desrespeito ao direito alheio e às normas que regem a conduta. Representando tal responsabilidade qualquer inobservância de regra legal, tem previsão nos artigos 186 e 927, “*caput*”, do novo Código Civil.

Pela doutrina clássica francesa e pela tradução do art. 1.382 do Código Napoleônico, os elementos tradicionais da responsabilidade civil são a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (englobando o dolo e a culpa “*stricto sensu*”), o nexo de causalidade e o dano causado.²

² “*Tout fait quelconque de l’homme, Qui cause à autrui un dommage, oblige celui par faute duquel il est arrivé, a le réparer*”

Seguindo essa concepção, nosso direito civil consagra como regra geral a responsabilidade com culpa, tida como responsabilidade civil subjetiva. Ao nosso ver essa era a regra geral anterior, totalmente mantida pela Lei nº 10.406, de 2002.

Afastando tal regra como preceito máximo, o direito comparado - principalmente o direito francês, precursor da maior parte das idéias socializantes -, passou a admitir uma outra modalidade de responsabilidade civil, aquela sem culpa. Dos estudos de SALEILLES e JOSSERAND, pela aplicação da teoria do risco³, surgem, no ano de 1897, as primeiras publicações sobre a responsabilidade civil objetiva.

O “*estrondo*” capitalista sentido na Europa com a *segunda revolução industrial*, precursora de um novo modelo produtivo, trouxe conseqüências jurídicas importantes: pela teoria do risco iniciaram-se os debates para responsabilização daqueles que fornecem atividades à coletividade. Verificou-se, a par dessa industrialização, uma maior atividade estatal, bem como a exploração econômica na sociedade massificada, o que justificaria a aplicação daquela teoria emergente.

Mesmo com resistências na própria França, a teoria da responsabilidade sem culpa vingou no direito comparado, atingindo também a legislação do nosso País. O art. 15 do Código Civil de 1.916 representa a primeira tentativa “*moderna*” em consagrar a nova regra, trazendo a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos de seus agentes. Emerge, portanto, a “*responsabilidade civil por ato de outrem*”, conceito ligado à responsabilidade sem culpa.

Importante lembrar que, em complemento a tal dispositivo civil, a Norma Fundamental de 1988, em seu art. 37, §6º, reforça a responsabilidade civil objetiva do Estado, regra geral no nosso ordenamento jurídico, aplicada aos entes públicos.

³ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA aponta que entre os franceses a conscientização da teoria do risco deu-se porque não mais se acreditava quanto a efetividade da teoria da culpa, insuficiente pelas mudanças sociais sentidas no começo do século na Europa. (*Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 4ª Edição, 1993, p. 19)

Interessante perceber, nesse contexto, que o Poder Público foi o primeiro ente atingido pela responsabilidade sem culpa, pela amplitude de sua atuação frente aos cidadãos, o que passou a criar riscos de eventuais prejuízos.

Tal possibilidade sepulta de vez o conceito do “*Estado Mal*” da Idade Média, aquele que punia o mal pagador de impostos, justamente pela sobreposição de um novo conceito de Estado soberano; o “*Estado Provedor*”, muitas vezes intervencionista, reproduzido após as interferências intelectuais e filosóficas da revolução francesa e da independência norte-americana.

No direito comparado, com a massificação dos contratos e o surgimento da “*mass consumption society*”, a teoria do risco mergulhou no âmbito privado, pela previsão da responsabilidade civil objetiva dos prestadores e fornecedores, por danos causados aos consumidores vulneráveis.

Passou-se a admitir, também, ao lado do dever de indenizar independente de culpa, a tutela coletiva dos prejudicados e a prevenção de danos ao meio social. Sente-se uma nova revolução das relações privadas, com o surgimento de tendências socializantes, abraçadas aos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos.

Em nosso País, o aperfeiçoamento destes direitos sociais dá-se após o “*milagre brasileiro*” dos anos 70, com a massificação das atividades privadas e o incremento do movimento consumerista. Em 1985, surge a Lei 7.347, que possibilita a defesa coletiva, intentada por órgãos legitimados, como o Ministério Público. Logo após, a Constituição de 1988 trouxe em seu bojo todas as tendências socializantes, como a defesa dos consumidores como norma principiológica (artigo 5º, XXXII), a reparação de danos imateriais ou morais (artigo 5º, V e X), o conceito de função social da propriedade (artigo 5º, XXII e XXIII), a proteção do “*bem ambiental*” (artigo 225), a proteção da dignidade da pessoa humana como preceito fundamental (artigo 1º, III), a solidariedade social como preceito máximo de justiça (art. 3º I) e a isonomia ou igualdade “*lato sensu*” (art. 5º, “*caput*”).

Mais tarde, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor consagra a responsabilidade sem culpa como princípio inerente à defesa dos vulneráveis desse relação negocial. Com tal previsão, pode-se concluir que houve a consagração da responsabilidade sem culpa também nas relações privadas. Ao lado do movimento consumerista, surgiu no direito comparado a tendência de proteção do *bem ambiental*, tendo como fiel escudeira a responsabilidade sem culpa dos causadores de danos ambientais. A previsão legal de responsabilidade civil objetiva por danos ao meio ambiente é anterior à própria Lei Consumerista, pela regra sintomática do art. 14, §1º, da Lei 6.938, de 1.981.⁴

Diante dessa nova realidade, a nova codificação não poderia cometer o grave equívoco de não regular a responsabilidade independentemente de culpa, sendo certo que o art. 927, parágrafo único, passou a prever em sentido amplo a responsabilidade independentemente de culpa (objetiva) 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*”.

Dúvidas pairam no ar em relação ao *risco da atividade* constante no comando acima visualizado, defendendo alguns autores, diante da nova codificação, a possibilidade de doutrina e jurisprudência trazerem casos de responsabilidade objetiva, tese com a qual concordamos. Isso porque que o dispositivo prevê que a responsabilidade objetiva pode estar presente em outros casos, além dos previstos em lei, já que é utilizada a conjunção adversativa “*ou*”.

Nesse sentido, cabe transcrever a interpretação dada ao dispositivo pelo corpo de juristas integrantes do grupo de trabalhos da “*I Jornada de Direito Civil*”, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, a quem coube interpretar e enunciar sobre tal artigo:

⁴ *Mais tarde, os ambientalistas encontraram reforço legal na lei da ação civil pública, e também na Constituição Federal que traz a proteção ao ambiente como norma fundamental, sem prejuízos de outras legislações ordinárias que previam a imputação penal por crimes contra o ambiente natural e artificial.*

*“Enunciado nº 38 – Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.*⁵

Sob outro prisma, lembramos que outros dispositivos trazem hipóteses de responsabilidade objetiva na nova codificação, de forma explícita ou implicitamente, inclusive pela comum interpretação doutrinária e jurisprudencial que se tem dado há tempos a tais hipóteses, pela própria aplicação da teoria do risco.

- a) O artigo 43 do novo Código Civil, que equívale ao já citado artigo 15 do Código de 1916, traz, de maneira implícita, a responsabilidade objetiva dos entes públicos por atos de seus agentes, em reforço ao que já prevê a Constituição Federal de 1988 (art. 37, §6º).
- b) O artigo 931 do novo Código Civil prevê a responsabilidade objetiva das empresas que fornecem produtos ao mercado de consumo. Tal dispositivo não revogou o que prevê a Lei nº 8.078/90, em seus artigos 12, 17, 18 e 19; sendo certo que somente foi mantido tal comando na nova codificação porque quando da sua elaboração o Código de Defesa do Consumidor ainda não existia em nosso ordenamento jurídico.⁶
- c) O artigo 932 traz as hipóteses, na esfera privada, de responsabilidade civil objetiva por atos de outrem, mesmas situações antes previstas pelo artigo 1.521 do Código de 1916. Inovação importante é que o artigo 933 do novo Código prevê agora que tais casos não são mais de responsabilidade subjetiva por culpa presumida (*“culpa in vigilando”* e *“culpa in eligendo”*), mas de responsabilidade independentemente de culpa. Tal

⁵ Enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002.

⁶ Sobre o art. 931 do nCC, interessante verificar o bate-boca, constante dessa mesma seção do site.

orientação, na verdade, vai de encontro com a evolução doutrinária e jurisprudencial que se teve quanto ao tema, apontada inclusive RUI STOCO, citando CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

*“No resumo desse excepcional autor, ‘a responsabilidade indireta do empregador percorre uma curva de cento e oitenta graus, partindo da concorrência da culpa, caracterizada pela culpa in eligendo ou in vigilando; passando pela presunção da culpa do preponente, e marchando para a responsabilidade objetiva, que de iure condenado, será a meta próxima com a aplicação da teoria do risco’ (Caio Mário, cit., p. 96).”*⁷

- d) O artigo 936 do novo Código Civil traz a responsabilidade objetiva do dono ou detentor de animal. Contrariando alguns autores de renome – entre os quais as Professoras MARIA HELENA DINIZ (*Código Civil Anotado. São Paulo: Editora Saraiva, 2003*) e REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA (*Novo Código Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2003*), ousamos entender não ser este mais caso de culpa presumida (“*culpa in custodiando*”), mas de responsabilidade objetiva, por aplicação analógica do artigo 933 e pelo fato do dispositivo prever como excludentes de responsabilidade somente a culpa da vítima e a força maior.
- e) O artigo 937 do novo Código Civil prevê implicitamente a responsabilidade objetiva do dono de prédio por sua ruína, quando for patente a sua falta de conservação e a necessidade de obras urgentes. Aqui, seguimos o entendimento de NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY que anotam ser este, caso justamente de responsabilidade independentemente de culpa.⁸

⁷ *Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, , 4ª Edição, 199, p. 479.*

⁸ *Código Civil Anotado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 2003, página 494, nota 937. 2.*

- f) O artigo 938 do novo Código Civil prevê também implicitamente a responsabilidade civil objetiva por “*efusis et dejectis*”, hipótese em que o possuidor de prédio rústico ou urbano responde por objeto sólido ou líquido que do mesmo cair, atingindo e prejudicando terceiro. Como a lei prevê a responsabilidade do habitante da moradia, está excluída a responsabilidade do locador no caso de arrendamento do mesmo. Em casos em que não se pode determinar de onde caiu o objeto, a jurisprudência tem responsabilizado objetivamente o condomínio (*STJ-RT 767/194 e RSTJ 116/258*).
- g) Os artigos 734 e 750 trazem a responsabilidade objetiva do transportador, nos casos de transporte de pessoas e coisas, respectivamente; hipóteses já prevista pela doutrina e jurisprudência, pela aplicação analógica do Decreto-lei nº 2.681/12 – dispositivo revogado pelo novo Código Civil -, e do próprio Código de Defesa do Consumidor. Fica excluída a responsabilidade do condutor no caso de transporte benévolo ou carona, pelo que prevê o art. 736 da nova codificação, inovação interessante também já analisada pela melhor jurisprudência (súmula 145 do STJ).
- h) A primeira interpretação que se dá ao conceito de abuso de direito como ato ilícito, previsto no art. 187 do novo Código Civil, é que o mesmo gera a responsabilidade independentemente de culpa. Esse o entendimento do Enunciado número 37 da *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002. Também dessa maneira entende o casal NERY, citando farta doutrina e jurisprudência, pretensiosamente aplicada a essa hipótese.⁹

Como vários são os casos de responsabilidade independentemente de culpa no novo Código, alguns autores e articulistas passaram a defender que a objetivação é regra geral de responsabilidade, pela própria adoção do princípio da socialidade, diante da valorização da dignidade da pessoa humana. GUSTAVO TEPEDINO, um dos maiores civilistas da atualidade, por exemplo, defende a existência

⁹ *Código Civil Anotado, ob. cit. p. 255, notas 187.6 e 7.*

de uma convivência entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, não sendo possível apontar que a primeira constituiria regra geral. São suas palavras:

“O Código Civil de 2002 não ficou alheio aos ditames constitucionais. Além de prever novas hipóteses específicas de objetivação da responsabilidade, positivou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco (art. 927, parágrafo único). Consagrou, portanto, um modelo dualista, no qual convive a responsabilidade subjetiva e a objetiva” (Material enviado para o curso de extensão em Direito Civil Constitucional, oferecido pela PUC/MG entre julho e dezembro de 2004. Disponível no site: www.idcivil.com.br).

Entretanto, apesar de respeitar esse posicionamento, com ele não concordamos.

Primeiro, pela própria organização do Código, já que a parte geral traz como regra, em seu artigo 186, a responsabilização somente nos casos em que a culpa em sentido amplo estiver presente. Desse modo, para que o agente indenize o prejudicado necessária a prova do elemento culpa, ônus que cabe, regra geral, ao autor da demanda, pelo que prevê o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Em reforço, cumpre lembrar que, de acordo com a ordem natural das coisas, a regra vem sempre antes da exceção. Nesse sentido, percebe-se que o artigo 927, “*caput*”, traz primeiro a responsabilidade com culpa, estando a responsabilização objetiva prevista em seu parágrafo único, nos casos ali taxados, justamente nas hipóteses em que não se aplica a primeira regra legal.

Segundo, porque entendemos que adotar a responsabilidade objetiva como regra pode trazer abusos, beneficiando inclusive o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado pela nova codificação, entre os artigos 884 a 886. Se hoje já se fala em “*indústria do dano moral*”, por exemplo, imaginemos então o impacto social gerado pela adoção desse entendimento.

Terceiro e por último, apontando razão histórica, cumpre lembrar que a “*lex aquilia de damno*”, aprovada no III século antes de Cristo, previa como regra geral a responsabilidade subjetiva, tendo surgido justamente em época em que se tinha como regra a responsabilização independentemente de culpa, não aprovada pelos romanos, pelo que mostrou a prática jurisdicional.¹⁰

Se a responsabilidade objetiva não foi aprovada em uma sociedade rudimentar como a da época, imaginemos o estrago que poderia gerar se fosse adotada como regra na sociedade atual, tão complexa e massificada.

Por tais razões, entendemos que a nova codificação continua adotando como regra geral a necessidade do elemento culpa para fazer surgir a responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar. Isso, ao nosso ver, vai inclusive vai de acordo com o próprio princípio da socialidade, pelo caos que poderia gerar a adoção de teoria ao contrário.

¹⁰ CORREIA ALEXANDRE E SCIASCIA GAETANO. *Manual de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Sedegra Editora e Gráfica, 1968, páginas 223 a 228).