

# A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO BRASILEIRO CODIFICADO

## ASPECTOS EVOLUTIVOS

Cybele Oliveira e Souza de Gouvêa\*

### Sumário

---

1. Evolução histórica da responsabilidade civil. 2. A responsabilidade civil no Direito brasileiro pré-codificado. 3. Responsabilidade subjetiva. 3.1. Dano. 3.2. Culpa. 3.3. Nexo de causalidade. 4. O surgimento da teoria da responsabilidade objetiva: razões. 5. A teoria da responsabilidade objetiva. 6. A responsabilidade civil no Código Civil brasileiro. 7. A responsabilidade civil no Projeto de Código Civil. 8. Conclusões. 9. Referências bibliográficas.

## 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Mesmo nos mais remotos ordenamentos jurídicos, vislumbram-se vestígios da idéia de responsabilização do agente pelo dano causado por um ato seu ao direito de outrem. Assim, nos Códigos de Hamurábi e Manu e no Direito Hebreu.

Em suas origens, predomina a vingança privada (a lei de Talião), consolidada nos brocardos “Olho por olho, dente por dente” e “Quem com ferro fere,

---

\* Mestranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UFMG.

com ferro será ferido”. Tal idéia está presente, ainda, em alguns traços da Lei das XII Tábuas, que vigorou posteriormente, sendo que, naquele momento histórico, não se indagava a existência ou não da culpa, vez que o próprio fato da vingança era o que importava.

Desde então, havia a possibilidade de composição do dano através do pagamento, pelo ofensor ao ofendido, de certa importância em dinheiro ou bens, no intuito precípuo de ilidir a imposição ao agente do mesmo sofrimento que havia causado à vítima. Entretanto, por estar ainda presente a idéia de vingança, por certo não caberia aferir a existência ou não de culpa na conduta do agente causador do dano.

À fase do predomínio da vingança privada segue-se a da composição legal do dano, presente na Lei das XII Tábuas, quando se acerta o entendimento de que, às vezes, o sentimento de vingança pode ser aplacado com uma compensação econômica. Torna-se obrigatória e prefixada a reparação por meio de reposição econômica que, entretanto, vislumbra-se uma composição um tanto tímida e restrita, no mais das vezes, aos casos de ofensas físicas à vítima.

Segundo Alvino Lima<sup>1</sup>, não se encontrava presente na Lei das XII Tábuas um princípio determinante da responsabilidade civil, senão apenas a cogitação de casos concretos.

Nos primórdios do Direito Romano, portanto, apesar de estar presente a idéia de que o causador do dano deveria, efetivamente, repará-lo, não chegou a haver a substituição, de modo absoluto, da vingança privada pelo instituto da responsabilidade civil, através da imposição de uma norma geral que o definisse.

Segundo Alvino Lima,<sup>2</sup> “embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares”.

Apenas com a *Lex Aquilia* é que se pode vislumbrar a revolução da disciplina do dano e de sua reparação.

Segundo Caio Mário,<sup>3</sup> “tão grande a revolução que a ela se prende a denominação de *aquiliana* para designar-se a responsabilidade extracontratual em oposição à contratual. Foi um marco tão acentuado que a ela se atribui a origem do elemento culpa como fundamental na reparação do dano”.

Nas palavras de Alvino Lima,<sup>4</sup> “...já encerrava um princípio de generalização, regulando o *danum iniuria datum*, muito embora estivesse longe de fixar uma regra de conjunto, nos moldes dos preceitos do Direito Moderno”.

Apenas no *Corpus Juris Civilis* houve a introdução do instituto, tal qual se nos apresenta, hodiernamente, na legislação romana, pela formulação do princípio geral da “não responsabilidade sem culpa”, idéia esta presente nos códigos civis modernos, incluindo o brasileiro.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO PRÉ-CODIFICADO

Quanto à disciplina do instituto da responsabilidade civil em território nacional antes da entrada em vigor do Código Civil de 1916, podem ser destacados três momentos distintos.

O primeiro, na aplicação das Ordenações do Reino, quando se procuravam subsídios no Direito romano para preencher as lacunas do ordenamento nacional. Era o que dispunha o art. 2º da lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão).

Em uma segunda etapa, já vigente o Código Criminal de 1830, era neste que, segundo Aguiar Dias,<sup>5</sup> dever-se-ia procurar “uma orientação segura para apreciar os casos de responsabilidade civil”. Ao prever o instituto da satisfação, esboça, segundo Caio Mário,<sup>6</sup> a idéia de ressarcimento.

1 *Da culpa ao risco*, p. 23.

2 *Da culpa ao risco*, p. 23.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p. 3.

4 LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*, p. 22-23.

5 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 1, p. 26.

6 PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil*, p. 6.

A terceira fase propugna-se com o pensamento de Teixeira de Freitas que, em sua Consolidação da Leis Civis, desenvolve minuciosamente o instituto, inclusive naquilo que se refere à reparação e liquidação do dano. Deve-se ressaltar que o autor era ferrenho opositor à idéia de que a responsabilidade civil se acoplasse à criminal.

Nas palavras do mestre Caio Mário,

“torna ao assunto a *Nova Consolidação* de Carlos de Carvalho, e detidamente alude ao instituto da responsabilidade civil, que considera independente da criminal (art. 1.013). Fundamenta a responsabilidade civil no conceito de culpa (art. 1.014); desenvolve a doutrina da responsabilidade indireta (art. 1.015); alude à responsabilidade em caso de desmoronamento de edifícios e construções (art. 1.019), e, no de dano causado por coisas inanimadas, institui a presunção de culpa (art. 1.020)...”<sup>7</sup>

Por fim, chegamos a 1916 e à disciplina da responsabilidade civil no corpo do Código, cujo art. 159 institui que aquele que causar dano a outrem por culpa tem a obrigação de ressarcir-lo. É a consagração da teoria subjetiva ou da culpa, apesar de podermos encontrar disciplinados casos especiais de responsabilidade sem culpa, o que antevê a aplicação da teoria objetiva.

### 3 A TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Não cabem, em sede deste breve trabalho, considerações minuciosas acerca das teorias que envolvem o tema da responsabilidade civil. Assim sendo, antes de adentrar-se na análise da legislação brasileira referente ao instituto, far-se-á ligeira referência às mesmas teorias, apenas a título ilustrativo.

A teoria clássica e tradicional, ou teoria da responsabilidade subjetiva, está alicerçada na imprescindível aferição da existência de culpa, seja esta tomada em seu sentido lato, abrangendo o dolo – este a vontade consciente de

7 PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil*, p. 7.

praticar o ato ilícito que se sabia o ser –, seja *stricto sensu*, consubstanciada na violação de um dever que o agente podia conhecer e devia acatar.

Assim, existindo dano causado ao direito de outrem por fato imputável ao agente, e aferindo-se que este agiu culposamente, isto é, que tenha obrado com dolo, negligência, imprudência ou imperícia, surge para o culpado a obrigação de ressarcir os prejuízos.

A partir do exposto, podemos extrair os elementos da responsabilidade civil, tomada em sua nuance subjetiva, devendo-se ressaltar que a presença deles há de ser aferida em conjunto, donde se afirmar que todos devem estar necessariamente presentes para que se caracterize a obrigação de indenizar. São eles: dano, culpa do agente e nexos de causalidade entre dano e culpa.

#### 3.1 Dano

Conforme a lição de Américo Luís Martins da Silva, “na responsabilidade civil, crucial para a sociedade é a existência ou não de prejuízo experimentado pela vítima”. Portanto, o dano é o principal elemento daqueles necessários à configuração da responsabilidade civil”<sup>8</sup> (itálico no original).

Assim sendo, condição *sine qua non* para a exigência da indenização é o dano, o prejuízo causado pela conduta do agente.

Torna-se premente o esclarecimento do conceito de dano. Nas palavras de Agostinho Alvim,<sup>9</sup> “dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”.

Exatamente em razão do caráter amplo do conceito acima exposto, cabe diferenciar as espécies de dano: moral e material.

Em uma definição simples, dano material é a lesão patrimonial sofrida pela vítima, passível de quantificação em moeda; o dano moral é aquele cujo conteú-

8 SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*, p. 25.

9 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 172.

do não envolve dinheiro, ou coisa que a este possa ser reduzida, mas a dor, o espanto, a vergonha, a emoção, a injúria, física ou moral, que ocasione uma dolorosa sensação experimentada pela vítima.

Maria Helena Diniz, citada por Américo Luís Martins da Silva,<sup>10</sup> crê que a distinção entre dano moral e dano material decorre do efeito da lesão ou do caráter da sua repercussão sobre o lesado. Ao contrário do que vem-se afirmando, explica, o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, pois o prejuízo causado a um bem jurídico-econômico pode resultar perda de ordem moral, e da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar-se dano material.

### 3.2 Culpa

Para que surja a obrigação de indenizar, não é necessário e suficiente apenas que o agente haja procedido de forma ilícita, violando um direito de outrem ou infringindo norma jurídica tuteladora de interesses particulares: é indispensável a aferição da existência de culpa em sua conduta, seja por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência, imprudência ou imperícia (culpa *stricto sensu*).

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves,<sup>11</sup> “agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer censura ou reprovação do Direito”. E completa, exprimindo o pensamento de Antunes Varela, que o agente só há de ser pessoalmente censurado ou reprovado na sua conduta quando, em face das circunstâncias concretas da situação, couber afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo.

O mesmo autor<sup>12</sup> aduz que “o critério para aferição da diligência exigível do agente, e, por conseguinte, para a caracterização da culpa, é o da compara-

ção de seu comportamento com o do *homo medius*, do homem ideal, que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo”.

Mesmo existindo a possibilidade de se falar em graus de culpa, não há de se ater a este qualificativo para fins de cálculo da reparação do dano. Tendo agido o causador com culpa levíssima ou com dolo, sempre existirá a obrigação de indenizar, calculando-se o montante devido sobre a extensão do dano e não sobre o grau da culpa.

### 3.3 Nexo de causalidade

Dentre os pressupostos da responsabilidade civil encontramos o nexos de causalidade entre a conduta do agente que agiu com dolo ou culpa, e o resultado danoso que esta sua conduta ocasionou.

Nas palavras de Caio Mário,<sup>13</sup>

“não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um *erro de conduta*; não basta que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória; é necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado” (itálico no original).

Dentre as várias teorias criadas para explicar e aferir o nexos de causalidade, prevalece em nosso sistema jurídico aquela que, segundo Agostinho Alvim,<sup>14</sup> prediz ser indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano, querendo a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da

10 SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*, cit., p. 39.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 344.

12 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 345.

13 PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil*, p. 75.

14 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 356.

inexecução. É a chamada teoria da interrupção do nexo causal, teoria da relação causal imediata ou, ainda, dos efeitos diretos e imediatos.

Finalmente, cabe referir-se às excludentes da responsabilidade civil que, rompendo o nexo causal necessário, fazem desaparecer a obrigação de indenizar. São elas: estado de necessidade; estrito cumprimento do dever legal; exercício regular de um direito; legítima defesa; culpa exclusiva da vítima; caso fortuito; força maior; fato de terceiro; cláusula de não indenizar (a validade ou não desta é muito discutida em sede de doutrina, sendo variáveis as decisões jurisprudenciais); e a prescrição da ação de reparação de danos.

Em sede desta breve exposição, não é cabível a análise profunda de cada uma das excludentes mas apenas a referência a elas para fins de constatação de sua presença em um caso concreto.

#### 4 O SURGIMENTO DA IDÉIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA: RAZÕES

A doutrina da responsabilidade objetiva surgiu a partir das reflexões e ensinamentos de Salleilles e Jossierand.

O primeiro, em uma nova interpretação do art. 1.382 do Código Civil francês, entendeu que o vocábulo *faute* não foi empregado senão no sentido de *faite*, equivalendo à conduta determinante do dano.

Caio Mário<sup>15</sup> fez a seguinte observação a respeito:

“A proposição originária surge, em 1897, em estudo especializado (*Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile – Essai d’une théorie objective de la responsabilité delictuelle*). Nesse estudo, Salleilles desenvolve a sua tese argumentando: o art. 1.382 do Código Civil significa que

15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p. 16.

“o que obriga à reparação é o fato do homem, constitutivo do dano. A relação de causalidade geradora da reparação reside em que o Código, ao falar em *culpa*, toma esta palavra na acepção vulgar de *causa*” (grifou-se).

Subvertendo o conceito do vocábulo *faute*, o eminente doutrinador desenvolve a teoria de que as normas do Código Civil francês relativas à responsabilidade civil seriam tão-somente na aparência fundadas na teoria da culpa. Em verdade, consignariam que o dever de ressarcimento independeria de culpa.

Jossierand, por sua vez, aduz que a jurisprudência direcionou a evolução da idéia de responsabilidade civil de forma que este instituto se tornasse mais consentâneo com os reclamos da vida em sociedade, na qual a multiplicidade dos acidentes revelou a necessidade premente de se atingir a segurança jurídica, tão aspirada pelos cidadãos.

Caio Mário continua:

“Conclui, dizendo que a responsabilidade revestiu-se de enorme amplitude; que o legislador, a jurisprudência e a doutrina procuraram vir em socorro das vítimas; que a responsabilidade tende a objetivar-se, opondo o risco à culpa, e afastá-la da sua dianteira; que a evolução da responsabilidade foi sobretudo obra da jurisprudência.”<sup>16</sup>

A teoria do risco surge a partir da constatação de que a teoria subjetiva, ao exigir do lesado a prova da culpa do causador do dano, torna-se insuficiente para garantir a efetiva reparação da vítima.

Mas transparentes palavras de Alvino Lima,

“O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões a direitos, em virtude da densidade progressiva das

16 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p. 18.

populações e da diversidade múltipla das atividades de exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras de danos, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança de todos nós; a necessidade imperiosa de proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta dispar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia, maiores, de se provar a causa dos acidentes produtores de danos, e dela se deduzir a culpa, à vista dos inventos ainda não bem conhecidos na sua essência [...] não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde que evitas-se injustiças que a consciência jurídica e a humana repudiavam”.<sup>17</sup>

Caio Mário conclui:

“Partindo, pois, de um processo interpretativo de disposições do Código Civil, a doutrina francesa que proclama no art. 1.382 o princípio da culpa ganhou corpo e tomou forma a doutrina oposta da responsabilidade objetiva [...] A preocupação da ordem jurídica é obter a reparação do dano, estabelecendo-se que cada um deve suportar os riscos de sua atividade.”<sup>18</sup>

## 5 A TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A teoria da responsabilidade objetiva surgiu a partir da constatação de que a teoria clássica subjetiva não mais se adequava para possibilitar a reparação em todos os casos postos em juízo, uma vez que a comprovação de dolo ou

17 LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco...* cit., p. 86-87.

18 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil...* p. 19-20.

culpa do agente pelo lesado era, por vezes, impossível de aferir. Entendem os adeptos dessa teoria que o fato danoso, por si só, já enseja a responsabilidade.

Na atualidade, a teoria da responsabilidade objetiva encontra subsídios na “doutrina do risco”, cujo conceito, segundo Caio Mário,

“é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se, em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a *teoria do risco criado*”<sup>19</sup> (grifou-se).

Abstrai-se a idéia de culpa para, atentando-se apenas para o fato danoso, consagrar a responsabilidade daquele que, por sua atividade ou profissão, expõe outrem ao risco do dano.

Faz-se mister mencionar que houve críticas ferrenhas à teoria do risco, taxada de retrógrada, brutal e materialista.<sup>20</sup>

## 6 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil brasileiro adotou como regra a teoria da responsabilidade subjetiva ao consagrar que, em princípio, para que haja responsabilidade é necessária a constatação da culpa do agente, sem a qual inexistente obrigação de indenizar. É o que se pode verificar no art. 159, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano.

19 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil...*, p. 270.

20 LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco...*, p. 136.

Nas palavras de Wilson Melo da Silva,<sup>21</sup> “pela teoria, clássica, da culpa, responderá o autor do dano toda vez que este lhe possa ser moral e materialmente imputado”.

Entretanto, apesar de subsistir a responsabilidade subjetiva como regra necessária, não podemos olvidar que, em dispositivos vários e esparsos, adotou-se a teoria da responsabilidade sem culpa.

O art. 1.521 consagra a responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores em sua companhia, assim como dos tutores e curadores pelos pupilos e curatelados na mesma situação; dos empregadores pelos atos de seus empregados; dos donos de hotéis ou qualquer outro lugar onde se albergue por dinheiro, pelos atos daqueles que lhes pagam; e daquele que houver gratuitamente participado do produto do crime. Da mesma forma, os arts. 1.527 a 1.529 que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas.

Antes de se analisar detidamente tais artigos, deve-se fazer menção ao processo evolutivo da teoria da responsabilidade objetiva que, através de várias nuances, culminou no conceito atual.

Primariamente, desenvolveu-se a *teoria da culpa presumida*, que, de acordo com o ensinamento de Caio Mário, é

“...uma espécie de solução transacional ou escala intermédia, em que se considera 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 a condição do lesado e a necessidade de ser indenizado”.<sup>22</sup>

A inversão do ônus da prova ocorre de forma que se presume o comportamento danoso do autor do dano, a ele cabendo provar que agiu sem culpa, para eximir-se do dever de indenizar.

21 SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*, p. 37.

22 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil...* cit., p. 263.

Nesse sentido, as disposições referentes à responsabilidade por fato de outrem estão consagradas no art. 1.521 e seguintes do Código Civil brasileiro, notadamente a responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores sob sua guarda e dos patrões por atos praticados por seus empregados em serviço. Em tais casos, é suficiente à vítima que prove a ocorrência do dano e indique o seu causador, para que aqueles a quem incumbia o dever de vigilância sejam indicados como presumivelmente responsáveis pelo pagamento da indenização devida. Entretanto, tal presunção é *iuris tantum*, ou seja, admite prova em contrário, o que virá a ilidir a responsabilidade.

Em um segundo momento, buscou-se transmutar a responsabilidade aquiliana em contratual, substituir a primeira pela segunda em situações nas quais aquela se enquadraria, de forma a aumentar o âmbito de incidência da responsabilidade civil. Em alguns casos, a própria lei a previa, como na obrigação de o empregador indenizar o empregado em caso de acidente de trabalho e na obrigação de o transportador indenizar a vítima, seu passageiro, no caso de acidente no transporte de pessoas.

Na atualidade, a teoria da responsabilidade objetiva encontra subsídios na “doutrina do risco”, cujo conceito já se expôs.

Quanto ao art. 1.521, tanto a culpa dos pais quanto a dos tutores, curadores e hoteleiros ou similares, é presumida, mas a presunção é *iuris tantum*, ou seja, admite-se que aqueles se eximam da responsabilidade provando que agiram da forma mais prola possível, não incidindo, assim, em culpa ou negligência.

Entretanto, no que toca à responsabilidade do patrão por atos de seus empregados, a Súmula 341 do STF veio corroborar o entendimento de que este é um típico caso de responsabilidade objetiva, cuja presunção de culpa é *iuris et de iure*, não admitindo prova em contrário. Assim sendo, o patrão sempre responderá pelos prejuízos que seu empregado causar a outrem, independentemente de haver ou não concorrido para o dano com culpa.

Já o art. 1.527 consagra inteiramente o princípio da responsabilidade objetiva em nosso sistema, como afirma Wilson Melo da Silva.<sup>23</sup>

Há a presunção de responsabilidade daquele que tem a guarda ou é o dono da coisa pelos danos que esta venha causar, sendo de se ressaltar que tal presunção apenas é ilidível pela prova, produzida por aquele, de que o dano resultou de caso fortuito ou de culpa da vítima.

Em relação ao art. 1.528, aplica-se também a presunção de que o dono do edifício ou construção que caiu sobre propriedades vizinhas ou transeuntes é o responsável pelo dano, sendo que à vítima só cabe provar o dano e o nexo de causalidade. Cede a presunção em face da prova contundente, produzida pelo dono do prédio, de que o acidente deveu-se ao fortuito, à culpa da vítima ou, em última análise, à segura prova de que a necessidade de reparo do edifício não era manifesta.

Neste mister, esclarece Aguiar Dias:

“Ora, praticamente, a prova da necessidade de reparos não pode ser feita fora desta proposição: *tanto necessitava de reparos que caiu*. Muito mais rara, quase impossível, é a hipótese de cair um edifício que não necessitasse de reparos” (itálico no original).<sup>24</sup>

Segundo Beviláqua, citado por Carlos Roberto Gonçalves,

“esta restrição parece tirar à responsabilidade estabelecida no Código Civil brasileiro o caráter puramente objetivo que apresenta no direito francês, no suíço e em outras legislações. Mas a objetividade não desaparece inteiramente, porque o proprietário poderá achar-se ausente, ignorar, de fato, a necessidade de reparo, aliás manifesta aos olhos dos vizinhos ou transeuntes, e no entanto responderá pelo dano resultante da culpa”.<sup>25</sup>

23 SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco...*, p. 159.

24 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil...*, v. 2, p. 469.

25 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil...*, p. 183.

Finalmente, às hipóteses previstas no art. 1.529 aplica-se a teoria da responsabilidade puramente objetiva, sendo que, mais uma vez, só cabe à vítima provar o dano e a relação de causalidade entre este e o evento. Novamente, apenas a prova de fortuito ou de culpa da vítima ilide a responsabilidade.

Com relação a coisas e líquidos lançados ou caídos de edifícios, na impossibilidade de apurar-se de qual apartamento tombou, afirma Aguiar Dias<sup>26</sup> que

“a solução não pode ser outra que não a que já oferecia o Edito: responsabilidade solidária de todos os moradores [...]. É evidente que todos os moradores correspondem a todos os habitantes a cuja responsabilidade seja possível atribuir o dano. Nos grandes edifícios de apartamentos, o morador da ala oposta à em que se deu a queda ou lançamento de objeto ou líquido não pode, decerto, presumir-se responsável pelo dano”.

Há, ainda, que se fazer menção ao fato de que diversas leis esparsas consagraram a responsabilidade objetiva no sistema jurídico nacional. Entretanto, como se está a analisar apenas o direito codificado, não se descera às minúcias da legislação extravagante.

## 7 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

O grande inconveniente da disciplina da responsabilidade civil, tal qual se nos apresenta no Código Civil brasileiro de 1917, é ser ela, indiscutivelmente, baseada na noção de culpa como elemento fundamental a ser exigido para fins de caracterizar a obrigação de indenizar.

26 DIAS, José de. *Da responsabilidade civil...* cit., v.2, p. 473, nota 836.

O que surpreende o leitor do Código é sabê-lo inspirado no *Code Civil* da França de 1804, o qual já estava em vigor, quando da elaboração do nosso há mais de um século, e, ainda, que já nos idos de 1900, naquele país, havia doutrinadores que começavam a se insurgir contra a sistemática de seu direito codificado acerca da responsabilidade civil centrada na idéia da culpa.

Tratando-se especificamente do tema da responsabilidade civil, o anteprojeto de Código Civil, datado de 1975 e em tramitação no Congresso Nacional, apresenta novas nuances do instituto mais consentâneas com a realidade brasileira e atentas aos reclamos da vida em sociedade.

Há avanços que merecem ser destacados, como a incorporação da responsabilidade objetiva e da responsabilidade por dano moral.

Pode-se dizer que o Projeto trata da responsabilidade civil em três etapas distintas: na parte geral, ao elucidar a teoria dos atos ilícitos; em seguida, no capítulo referente à responsabilidade contratual; e, por fim, quando trata da responsabilidade extracontratual.

Deve-se ressaltar que a utilização da expressão “responsabilidade civil” representa uma inovação terminológica, uma vez que não consta do texto do atual Código.

Na Parte Geral, o Projeto caracteriza-se pela presença de normas principiológicas e conceituais, como a constante do art. 186, definidora do ato ilícito, assim redigida:

“Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.<sup>27</sup>

Tal norma, transportada para a Parte Especial e em consonância com o art. 929, culmina na afirmação da existência da obrigação de indenizar por parte

daquele que praticou o ilícito. Entretanto, peca o Projeto por manter como regra geral a teoria subjetiva, embasada na aferição da culpa do agente.

De acordo com o pensamento de José Maria Leoni,<sup>28</sup> exposto em uma recente palestra, “a teoria subjetiva, calçada na culpabilidade, não mais condiz com a realidade, não atende mais ao sentimento histórico de justiça atual”.

Uma grande inovação apresenta o Projeto ao consagrar de forma clara e expressa a possibilidade de se aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, conforme a letra do parágrafo único do art. 929:

“... todavia, 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” (grifou-se).<sup>29</sup>

Houve a imposição de uma norma específica, consubstanciada na expressão “nos casos especificados em lei”, o que faz com que a responsabilidade objetiva prevista no novo Código seja plenamente compatível com a legislação esparsa que já a prevê, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 12, 14, 18 e 20.

Por outro lado, tem-se uma regra genérica, esta representativa da inovação que traz o Projeto, posta em destaque com a afirmação de que se aplica a teoria objetiva quando “a atividade [...] implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Segundo a teoria do risco criado, claramente adotada pelo Projeto quando da elaboração deste artigo, se a atividade empresarial, para que vislumbre a aferição de lucros, há que necessariamente colocar em risco a vida e/ou a integri-

28 LEONI, José Maria. Responsabilidade civil – As inovações trazidas pelo Código. In: XV SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – Inovações, tendências e reflexos constitucionais XV, Rio de Janeiro 20 a 22 de abril de 2000.

29 OLIVEIRA, Juarez de e MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil*, p. 157.

27 OLIVEIRA, Juarez de e MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil*, p. 37.

dade física de outras pessoas, deve, por essa razão, responder pelo dano que, eventualmente, venha a causar.

Deve-se cuidar, entretanto, para que tal teoria não venha a significar a estagnação da atividade individual, de forma que se paralitem as iniciativas e se consolide a inércia. Afinal, em face da responsabilidade objetiva, mesmo que a conduta do agente possa ser caracterizada como irreprovável, ele, mesmo assim, deverá assumir a responsabilidade por todos os danos que possam resultar de suas ações lícitas e necessárias.

Outro aspecto há de ser mencionado: a teoria do risco propugna que deve haver a obrigação de arcar com os riscos criados pela atividade, em razão dos proveitos auferidos, revelando-se uma compensação entre o proveito e o dano. Assim sendo, não há justificativa para a responsabilidade se não se constatar o proveito. Ademais, o indivíduo que corre os riscos de sua atividade deveria também ter direito aos proveitos que terceiros venham dela auferir.

Outro ponto evolutivo do Projeto merece atenção: trata-se da incorporação do dano moral ao conceito de ato ilícito, de forma a possibilitar que tão-somente a ocorrência deste enseje o pagamento de indenização por parte do agente causador do dano. O art. 186, norma que conceitua o ato ilícito, aduz: "... e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito..." (grifos nossos).

Dessa forma, não há mais que prevalecer o velho entendimento de que a indenização por dano moral só seria exigível se viesse acoplada àquela referente ao dano material.

José Maria Leoni<sup>30</sup> entende que é impropriedade dizer que o Código Civil não previa a possibilidade de indenização por dano moral, e que este só veio a se consolidar com a Constituição de 1988. Aduz que o art. 159, ao determinar a obrigação de reparar o dano sem distinguir se referia-se ao dano moral ou ao material, tornou possível que se pleiteasse tal indenização. Afinal, ele afirma: "Aonde a lei não discrimina, não cabe ao intérprete discriminar".

30 LEONI, José Maria. Responsabilidade... In: XV SIMPÓSIO...

Por fim, diz acreditar que a verdadeira razão da resistência de nossos tribunais em aceitar a possibilidade de se indenizar pelo dano moral seria a questão da dificuldade de quantificar a dor.

Neste mister, o Projeto apresenta critérios esclarecedores, como podemos depreender da leitura do seguinte artigo:

" Art. 946. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização."<sup>31</sup>

Dispondo que o juiz deve quantificá-la por equidade, entende-se por tomar em conta tanto a possibilidade econômica do lesante quanto do lesado, numa clara analogia com a questão da fixação dos alimentos.

Outra novidade trazida pelo Projeto é a previsão do abuso de direito como ato ilícito e, por conseguinte, a possibilidade de a vítima, nesse caso, pleitear indenização pelo abuso perpetrado.

Esta a letra do 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>32</sup>

Ao tratar das excludentes de ilicitude, a única inovação refere-se à previsão de que a lesão à própria pessoa do terceiro, e não somente ao seu patrimônio, enseja indenização (art. 188, II, do anteprojeto).

Quanto à responsabilidade civil contratual, as inovações se referem à terminologia e à estrutura. As expressões "contrato unilateral e contrato bilateral" são substituídas por outras mais adequadas: "contrato benéfico e contrato oneroso". Estruturalmente, a teoria do inadimplemento contratual é tratada de maneira mais uniforme, sendo que, sob um mesmo título, encontra-se a disciplina

31 OLIVEIRA, Juarez de e MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil*, p. 160.

32 OLIVEIRA, Juarez de e MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil*, p. 38.

da mora, das perdas e danos, dos juros legais, da cláusula penal e das arras ou sinal.

Em sede de responsabilidade contratual, o art. 944 do Projeto prediz que os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito alheio ficam sujeitos a reparação do dano causado, numa redação semelhante à do art. 1.518 do Código atual.

Poderia o legislador ter-se inspirado na redação mais precisa do art. 591 do Código de Processo Civil, que deixa claro que o patrimônio do lesante responde pelos danos causados, entendendo-se como patrimônio os bens presentes no momento da prática do ato ou da prolação da sentença e, ainda, os bens que ele venha a adquirir futuramente.

Por fim, o tratamento da responsabilidade extracontratual traz duas inovações que merecem ser mencionadas.

Primeiramente, o art. 935 do Projeto consagra a responsabilidade objetiva dos pais, tutores, curadores e empregadores pelos danos que seus filhos, pupilos, curatelados ou empregados causarem a terceiros. Diz o artigo:

“As pessoas indicadas no ns. I a III do artigo antecedente, ainda que *não haja culpa de sua parte*, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos” (grifos nossos).<sup>33</sup>

Isso nada mais significa do que a codificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que no verbete 341, afirma a presunção da culpa do patrão pelos atos praticados por seus empregados.

Evidentemente, houve um alargamento da mesma noção quando da retirada da possibilidade de os responsáveis pelo menor se eximirem de pagar a indenização, ao provar que agiram com prudência e não concorreram com culpa para o dano.

33 OLIVEIRA, Juarez de e MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil*, p. 159.

34 OLIVEIRA, Juarez de e MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil*, p. 157.

Já o art. 930<sup>34</sup> introduz a idéia de responsabilidade subsidiária dos menores, absoluta ou relativamente incapazes, pelos atos ilícitos que praticarem, ao afirmar que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, *se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer, ou não dispuserem de meios suficientes*” (grifou-se).

Assim sendo, responsáveis, em primeiro plano, continuam a ser os pais, os tutores ou curadores, mas o menor pode vir a responder, pessoalmente, pelos prejuízos que causar, na impossibilidade de os responsáveis o fazerem.

Deve-se ressaltar que a quantificação da indenização, nesse caso, há de ser feita de forma equitativa, não privando do necessário o incapaz ou aqueles que dele dependam. É a regra do parágrafo único do artigo supracitado.

Prevê ainda, como última inovação, a responsabilidade objetiva dos empresários pelos danos causados pelos produtos que hajam colocado em circulação, conforme pode-se depreender da leitura do art. 933: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”<sup>35</sup>

Ao adotar tal posicionamento, o Projeto denota evidente inspiração na regra do Código de Defesa do Consumidor referente à responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, evidente aplicação da teoria da responsabilidade objetiva.

A nova regra, sendo aprovado o Projeto de novo Código, coexistirá com o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que virá regulamentar relações outras que não as de consumo.

## 8 CONCLUSÃO

Conquanto nosso Código Civil brasileiro adote como regra para a responsabilidade civil a teoria da responsabilidade subjetiva, desde sua elabora-

35 OLIVEIRA, Juarez de e MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil*, p. 158.

ção, nos idos de 1916, fez com ela coexistir a teoria objetiva, consagrada em alguns de seus dispositivos. Não obstante a aplicação da teoria objetiva estivesse limitada a um reduzido número de situações previstas no Código a evolução jurisprudencial e posteriormente legislativa levou à sua consolidação em nosso ordenamento jurídico.

A teoria da responsabilidade objetiva, consubstanciada na teoria do risco, veio responder à necessidade de não mais se permitir que a exigência de prova, por parte da vítima, do dolo ou culpa do causador do dano, tornasse impossível a obtenção da reparação do mal sofrido. Tal prova, no mais das vezes, não se podia aferir diante das circunstâncias fáticas do caso concreto, fazendo com que a vítima ficasse “a ver navios”, lesada em seu direito e desamparada, sem reposição de seu prejuízo.

Ao exigir tão-somente a prova da ocorrência do fato danoso e da relação de causalidade entre aquele e a conduta do agente, para que este último esteja obrigado a ressarcir o prejuízo experimentado pela vítima, a teoria do risco veio facilitar, enormemente, a ação desta, a qual, nesse particular, tem reais possibilidades de ser indenizada.

Sustenta-se que as teorias da responsabilidade civil subjetiva e da objetiva sempre coexistiram em nosso ordenamento jurídico, sendo de se ressaltar que a segunda foi tomando contornos de maior aplicação e expressa regulamentação com o passar dos anos.

Em nosso sistema jurídico atual, podemos encontrar disciplina específica da responsabilidade objetiva até mesmo na Carta Constitucional de 1988, o que vem dar suporte à tese da premente necessidade de afirmação dessa nova nuance do instituto para facilitar às vítimas dos danos a obtenção da efetiva reparação.

No Projeto do novo Código pode-se perceber avanços significativos na disciplina da responsabilidade civil, com a adoção expressa da teoria objetiva e com a consagração da responsabilidade por dano moral. No que se refere àquela, consagrou-a o Projeto, dando-lhe um sentido mais amplo do que a legislação extravagante já o havia feito e, naquilo que se refere ao dano moral, sua incor-

poração deu-se de forma flagrantemente mais ampla do que o fez a própria Carta Magna de 1988.

Entretanto, é de se lembrar que o Projeto não significa a bancarrota da teoria subjetiva, mas tão-somente a resposta à necessidade de que fossem revistos certos aspectos da disciplina da responsabilidade civil.

Aprovado definitivamente o Projeto, no novo Código Civil coexistirão as duas teorias de modo expresso, sendo que a regra continuará sendo a da subjetividade da responsabilidade civil. Como exceção, regularmente prevista, aplicar-se-á a teoria objetiva.

Nas sábias palavras do Mestre Caio Mário,

“regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na idéia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção [...]. Insurgir-se contra a idéia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é enterrar o progresso”.<sup>36</sup>

Corroborando o pensamento acima exposto, afirma Miguel Reale, citado por Carlos Roberto Gonçalves:

“Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental”.<sup>37</sup>

36 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 3, p. 367.

37 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil...*, p. 20.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1980.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LEONI, José Maria. Responsabilidade civil: as inovações trazidas pelo Código. In: XV SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – Inovações, tendências e reflexos constitucionais, XV, Rio de Janeiro 20 a 22 de abril de 2000.

LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

OLIVEIRA, Juarez de e MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

## O DEVER ALIMENTAR DO CÔNJUGE RESPONSÁVEL PELA SEPARAÇÃO – SUA EXONERAÇÃO

Aurélio Caciquinho Ferreira Neto

Palco de inúmeras disputas, a prestação alimentícia para o ex-cônjuge é hoje um dos pontos que mais atormentam a dissolução conjugal.

Conforme o enunciado do art. 19 da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio), “o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar”.

Sendo certo tratar-se de uma pensão alimentícia, uma vez que art. 21, em seguida, expressamente utiliza essa denominação, torna-se fundamental o conceito de alimentos. Nos dizeres de Clóvis Beviláqua, “a palavra alimentos tem, em direito, uma acepção técnica, de mais larga extensão do que na linguagem comum pois compreende tudo o que é necessário à vida: sustento, habitação, roupa e tratamento de moléstias”.<sup>1</sup>

Aparentemente sem importância no estudo que pretendemos promover, verificar-se-á fundamental a lembrança do Código Civil brasileiro, mais especificamente na parte que trata dos legados, em que faz os alimentos abrangerem “a educação, se ele [alimentado] for menor” (art. 1.687).

No art. 19 da lei citada, a associação dos alimentos à responsabilidade pela separação nos leva a uma indagação óbvia acerca da natureza dessa pensão, divergindo a doutrina a respeito. Com forte influência da corrente francesa, alguns de nossos doutrinadores entenderam que a natureza desse instituto seria

<sup>1</sup> *Direito de família*, p. 535.