

NOVOS RUMOS DA SATISFAÇÃO REPARATÓRIA

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

“Fosse possível traçar normas jurídicas perfeitas, que delimitassem, dentro de contornos inconfundíveis, as prerrogativas conferidas aos indivíduos; se a inteligência e a sabedoria humanas pudessem enfeixar nos preceitos legais as diretrizes a seguir no exercício dos direitos, a solução dos conflitos jurídicos seria, sem dúvida, tarefa menos árdua e não caberia à doutrina e à jurisprudência o papel tão preeminente, que ora desempenham, na solução do problema da responsabilidade civil.”

Alvino Lima

(*Culpa e Risco*. Ed. Revista dos Tribunais, 1960, p. 218)

Há sessenta anos, exatamente em 1938, o eminente Professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Dr. ALVINO LIMA, apresentava à Congregação daquela tradicional escola de Direito a sua tese denominada “*Da culpa ao risco*”, conquistando, com ela, a Cátedra de Direito Civil. Nela inseriu, como resultado de seu raciocínio, a conclusão que utilizei como preâmbulo desta palestra e que representa, a um só tempo, o anseio de cada um de nós relativamente ao adequado exercício do direito à reparação do dano, bem como a otimização – quase idealizada – da norma jurídica eficiente, aplicável à circunstância danosa que esteja a exigir a tutela legal, para o efeito final de se ver ressarcido o dano.

Pelo menos há seis décadas, entre nós, já se instalara no espírito do jurista conterrâneo a constatação que tudo não é senão uma grande utopia, quando se pensa em definir de modo consentâneo, eficaz e ágil, um sistema de responsabilização civil que tenha por objetivo precípua, fundamental, essencial, a convicção de que é urgente que deixemos, hoje mais do que ontem, um número cada vez mais reduzido de vítimas irressarcidas.

Em função deste motivo, que tem como força motriz principal a garantia e defesa da cidadania, verifica-se, então, bastante atual a preocupação daquele jurista e professor antes mencionado, quando desnuda a atuação doutrinária e jurisprudencial de modo tão significativamente mais importante e eficiente que a própria lei.

Em 1963, vinte e cinco anos depois daquela constatação de ALVINO LIMA – quase um lamento – o atualíssimo Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA publica a primeira edição de suas famosas Instituições de Direito Civil e, ali, duas e meia décadas depois, revela ser, ainda, idêntico o velho problema: “*a evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça*”, escreveu o civilista decano, professor emérito da Universidade do Rio de Janeiro e de Minas Gerais¹.

Não resta dúvida de que o avanço tem se mostrado afortunadamente acentuado, no decorrer destes séculos todos, milênios mesmo, durante os quais os homens têm insistido em causar danos, uns aos outros. Poucos campos do Direito, poucos institutos ou categorias jurídicas têm evoluído e se transformado como a responsabilidade civil; penso poder dizer que nem mesmo o Direito de Família, mutável e transformável por excelência, nem mesmo ele tem apresentado, em espaços tão curtos de tempo, alterações tão significativas como a responsabilidade civil. E não

¹ Cf. p. 387, vol. III, 2^a ed.

resta dúvida também, como registraram os festejados juristas antes referidos, que a doutrina e a jurisprudência têm tido este papel de fundamental significado no desenrolar deste mecanismo de evolução constante, quase sempre sadia, em que pese, diga-se, eventual entrave ou desaceleração no intento da otimização, vez ou outra.

Esta incessante e dinâmica atuação jurisprudencial, às vezes resultante, mas às vezes regente da atividade incansável e dedicada dos doutrinadores, tem corroborado de modo positivo na certeza de que a responsabilidade civil, hoje, vem se espalhando por todo o contexto do direito, formatando-se, como se tem costumado dizer, na espinha dorsal do direito positivo privado.

Trata-se, como tão bem se sabe, de uma responsabilidade já não mais apenas decorrente da prática de ato ilícito, traduzindo, por esta razão, o dever de alguém reparar o dano causado a outrem, por sua culpa, garantindo o retorno do que o lesado perdeu, exatamente porque *alterum non ledere*. Mas, embora os caminhos de transformação e crise já tão amplamente percorridos, não se pode esquecer que o avanço das regras – até generalizado, de certa forma – provém de um inato sentimento humano de reação às agressões sofridas, o que admitiu, no passado mais arcaico, que a idéia de vingança tivesse dominado este perfil de rebate imediato, pela própria vítima ou por alguém de seu clã, contra o causador do dano ou contra alguém de seu grupo social. É claro que, sob estilo tão prosaico e bárbaro de reparação, a situação mais comumente averiguada era a ausência de paridade ou equivalência entre a ação prejudicial e a reação do ofendido, demonstrando a completa inadequação da vingança ao dano sofrido.

CUNHA GONÇALVES² assegura este pensamento quando escreve que “a idéia da responsabilidade civil nasceu, como as idéias de direito e de justiça, do instinto reflexo de defesa”. Diz o autor consagrado, também, que “a ação reflexa de pura defe-

² Conf. p. 456 a 457, vol. XII, t. II, *Tratado de Direito Civil*.

sa, a réplica imediata, porém, não é sempre fácil e realizável. Daí nasceu a réplica a prazo, a idéia de vingança. A reação deixou de ser reflexa para ser refletida.”

O direito de se ressarcir do prejuízo que lhe foi causado é, efetivamente, um dos direitos imanentes ao homem e não há como negá-lo, por mais vigorosos que sejam os freios tendentes a afastar concepções jusnaturalistas a respeito do fenômeno jurídico. Assim, já nascemos com a idéia de “propriedade” e uma das primeiras palavras que balbuciamos é o pronome “meu”, sempre dito com uma conotação enfática, demonstrando desgosto ou animosidade quando surge a situação de perda ou prejuízo... Esta necessidade de proteger ou de recuperar aquilo que se encontra na nossa esfera patrimonial, ou, ao menos de compensar o reflexo desta perda ou desgaste na circunstância jurídica de cada um de nós, tudo isto é absolutamente jungido à condição humana, pois o homem atavicamente não admite ser lesado, espoliado, agredido, ofendido. Essencialmente, mais do que naturalmente até, este sentimento de rejeição ao desconforto, ao prejuízo, à perda, à ofensa, está vinculado à condição humana mesma. Com isto, o homem não se conformou jamais, e nem mesmo as regras atenuadoras do cristianismo puderam expurgar, de vez, tal *revolta*. Quantas vezes nos esquecemos de *oferecer a outra face*...

Mas, bem verdade é, voltando ao remoto tempo da vingança, que aquele caráter coletivo e brutalizado dela, indiscriminado e cego, não podia mesmo prosperar, porque a índole humana também parece não suportar bem a idéia de se retribuir o mal com o mal, num modo assistêmico, desproporcional, ametódico e irracional. Por todas estas razões, o marco histórico subsequente nos mostra que o ressarcimento vingativo persiste, mas, agora com novo perfil que se convencionou denominar de vingança privada regulamentada. Este é o período do Talião cuja característica distintiva do período anterior reside exatamente em se adequar a reação ao dano sofrido.

Absolutamente conhecida por todos a máxima que define o novo estilo adotado pela Lei do Talião, recorro, socorrendo-

me de lição de RUBENS LIMONGI FRANÇA – a quem rendo, neste momento, minha especialíssima e emocionada homenagem, pelo gigantesco jurista que é e pelo amigo infalível que sempre foi – que a frase célebre esteve inserta no “*pai de todos os códigos*”, como diz o eminente professor paulista, o código de Hamurabi, como se vê nos §§ 196 e 200, da seguinte maneira: “*Se um awilum destruiu o olho de um outro awilum: destruirão seu olho; se um awilum arrancou um dente de um awilum igual a ele: arrancarão o seu dente.*”³

Em que pese parecer, ainda, um resquício de barbarismo, o Talião representou, à época, um inegável progresso evolutivo da responsabilidade civil do passado, exatamente porque passou a refrear a extensão da represália e a individualizar a responsabilidade. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, ilustre Professor Titular das Arcadas do Largo de São Francisco, registra esta conclusão da seguinte maneira: “*embora não eliminando o caráter de vingança privada, trouxe esta lei um sentido de igualdade de direitos, que se representava pelo enunciado – olho por olho, dente por dente.*”⁴.

Aos poucos, contudo, o homem passou a perceber que havia um outro modo de neutralizar o dano sofrido, admitindo que o sentimento de vingança pode se aplacar por meio de outros mecanismos compensatórios – pois como escrevem os estudiosos do Direito, como por exemplo os irmãos MAZEAUD E ANDRÉ TUNC – à medida em que as relações sociais se tornam mais sofisticadas, “*desaparece o orgulho primeiro do homem, seu sentido brutal de honra se suaviza; a vítima pensa que, em lugar de vingar-se na pessoa de seu adversário, lhe será mais proveitoso cobrar-se de seu patrimônio*”⁵.

³ CAHALI, Yussef Said (Coord.). “Responsabilidade Aquiliana e suas Raízes”. In: *Responsabilidade Civil (Doutrina e Jurisprudência)*, p. 238.

⁴ CHAVES, Antonio (Coord.). “Responsabilidade Civil e a Correção Monetária”. In: *Estudos de Direito Civil*, p. 218.

⁵ Conf. p. 36, vol. I, t. I, *Tratado de le Responsabilidad Civil*, trad. livre.

Assim, o prejuízo sofrido passa a ser neutralizado pela compensação econômica, sobrevivendo, então, a fase do “*ouro substituindo o sangue*”, primeiro pela via da composição voluntária, depois, pela via da composição compulsória. A transição entre uma e outra destas duas vias registra-se, principalmente, pela *Lei romana das XII Tábuas*, regida por casos específicos, o que, logo de início, não admitiu, ao direito do passado, pudesse ele ter firmado uma principiologia de caráter genérico, a respeito da responsabilidade civil.

Com a promulgação da *Lex Aquilia de Damno* intentou-se, em Roma, a instalação de um sistema mais geral de responsabilidade civil, o que, na verdade, esteve muito perto de ser plenamente conquistado, conformando-se, de toda a sorte, como importante arranque inicial do objetivo pretendido. Mas, enfim, foi a *Lex Aquilia* que veio cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, mas já agora atrelada à idéia de *culpa*, de tal modo que, se o lesante pudesse provar a ausência da culpa no seu procedimento danoso, não estaria sujeito ao pagamento da pena, eis que não estaria sendo responsabilizado. Autores e historicistas há que não concordam, exatamente, com estas conclusões que tendem a consagrar, já desde a *Lex Aquilia*, a existência de um razoavelmente sólido sistema geral de responsabilização civil.⁶

Mas, entre nós, AGUIAR DIAS, um dos mais significativos expoentes da doutrina da responsabilidade civil, não conclui assim, mas, ao contrário, afirma: “*É na Lei Aquilia que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não contivesse, ainda, ‘uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno’, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e ‘fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou da Lei Aquilia o seu nome característico’*”⁷.

⁶ P. ex. PAUL GIRARD, citado por J. BUSTAMANTE ALSINA, professor extraordinário da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, à p. 33, de seu livro *Teoría general de la Responsabilidad Civil*.

⁷ Cf. p. 18. vol. I, *Da Responsabilidade Civil*.

Tendo criado ou não, enfim, esta lei, um princípio geral de responsabilidade civil, o certo é que, por meio dela, o Estado passou a impor uma conciliação entre o ofensor e o ofendido, ao fixar o valor da indenização a ser paga; ao mesmo tempo, passou a mostrar, com clareza, a sua rejeição à vingança pessoal.

Toda a essência aquiliana era traduzida pela máxima romana “*a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar*”, o que produziu a instalação da obrigatoriedade da presença do elemento culpa a admitir o dever de indenizar. Esta nova etapa registra a distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, “*por insinuação do elemento subjetivo da culpa, quando se entremostra o princípio ‘nulla poena sine lege’.*” – conforme escreve o mesmo doutrinador, AGUIAR DIAS.

Modernamente, contudo, e cada vez mais, a evolução quase irrefreável da responsabilidade civil apresenta-se no sentido da sua objetivação, vale dizer, no sentido de se ampliar mais e mais a sua abrangência, alcance e incidência, extrapolando as barreiras e os limites da culpa, para possibilitar que todo e qualquer dano possa ser indenizado.

Distante de se pensar como RENÉ SAVATIER, todavia, não se imagine que o campo da responsabilidade com culpa, dita subjetiva, possa vir de ser, um dia, completamente dominado e rendido pela atuação desta tendência de objetivação da reparação. O jurista francês, em sua famosa obra *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit d’aujourd’hui* (p. 263), concebeu um sistema de responsabilidade objetiva totalmente desnudo da imputabilidade culposa, pelo qual todos os danos seriam reparados, pois que o Estado absorveria e assumiria, primeiro e antes, todos os riscos, redistribuindo-os, depois, por meio de tributação, para todo o organismo social. Tal concepção levaria, pois, a uma *socialização dos riscos* de sorte que todo o tecido social estaria envolvido na reposição da circunstância da vítima ao seu *status quo*, anterior ao prejuízo, dano ou mal sofrido. Além disso, e a bem da coerência do raciocínio, seria possível concluir que tal

avanço na objetivação socializada dos riscos levaria, primeiro, à total exclusão da responsabilidade subjetiva, mas, seria possível pensar, também, que tal situação estaria a provocar, num segundo momento, a exclusão da própria idéia de responsabilidade.

Mas não é isto o que pretende a contemporânea tendência caracterizadora do sistema de responsabilidade civil que se molda eficiente no sentido de cumprir a sua “*função de justiça corretiva ou sinalagmática*”, como diz MARIA HELENA DINIZ⁸, garantindo ao lesado, independentemente da aferição de culpa daquele que é apontado como agente indenizador, o direito à satisfação reparatória, como conseqüência direta da preservação de sua cidadania, recolocando-o no estado original ou, pelo menos, no lugar mais próximo possível deste estado original.

Colocar em dúvida a suficiência do princípio da culpa como diagnóstico único a admitir o nascimento do dever de indenizar, foi situação que se iniciou a descortinar apenas no século passado, mas que se encontra em franca ebulição ou efervescência na atualidade, incitando a inteligência do cientista do Direito, que, prontamente atento ao fato novo, – diferentemente do que acontecia no passado – cria mecanismos novos de satisfação reparatória, sempre sob a égide da teoria nova, objetivando cada vez mais a responsabilidade civil.

O postulado fundamental desta *responsabilidade sem culpa*, baseada exclusivamente na *idéia de risco*, está a indicar que *todo o dano dever ser reparado*, enfim. E eis a chave da questão: este dano será reparado por alguém que a ele se liga, mas independentemente de culpa!

Toda a trajetória de sustentação de tão excepcional situação reparatória repousa na construção científica da teoria do risco, cujo sinalizador fundamental é esta atual tendência de proteger a pessoa humana dos danos inculpáveis, mormente ocasiona-

⁸ “Indenização por dano moral: a problemática da fixação do quantum”. In: *Revista Consulex*. N. 3, p. 32.

dos pelo progresso. RENÉ SAVATIER explicava-se bem, a respeito deste assunto, pois dizia que *“a responsabilidade-culpa nasceu da consciência do homem de criar a matéria; a responsabilidade-risco deriva do fato de que já não a domina mais; por isto, se fala, agora, mais da vítima e dos danos que do responsável culpado”*.⁹

Sob o título de *“Evolutions et actualité”*, JOSSERAND, o grande artífice da tese do risco, proferiu memorável conferência, na qual afirmava que, mais do que de evolução se deveria falar em revolução, por força da vertiginosa movimentação dos fenômenos sociais, o que o fez vaticinar: *“a verdade de hoje deve ceder a sua vez à verdade de amanhã”*.¹⁰

Por todo o mundo a teoria da responsabilidade transita por esta fase revisional, por esta etapa de adaptação às novas situações que passam, todos os dias, a reger, distintamente, a vida dos homens. A passagem da etapa da economia simplesmente agrícola para a etapa de uma economia agora industrial, modificou profundamente a vida dos homens, refletiu em enormes transformações das próprias relações jurídicas, mas especialmente contribuiu para criar situações novas, até então desconhecidas, que, em princípio, mostravam-se boas porque traziam, em si, o signo do progresso e do desenvolvimento, mas que, a par disto, estampavam-se como novas armadilhas produtoras de novos danos. A Revolução Industrial da primeira metade do século XIX modificou a face do mundo, a partir da Grã-Bretanha.

O fenômeno da ferrovia deixava perplexos os homens de então, como se pode constatar da edição do dia 08 de julho de 1808 do Times de Londres, que estampou o seguinte: *“Temos informações críveis de que há uma máquina a vapor preparando-se para correr contra qualquer égua, cavalo ou capão que possa*

⁹ *Traité de la Responsabilité Civil en Droit Français*. T. I, nº 64 e ss., trad. livre.

¹⁰ CASO, Rubén H. Compagnucci de. *“Fundamentos de la Responsabilidad Civil: Culpa e Riesgo”*. In: *Derecho de Daños*. Coord. FÉLIX A. TRIGO REPRESAS E RUBÉN S. STIGLITZ, p. 64.

aparecer no próximo encontro de outubro, em Newmarket; no momento, as apostas estão fixadas em dez mil libras; a máquina é a favorita.” O *slogan* do poderoso invento jactava-se da “potência mecânica subjugando a velocidade animal”, e o bilhete de embarque trazia impresso o seguinte lema: “*alcance-me quem puder*”.¹¹

A história informa que a prometida corrida de Newmarket jamais aconteceu, porque os trilhos saíram do lugar no solo lamacento da rua Gower, fazendo com que a máquina descarrilasse e batesse.

Mas, por outro lado, os efeitos culturais da revolução industrial já estavam antecipadamente predeterminados: os acidentes do trabalho, os acidentes ocasionados pelos veículos automotores, os acidentes aéreos, os danos decorrentes dos produtos elaborados e os originados pelas situações de risco ou pelas coisas perigosas.

Situações deste teor se multiplicavam às escâncaras e a responsabilidade baseada na culpa já se mostrava insuficiente para cobrir todas as conseqüências desastrosas. A resposta a esta etapa nova, por parte da sistemática da responsabilidade civil, encontrou guarida exatamente na formulação da teoria do risco, como fundamentação da responsabilidade objetiva.

Mas, observe-se com atenção, se os danos desta fase industrial eram, via de regra, oriundos das *coisas perigosas*, os danos da fase pós-industrial, diversamente, mostram-se como derivados de *atividades perigosas*. A doutrina contemporânea tem se preocupado veementemente em bem definir o que são estas atividades perigosas, mesmo porque, se são causadoras de prejuízos e se acarretam para seu desempenhador a obrigação legal de reparar o dano experimentado pela vítima, elas informam a denominada responsabilidade objetiva, que só tem significado e aplicação naqueles casos rigorosamente estabelecidos em lei.

¹¹ “A Indústria Britânica”. In: *A Força da Iniciativa – História em Revista (1800-1850)*. Time Life, p. 49.

A teoria do risco advoga que toda pessoa que exerça alguma atividade, exatamente em função do risco que cria por força deste exercício, e desde que haja a previsão legal, deve estar obrigada a reparar o dano que vier de produzir, independentemente de sua culpa. A este respeito, expressa-se o ilustre magistrado de São Paulo, CARLOS ROBERTO GONÇALVES, numa feliz síntese da dualidade científica que perpassa a teoria do risco: “*A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como ‘risco-proveito’, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (‘ubi emolumentum, ibi onus’), ora mais genericamente como ‘risco-criado’, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo*”.¹²

Enfim, a responsabilidade objetiva deriva do exercício de atividade que contenha a potencialidade de risco, e não simplesmente de comportamento culposos do agente, como ocorre, de resto, na responsabilidade subjetiva. Pelo simples fato de agir, o homem já passa a desfrutar das vantagens de sua atividade e já passa a produzir, potencialmente, a possibilidade de criar situações de dano ou prejuízo para os outros. Referidas vantagens não são, necessariamente, vantagens de natureza pecuniária, como deixou muito bem registrado SAVATIER, em seu estudo denominado *Règles générales de la responsabilité civile*, publicado no vol. 29 da *Revue Critique*; basta que seja ela desempenhada no interesse, ainda que moral, do agente.

Deste modo, estabelecida nesta linha de ampliação a teoria do risco criado, isola-se para o passado a idéia de que a responsabilidade fosse consequência ou contrapartida de um proveito ou de um lucro particularizado, abrindo-se o espaço de hoje para se a compreender como consequência da atividade humana em geral. Vinculando-se, então, à idéia de que a teoria do risco-

¹² *Responsabilidade Civil*, p. 18.

criado diz respeito a qualquer fato do homem, constata-se prontamente que ocorreu perda valorativa deste desempenho de atividade pela sua vertente simplesmente econômica ou profissional. A consequência imediata desta assertiva impõe constatar nova e significativa evolução no campo da responsabilidade civil, ampliando os domínios da responsabilidade objetivada, vale dizer, da responsabilidade sem culpa.

E será que teria, eventualmente, estagnado aí a tendência evolutiva da responsabilidade civil objetiva, ou, ao contrário, teria ainda se expandido, contribuindo para que o leque de possibilidades efetivamente ressarcitórias, a favor do prejudicado, fosse ampliado, ainda que comprometendo, neste final de milênio, a definição de um vigoroso e bem delimitado sistema geral da responsabilidade civil contemporânea? A resposta correta aponta para a segunda e mais complexa indagação.

Hoje se fala, sem medo de errar, da indenizabilidade de danos resultantes do desempenho de atividade lícita, independentemente de culpa de quem quer que seja, podendo ser diretamente derivados até mesmo de fato jurídico, ambas situações – atividade lícita e fato jurídico, como caso fortuito e força maior – que, no passado, sempre mantiveram fora do alcance da obrigatoriedade indenizatória os mesmos que hoje se encontram na condição de responsáveis *ex lege*. Os exemplos, entre nós brasileiros, mais significativos e que, no meu sentir, não deixam sombra de dúvidas a respeito de seu enquadramento sob esta modalidade nova, são a Lei 6.938/81, que trata da indenização ou reparação dos danos causados ao meio ambiente e a Lei 6.453/77 que dispõe sobre os danos causados por atividades nucleares.

Sob tais e tão especialíssimas configurações, a nova responsabilidade civil, como antes apresentada, se matiza pelas cores da absoluta desimportância de se indagar a respeito da culpa, quer seja a do próprio agente obrigado legalmente a pagar, quer a da vítima, ela mesma, quer a de terceiro, seja ele quem for; e se matiza, também, pelas cores da esdrúxula fonte da qual se origi-

na, vale dizer, a atividade licitamente desenvolvida, sob as ordens e exigências legais de toda a espécie, mesmo que a fonte próxima seja o próprio fato jurídico. Como não podia deixar de ser, e em que pese já se apresentar esta nova responsabilidade como fato concreto da realidade dos homens, porque os danos previstos ocorrem e porque é previsão legal, opositores se apresentam no contexto doutrinário internacional, como por exemplo na Argentina, conforme notícia GRACIELA N. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ¹³, ao escrever: *“Por um lado se constata um considerável ‘aumento dos danos ressarcíveis’ como uma das tendências atuais do instituto, chegando-se a admitir a indenizabilidade dos danos lícitos, prescindindo da antijuridicidade para situar a teoria do indenizador civil pelo dano ‘injustamente sofrido pela vítima’ (e não injustamente causado). Não obstante, neste tema, algum setor da doutrina tem reagido em admitir a tendência de alargar o campo da reparação, aferrando-se à regra que reconhece como axioma geral o ressarcimento somente fundado na responsabilidade.”*¹⁴

Independentemente da posição a favor ou contra esta incrível explosão da responsabilidade civil, tal como se apresenta neste limiar do século XX, já tão próxima a humanidade de transpor os portais de um tempo novo, como sem dúvida deverá ser o terceiro milênio, a verdade é que as nossas preocupações com a resposta indenizatória ou reparatória que se dará às vítimas das novas lesões que produzirão os novos danos, não poderão esbarrar no jogo retórico do aprisionamento da experiência jurídica a modelos previamente estruturados e cristalizados que, ao invés de garantir a segurança jurídica, na verdade engessam a tendência evolutiva e justa, exatamente por imaginar que a solidez de princípios ou a rigidez das funções, que hoje regem e caracterizam o ambiente da responsabilidade civil, se apresentem como o único

¹³ “Función Actual de la Responsabilidad Civil”. In: *Derecho de Daños*. Coord. Félix A. Trigo Represas e Rubén S. Stiglitz, p. 43 e 44.

¹⁴ Trad. livre.

percurso possível de ser traçado neste difícil – mas indispensável – caminhar em busca da efetiva adequação do direito à reparação civil aos novos fatos da realidade da vida dos homens.

Perder de vista esta indiscutível urgência significa, no meu sentir, abrir os flancos ou baixar a guarda – porque admite fragilizar exatamente os valores jurídicos fundamentais, como a segurança jurídica, a justiça e o bem comum – e acabar por ceder espaço, quiçá, a algumas perigosas vertentes pelas quais andam se espalhando as soluções ditas alternativas de aplicação do direito.

Esta deve ser a hora de estarmos a rever as funções da responsabilidade civil no mundo contemporâneo, exatamente para atualizar os fins básicos do direito em si, para que se conforme, ele, - eis que de sua própria essência e razão de ser – como instrumento de realização da justiça e de respeito aos direitos humanos.

A este respeito, pressinto útil rever a inteligente e atual lição do ilustre jurista carioca, presidente deste evento, Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro, FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, que asseverava, relativamente às funções do direito, que *“as mudanças decorrentes da revolução industrial e do avanço tecnológico têm exigido do Estado uma intervenção crescente em favor do bem-estar e da justiça social, acentuando-se a importância do direito como instrumento de planejamento econômico, multiplicando-se as normas jurídicas de programação social e estabelecendo-se novos critérios de distribuição de bens e serviços. O direito evolui de suas funções tradicionalmente repressivas para outras de natureza organizatória e promocional, estabelecendo novos padrões de conduta e promovendo a cooperação dos indivíduos na realização dos objetivos da vida contemporânea.”*¹⁵

Pois bem.

Absolutamente ciente de toda esta nova realidade, absolutamente cômico de que a denominada responsabilidade objetiva, – amparada pelo traço que lhe é fundamental, isto é, a

¹⁵ *Direito Civil Introdução*. 2ª ed., p. 11.

desnecessidade de se buscar a culpa para endossar o preceito legal que determina o dever de indenizar àquele que não foi o direto causador do dano – havia se ampliado a ponto de se a poder ver bifurcada, o Professor ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, depois de anos de estudo e raciocínio seguro, desenvolveu uma proposta de subclassificação da responsabilidade civil extracontratual objetiva, bifurcando-a em *objetiva pura* e *objetiva impura*.

Segundo o jurista ilustre, a *responsabilidade objetiva impura* tem sempre, como alicerce, a culpa de terceiro, vinculado à atividade do indenizador, ou ainda, – (como dele pessoalmente já ouvi) – o fato do animal e o fato da coisa inanimada. Já a *responsabilidade objetiva pura* – conforme denomina – gerará o dever de indenizar mesmo que inexista culpa de quem quer que seja. Esclarece o autor da proposta classificatória que, “*neste caso, indeniza-se por ato lícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim o determina. Nesta hipótese, portanto, não existe direito de regresso, arcando o indenizador, exclusivamente, com o pagamento do dano.*”¹⁶

É sempre útil lembrar, para deixar muito claramente definido, que a responsabilidade objetiva (pura ou impura, mas, de modo bastante destacado, principalmente aquela) deve ser sempre estabelecida pelo legislador, mormente no que respeita à conceituação e aos limites da atividade de risco, sob pena de se deixar o assunto à mercê do outro lado da carabina, vale dizer, sob pena de se criar, para a responsabilidade objetiva, uma vala comum onde tudo tenha abrigo, independentemente de causa, de consequência, de prejuízo e da invariável e prévia fixação legal.

Retornando, à guisa de fechamento de idéias, à bifurcação classificatória da responsabilidade objetiva propugnada por VILLAÇA AZEVEDO, anotaríamos que tanto a objetiva pura como a objetiva impura têm, como características comuns, o fato de que a obrigação de indenizar decorre da circunstância do risco,

¹⁶ *Teoria Geral das Obrigações*, p. 280.

independe da culpa do agente indenizador e deve estar rigorosamente pré-fixada em lei. Por sua vez, estão a dissemelhá-las, desnudando o campo próprio da objetiva pura e mostrando-a de forma tão distinta da outra, a objetiva impura, as seguintes características, que apenas àquela primeira dizem respeito: tem, como fonte geratriz, a atividade lícita mas perigosa; o fato jurídico, que normalmente atua como excludente de responsabilidade, aqui atua como fato gerador do dano, obrigando o executor da atividade em questão a indenizá-lo; inadmite, por completo, o direito de regresso.

Bem, senhores. Talvez fosse esta a oportuna hora de nos perguntarmos a nós mesmos: todo este avanço, – que visualiza um presente e nos faz pressentir um futuro tão distinto do passado remoto, marcando um enorme espaço de tempo na história da civilização humana, que vai desde o período da reação brutal e instintiva à lesão sofrida até o que temos hoje, isto é, uma obrigação de indenizar independentemente de culpa e, até mesmo, independentemente de culpa de quem quer que seja – todo este avanço, dizíamos, tem valido mesmo a pena?

Tenho para mim que claramente sim.

Acima de tudo porque se reconhece – ou se reescreve, ou se realça, enfim – para a responsabilidade civil uma nova e importantíssima função, que é a de garantir aos cidadãos, vítima de danos patrimoniais ou morais, a oportunidade de reorganizarem e reequilibrarem sua esfera jurídica, sob a égide dos valores jurídicos hierarquicamente superiores, quais sejam, a segurança jurídica, a justiça e o bem comum, por meio da reparação ou ressarcimento que lhes seja devido.

A contemporânea tendência da doutrina italiana, por exemplo, na mesma esteira, tem, cada vez mais, se esquivado da noção de culpa ou de ato ilícito, para afirmar que a conduta culposa ou ilícita não é o objeto do juízo de responsabilidade. O fundamento da indenização repousa, ao contrário, no fato danoso. O pensamento italiano não é isolado; esta tendência comparece registrada

em quase todos os sistemas de responsabilidade civil da Europa ocidental.

Na América Latina, é reconhecida a lucidez dos doutrinadores argentinos nesta sede, estando eles seguramente à frente de todos os demais países, incluindo eventualmente o Brasil, em matéria de dedicação científica ao estudo da responsabilidade civil. GRACIELA N. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, em seu estudo antes mencionado, afirma que, de modo implícito ou explícito, os mais qualificados juristas argentinos – entre eles destaque, especialmente, JORGE MOSSET ITURRASPE – concordam com esta posição européia atual de entender, com frequência cada vez maior, que “*o fator dinâmico determinativo do processo de imputação é o dano causado a outra pessoa, mas, ‘para que o dano funcione como desencadeador da imputação, é preciso que se revista de uma qualificação: a de ser injusto’.*”¹⁷

Enfim, senhores. Estivemos cuidando de procurar destacar, entre os inúmeros novos perfis da responsabilidade civil nos dias atuais, alguns deles em especial, voltando uma atenção mais concentrada para esta tendência crescente de *objetivação da responsabilidade*, cuja função primordial – nunca é demais repetir – é a *proteção à vítima*, função esta que, aliás, confira-se hoje, é a função primordial do próprio direito à satisfação reparatória. Para a concretização deste mister fundamental, correm, em paralelo, um significativo número de outras novas tendências, ampliando os fatores de atribuição e, por isso, aumentando o campo dos danos ressarcíveis, como por exemplo, – e depois da consolidação indubitável da reparabilidade do dano moral – a indenizabilidade do *dano lícito*, no qual, em que pese a licitude da atividade desenvolvida pelo causador deste dano, ainda assim restará, ele, encarregado legalmente de indenizar.

Asseguram o fiel desempenho desta primordial função, ainda, outras tendências ou rumos atuais da responsabilidade civil,

¹⁷ Trad. livre, p. 52.

como a *flexibilização do acesso à justiça e a facilitação*, para a vítima, da realização da carga probatória, pela inversão do ônus, tudo como decorrência da ampliação dos casos legais de *presunção de causalidade*, isto é, de responsabilidade sem culpa, presumida pelo legislador.

No que respeita à responsabilidade subjetiva, aquela que é plasmada por meio do afluente da culpa, parece restar a certeza de que prosseguirá existindo, como sistema de responsabilização civil, ao lado da responsabilidade objetiva. Se, por um lado, parece tão óbvio que nada poderá refutar o fundamento da culpa na responsabilidade por ato próprio, por outro lado, ninguém em sã consciência encontrará razões para eliminar, doutrinariamente, a tese do risco que admite soluções previstas em lei para situações em que a chance de se buscar a culpa passa tão ao largo...

Convivem e conviverão os dois sistemas fundamentais que cuidam de oferecer as atribuições, as funções, os fundamentos e as razões pelas quais, em face de um dano, se impõe a alguém, a obrigação de indenizar.