

TENDÊNCIAS ATUAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: MARCOS TEÓRICOS PARA O DIREITO DO SÉCULO XXI*

Giselda M^a F. Novaes Hironaka[†]

Sumário: 1. O traço individualista da responsabilidade civil do começo do século: um aceno histórico da trajetória evolutiva até a era da industrialização. 2. A contemporânea reformulação filosófica e ideológica da responsabilidade civil. 3. O declínio da culpa enquanto pressuposto fundamental da responsabilidade civil e a objetivação do fenômeno pela simples ocorrência do dano. 4. A atual dimensão social da responsabilidade civil e a ampliação de horizontes conferida pela legislação projetada. 5. A transformação da responsabilidade civil novecentista e a fixação de marcos teóricos para o Direito do século XXI.

*Palestra proferida no Congresso Jurídico – Brasil 500 Anos, promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, no Rio de Janeiro, entre os dias 13 e 16 de setembro de 2000, em homenagem póstuma ao Prof. Rubens Limongi França, há um ano falecido.

[†]Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Doutora do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na disciplina de Direito Civil, nos cursos de graduação e pós-graduação.

1. O traço individualista da responsabilidade civil do começo do século: um aceno histórico da trajetória evolutiva até a era da industrialização.

Qualquer trajetória história que se faça, em busca da determinação dos marcos de inicialização da responsabilidade civil na vida da humanidade e na vida dos direitos, fará com que reste assegurada a notícia tantas vezes assinalada de que o instituto jurídico em questão é tão antigo quanto a própria história do homem e a origem do direito, ele mesmo. Aliás, nem se sabe, exatamente, como surgiu o instituto, nem quais foram os seus inaugurais contornos.

O que parece, contudo, não deixar registro de dúvida é o fato de que suas origens ou seus pilares de autorização estão intimamente ligados a uma principiologia própria do direito, de característica natural ou de natureza atávica, de modo a ser possível concluir que a responsabilidade civil – assim como a penal – tem, antes de tudo, um sentido de *reposição do justo*, numa simbologia reconhecida em padrões morais, éticos ou religiosos diversos, todos eles muito antigos.

Sob este aspecto, a responsabilidade civil é vista sob o enfoque da repressão oriunda da desobediência ao princípio do *alterum non ledere*. Exatamente porque a ninguém é permitido lesar ou causar dano a outrem, se esta atividade não contar com o beneplácito da licitude, quando então aviltará a noção ancestral do *lícito* e o ideal do *justo*.

Este é mesmo o sentido fundamental de ordem jurídica, conforme muito bem se expressa *San Tiago Dantas*, ao escrever que, ao buscá-lo, chegar-se-á à conclusão de que a ordem jurídica tem um duplo sentido: *proteger o lícito e reprimir o ilícito*. Quer dizer: *proteger a atividade do homem que se explica de acordo com o direito e reprimir a atividade do homem que se explica contrariamente ao direito*. O que talvez seja o sentido exato daquela suma definição dos princípios do Direito, consagrados no Corpus Juris: honeste

vivere, alterum non ledere – *viver honestamente e não lesar a ninguém. São os dois sentidos supremos da ordem jurídica*¹.

Se o assunto, assim, vislumbrado, for considerado com o cuidado precioso que requer, facilmente se chegará à conclusão de que todos, sem exceção, devemos ter a responsabilidade de sermos responsáveis, justamente porque um senso deturpado ou deformado a respeito da responsabilidade não torna ninguém mais ou menos responsável; não se o escusa, nem se lhe agrava a pena. Apenas o responsabiliza, como naturalmente deve ser ou como diz a norma que deva ser.

Em seu absolutamente famoso **O Livro das Virtudes**, William J. Bennett expressa-se dizendo: “*Ser responsável é responder pelos próprios atos, é corresponder.*” E vai adiante, nesta linha da responsabilização atávica, nesta guerra do bem contra o mal, para registrar que “*no Jardim do Éden, foi um Adão imaturo que, ao descobrir que comera o fruto proibido, colocou a culpa em Eva. E que foi uma Eva imatura que, por sua vez, colocou-a na tentação da serpente*”².

Se o tema, então, remonta os primórdios, ele é tão antigo quanto à própria civilização humana, tão antigo quanto à convivência humana, tão antigo quanto às raízes fundamentais e as matrizes primordiais da ordem jurídica ela mesma.

Na antiguidade, há registros que foram gravados em placas de argila, recentemente descobertas, que têm idade equivalente a quase dois mil anos antes desta era Cristã, placas estas que contém textos copiados – provavelmente – das *Leis de Eshnunna*, promulgadas há 4.000 anos para um povo de origem semita que habitava justamente o reino de Eshnunna, próximo à atual Bagdá. Anterior, então, ao próprio e mais que famoso Código de Hammurabi, este conjunto de leis derivou também – como o Código – da experiência dos juízes de então, relativamente aos casos concretos que diariamente

¹*Programas de Direito Civil* (aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito) – Parte Geral. Rio de Janeiro, Editora Rio de Janeiro, 1977. p. 341.

²**O Livro das Virtudes**. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1998. p. 139.

julgavam e cujas decisões tornavam-se valiosos precedentes na aplicação do direito em casos posteriores, assemelhados³.

Posteriormente, no fluxo da história da normatização, posiciona-se o referido Código de Hammurabi – importantíssimo marco da evolução dos institutos jurídicos e da maneira de se produzir o acesso à justiça para fazê-los prevalecer (1792 a 1750 emC) – construído, ele também, à base de experiência anterior obtida em julgamentos tidos como justos, alguma coisa próxima do conceito atual de jurisprudência, eis que *prudencia*, sabe-se, correspondentemente ao grego *frónesis* e se aproxima do que se entende por *sabedoria* enquanto racionalização e disciplinação do comportamento.

Neste conjunto de leis, como no anterior mencionado, o traço que caracterizava os dispositivos ou mandamentos, uniformizando-se-os quanto a este aspecto, era o fato de que o fundamento da atribuição do dever de indenizar sempre se vinculava a uma conduta irregular do causador do dano.

É curioso recordar que no Código de Hammurabi, assim como na Bíblia (Velho Testamento), já se encontrava a idéia de vingança que é sempre referida, pelos historiadores como sendo a marca registrada da mais antiga fase do direito romano, a fase denominada arcaica e que se posiciona, temporalmente, entre a fundação de Roma (754 emC) até a instauração da República (510 emC). O sentido do *talião* pode ser revisto nos diferentes momentos da evolução histórica do Direito, sendo que no Código de Hammurabi, por exemplo, esta concepção de reparar o mal com o mal, tal como tal (daí o termo *talião*), encontrava-se estampada em inúmeros de seus textos, como, por exemplo, estes: *Se um homem bater em seu pai, terá as mãos cortadas; se um homem furar o olho de um homem livre, ser-lhe-á furado um olho*. Já no Antigo Testamento, veja-se em *Levíticos, 24, 17-20*, a seguinte orientação de Deus aos israelitas, por intermédio de Moisés,

³Confira-se, para maiores informações, Emanuel Bouzon, *As Leis de Eshnunna*. Petrópolis, Ed. Vozes, 1981, bem como *O Código de Hammurabi*, da mesma editora, 1999.

aplicável aos nacionais e aos estrangeiros: *Quem matar alguém será morto; Mas quem matar um animal o restituirá: igual por igual; se alguém causar defeito em seu próximo, como ele fez, assim se lhe será feito; fratura por fratura, olho por olho, dente por dente; como ele tiver desfigurado a algum homem, assim se lhe fará.*

Mais adiante, na trajetória de evolução do direito romano, à volta de 450 emC, editou-se a *Lei das XII Tábuas*, considerada a base de toda a ordem jurídica romana, escrita em doze tábuas de bronze e organizada por dez magistrados, os decênviros, lei esta que produziu a transição da composição voluntária para a composição legal sem, contudo, perder o viés de considerar a pena como o *preço da vingança*, distanciada ainda do modelo indenizatório. Costumam dizer os estudiosos que o direito romano não se livrou nunca desta concepção vingativa da reparação dos danos⁴.

No âmbito exclusivo da responsabilidade civil, contudo, a mais importante lei, a que efetivamente registrou a superação de uma etapa histórica por cuidar especificamente dos danos e da maneira como deviam ser reparados, foi a *Lex Aquilia de Damno*, editada provavelmente entre 250 e 300 emC. Ali foram estabelecidas as pilastras da responsabilidade que hoje denominamos extracontratual, mas conhecida como responsabilidade aquiliana, justamente em homenagem àquela lei.

Caracterizou-se inicialmente – esta nova forma de responsabilidade – pelo fato de que o dano deveria ser produzido sobre coisa corpórea e que o causador do evento deveria tê-lo cometido com seu próprio corpo (*corpore corpori datum*), bem como se caracterizou pelo fato de que o ato danoso deveria ter sido cometido sem o direito, quer fosse com dolo ou com culpa, ainda que levíssima (*damnum iniuria datum*) e,

⁴Confira-se com MAZEAUD-TUNC, *Tratado de la responsabilidad civil*, trad. esp. de Luis Alcalá-Zamora Y-Castillo, sob a direção de Santiago Sentís Melendo, da Universidad Nacional de La Plata. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977. p. 39

finalmente, caracterizou-se pelo fato de que o dano só poderia decorrer de uma ação, de uma comissão humana, jamais de uma omissão.

O fenômeno da culpa, como se o entende hoje, contudo, não estava claramente estampado ao tempo da *Lex Aquilia de Damno*; somente no final da República é que a noção de culpa foi deduzida entre os romanos, quiçá por influência grega. À época de Justiniano, a noção de *iniuria* alarga-se para além do conteúdo objetivo que cercava o dano, alcançando o plano da execução de um ato ilícito.

A culpa assim vista fincou-se, pois, por largo espectro de tempo, como fundamental pressuposto da responsabilidade civil e, por se tratar de culpa provada, o ônus de prová-la incumbia à vítima, autora do pedido ressarcitório, por força da regra *actori incumbit probatio*.

No entanto, atente-se para a provável injustiça daí advinda: atribuir à vítima o ônus de provar, em muitos casos significa, verdadeiramente, ainda que por via oblíqua, despojá-la de qualquer direito. São os odiosos casos em que a impossibilidade de exercício de um direito o torna inócuo, como que inexistente. *Josserand* já houvera registrado esta observação quando escreveu seu estudo clássico *Evolução da Responsabilidade Civil [Evolution et Actualité]*⁵ a opinião famosa: *Atribuir à vítima o ônus probandi equivale a recusar-lhe qualquer indenização; um direito só é efetivo quando a sua realização, a sua praticabilidade é assegurada: não ter direito, ou tendo-o, ficar na impossibilidade de fazê-lo triunfar, são uma só coisa.*

A promulgação do Código Civil Brasileiro, em 1916, apresenta o assunto entre nós exatamente desta forma criticada por *Josserand* e outros, neste contexto social da denominada modernidade. Desdenhando as preocupações que já latejavam entre os estudiosos de então, desenhou-se tormen-

⁵*Evolução da Responsabilidade Civil [Evolution et Actualité]*, fascículo 454, abr./1941, trad. de Raul Lima. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, 1986, pp. 548-559.

tosos casos de atribuição do ônus de provar à vítima, compondo, por esta razão, um vazio jurisprudencial de alguns anos, revelando o insucesso das eventuais demandas que se impuseram no foro do início deste século e preocupando sobremaneira a sociedade brasileira de então.

Direito que não se exerce...

Preocupou-se o observador brasileiro, exatamente como se preocupava o observador estrangeiro, mormente o europeu, em face desta nova realidade que colocava em crise o fenômeno da culpa como pressuposto exclusivo da responsabilidade civil.

A insuficiência do modelo oriundo da teoria tradicional da responsabilidade civil fez com que se movessem conceitos, que se espancassem preconceitos e que se buscassem técnicas ou soluções para assegurar a reparação à vítima.

Entre as várias transformações, vale destacar a vitória da concepção doutrinária da inversão do *ônus probandi*, solução de meia sintonia – permitam-me dizer – mas que, inegavelmente teve o condão de amenizar as enormes dificuldades enfrentadas então. Refiro-me ao recurso que passou a ser utilizado pelo legislador, albergando a inversão probatória, que se denominou *teoria da culpa presumida*.

E, ainda que nestas pinceladas mais parecidas com um vôo de pássaros, onde apenas alinhavo algumas idéias, vale destacar também, enquanto transformação que bem registra a evolução da responsabilidade civil entre nós, a inserção da noção de *risco*, em substituição à exigibilidade, até então sempre presente, da *culpa*.

2. A contemporânea reformulação filosófica e ideológica da responsabilidade civil.

Foi, efetivamente, então, a insuficiência de soluções que se registrou modernamente para atender aos milhares de distintos casos de danos – que perpetrados, transmudam-se

em fatores de atribuição de responsabilização pelos prejuízos deles advindos – que se encontra a exigir uma significativa reformulação do atual sistema bipolarizado de responsabilidade civil, isto é, a responsabilidade decorrente do descumprimento contratual (responsabilidade contratual) e aquela conseqüente da prática de ato ilícito (responsabilidade extracontratual).

O ingresso, no campo de repercussão e de aplicação da responsabilidade civil, de fatores objetivos já se mostra como incomensurável avanço, quando a questão de fundo, a mira central, o interesse crucial a ser atendido – como se mostra indiscutivelmente hoje – é o interesse da vítima.

Assim, não parece demonstrar qualquer constrangimento pelo exagero o jurista argentino *Carlos Alberto Gherzi*⁶, quando afirma que *“así como la destrucción de la Bastilla simbolizó el fin del antiguo régimen monárquico, o la demolición del muro de Berlín representó la caída del comunismo, la insuficiencia de la responsabilidad subjetiva para dar solución a Los miles de damnificados por las más diversas causas, sin duda puede servir como paradigma de la alocada construcción de máquinas que marca el final de um método, de uma filosofia, de uma historia.”*

E é verdade.

Mudaram os métodos, mudou a filosofia, mudou a história. Conseqüentemente, muda a mentalidade de um povo; esta mudança, hoje, globaliza-se e inunda os sistemas de responsabilidade civil de todo o mundo, que estejam ligados às mesmas raízes de configuração que desenham e reescrevem os sistemas ocidentais de direito.

Afinal, no passado, o homem não conheceu, além do fenômeno da mecanização desvairada, o desastre da deterioração do ambiente, o desespero da contaminação por AIDS, o

⁶Teoría general de la reparación de daños. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997. p. 2.

descalabro do desmedido avanço das biotecnologias e suas conseqüências, para citar apenas alguns destes novos perfis de danos capazes de comprometer prejudicialmente os limites da dignidade e do patrimônio de suas vítimas.

Mais um século na vida dos homens está por escoar e, com ele, renovar-se-á o milênio. Há pelo menos dez lustros a urgência desta nova realidade grita por novas soluções, fundada no velho adágio segundo o qual os fatos atropelam o direito. A reformulação jurídica que se reclama vem principiada por reformulações de ordem filosófica e de ordem ideológica, principalmente. Há um sentir distinto do sentir passado. Há uma mentalidade impregnada pelo crivo social que admite a valorização da pessoa humana antes de qualquer outra consideração. Há a preocupação de não se deixar o dano sem indenização e, por isso, minimizar, ao máximo, o número de vítimas irressarcidas entre nós que queremos, ansiamos e propugnamos por uma sociedade mais justa e menos desigual.

Por outro lado, e como descreve *Augusto M. Morello*⁷, há uma influência muito forte do econômico sobre o jurídico, que faz com que este passe a se adequar a uma lógica própria da economia, ainda que não de maneira tão extremada como a marxista, adverte o autor. A união econômica dos mercados revela uma atuação diferenciada nos mais acelerados processos integrativos transnacionais, obrigando uma revisão de austeros e mais ou menos cristalizados paradigmas privativistas de antanho, para admitir uma adaptação, tão urgente quanto imprescindível, destes outrora progressistas padrões.

E é esta simbiótica revisão disciplinar do social e do econômico que diagramam contemporaneamente este perfil novo da nova visão da responsabilidade civil, perfil desenha-

⁷*Derecho de Daños en la Actual Dimensión Social (Las nuevas situaciones tutelables y las técnicas con las que se han de proteger, in Derecho de Daños – Primera Parte, directores de la obra – Félix A. Trigo Represas e Rubén S. Stiglitz. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1996, pp. 215-226, especialmente p. 216.*

do sob a égide e influência da denominada pós-modernidade jurídica.

Enfim, o modelo do tempo passado, aquele descrito sob o pálio da modernidade, conforme se convencionou chamar, já não nos serve mais, ou, no mínimo é insuficiente. As soluções que foram encontradas para uma era *chapliniana* e suas engrenagens⁸ já se demonstram frágeis ou insustentáveis em face de um mundo mais exigente, mais complicado e, por isso, mais perigoso e mais desastrado, como não poderia deixar de ser.

Os paradigmas do individualismo filosófico e do liberalismo econômico formatam uma concepção que já não condiz mais com a cultura e a filosofia do milênio novo. Como um retrato que já não se suporta mais em sua própria moldura – estreita demais para o novo enfoque – avolumam-se as novas necessidades, emergem as atuais tendências e contemporanealiza-se a mentalidade reparatória.

Privilegia-se a prevenção dos danos, em razão da supremacia dos denominados interesses difusos e coletivos. As experiências concretas do cenário atual fizeram surgir uma nova modalidade de responsabilidade civil que destaca certas *situações tuteláveis*⁹ entre as inúmeras situações de perigo imagináveis, circunstância esta que busca, antes de tudo, evitar a produção do dano em face de um certo grupo, agrupamento ou categoria de pessoas, razão pela qual se as convencionam chamar de situações supraindividuais ou metaindividuais tuteláveis. Alcançam uma categoria de indivíduos não ligados por um determinado vínculo jurídico, mas por uma identidade que decorre de certa situação fática que os envolve a todos.

⁸A autora faz referência ao lindíssimo filme do começo do século, magistralmente estrelado por Charles Chaplin e denominado *Tempos Modernos*.

⁹*Derecho de Daños en la Actual Dimensión Social (Las nuevas situaciones tutelables y las técnicas con las que se han de proteger)*, in **Derecho de Daños**, *op.cit.*, p. 224.

O autor em referência ressalta – e, no meu sentir, com acerto – que neste novo contexto e configuração, pouco ou menos importam o estabelecimento de definições, ou a fixação da natureza jurídica, ou a caracterização ontológica, nem mesmo a propedêutica destes novos direitos; mas ressalta a importância – isto sim – dos próprios e novos direitos e o que eles representam na evolução e desenvolvimento da vida humana. O homem, enquanto ser social que é, e na dicção do jurista, está permanentemente a *exigir al derecho privado em el área de la responsabilidad civil, respuestas vivas*.¹⁰

Na abrangência destas denominadas *situações tuteláveis* encaixam-se – ou tendem a se encaixar, cada vez mais – situações novas que a vida humana em contínua evolução teima em nos apresentar cotidianamente. Assim, por exemplo, os interesses relacionados aos produtos industrializados ou os produtos derivados da informática. As vítimas do desatendimento de tais interesses são os consumidores – destinatários principais das preocupações, na atualidade – cujo consenso colabora, sociologicamente, para que as novas versões de salvaguarda de seus direitos, de atribuição nitidamente objetiva, se realizem no sentido de impedir, neutralizar, ou ao menos fazer cessar os danos caracterizados por tais riscos.

3. O declínio da culpa enquanto pressuposto fundamental da responsabilidade civil e a objetivação do fenômeno pela simples ocorrência do dano.

A ampliação do campo de abrangência da responsabilidade, portanto, acabou por provocar certo declínio da culpa enquanto elemento imprescindível à sua configuração; no en-

¹⁰*Ibidem*.

tanto, não desapareceu completamente a culpa, e nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro. Esta advertência já houvera sido considerada por *Savatier* que previu que “*se uma responsabilidade fundada no risco se justifica plenamente em nosso direito moderno é preciso não lhe atribuir nem função única, nem mesmo o primeiro lugar*”.

Culpa e risco, anuncia o renomado jurista, devem deixar de ser considerados como *fundamentos* da responsabilidade civil, para ocuparem o lugar que efetivamente ocupam, isto é a posição de *fontes* da responsabilidade civil, sem importar se uma delas tem primazia sobre a outra, sem a preocupação de que uma aniquila a outra, mas importando saber que, embora tão mais freqüentes os casos de responsabilidade subjetiva, embasada na culpa, persistem existindo os casos em que se registrará a insuficiência desta fonte, quando então se abrirá a oportunidade da reparação do dano pelo viés da nova fonte, a do risco. Convivem, portanto, as duas teorias, e conviverão provavelmente por longo tempo. Tem razão absoluta *Caio Mário da Silva Pereira*¹¹ quando afirma que, em nosso sistema jurídico, “*convivem as duas teorias: subjetiva como norma geral e objetiva como preceituação especial*”.

A passagem do cenário de exclusividade da culpa como *fundamento* da responsabilidade civil para o cenário de *dúplice* angulação de *fontes* da responsabilidade civil – a culpa e o risco – não se deu de forma abrupta. Ao contrário, caminhos alternativos foram sendo percorridos, sempre buscando a superação da insuficiência do sistema subjetivo. E assim, por exemplo, os doutrinadores e, depois, a jurisprudência, passaram a operar referência a uma modalidade nova – tão nova quanto esdrúxula – de culpa: a culpa objetiva, ou culpa presumida, à qual já se fez menção antes.

¹¹*Apud.* SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1996. p. 271.

Se as vertentes perseguidas pela doutrina e pela jurisprudência não puderam, por si só, ou isoladamente, reverter todo o quadro de desníveis de força e poder existentes entre as vítimas em situação de desvantagem à face do causador do dano, ao menos contribuíram para amenizar o desgaste e a injustiça por tanto tempo perpetrados.

No meu sentir, e ainda que pessoalmente abomine a ficção fantasiosa criada por certas *teorias de salvação* como, por exemplo, esta a que referi há pouco – a da culpa presumida – estou convencida de que não é possível desdenhá-la por completo, pois que bem serviram, em certa época ou em distintas épocas, para abrandar o clamor das vítimas que, com fundamento em escusas nebulosas e em fatos não contemplados pela lei, eram obrigadas a suportar o prejuízo sofrido, no mais das vezes em nome do desenvolvimento e de um progresso que, para elas, era de todo inconveniente.

Situação difícil, deveras! Difícil e injusta, por certo...

Mas o impacto da evolução não se satisfaz com este ou qualquer outro arcabouço interpretativo, ou criativo, para buscar a solução dos problemas prementes não absorvidos pelo sistema de responsabilidade decorrente da culpa. Não bastou, à incansável busca da equidade e do justo, a mutação até este passo desenvolvida, pois a realidade social nova e o clamor dos irressarcidos pediam uma transição da mera interpretação criativa do que se tinha, para a criação de uma solução nova, de feitio diferenciado, com um recorte até então desconhecido. Dito de outro modo: o fenômeno da constante evolução interpretativa do pressuposto da *culpa* teve que ceder vez à criação de uma doutrina nova, a do *risco* como pressuposto, ou fonte, da responsabilidade.

E então – apogeu da curiosidade! – operou-se a formidável magia, tão característica deste mundo fantástico em que vivemos, de se caminhar em círculos, sempre de volta a um ponto que se havia sido abandonado antes...

Observe-se:

Na era mais remota, o dever de indenizar decorria exclusivamente da produção de um dano, sem qualquer perquirição à conduta culposa do agente, mas apenas estabelecendo, com tal imputação, qual era o *preço da vingança*.

Depois, a superação desta fase de responsabilização sem culpa envolveu a criação de um novo modelo, o da *culpa provada* como pressuposto da responsabilidade.

Posteriormente, e graças à dificuldade que, em tantos casos, tinha a vítima de realizar a prova da culpa, inverteu-se o seu ônus, estampando-se a denominada *culpa presumida*.

Demonstrada a insuficiência destes novos contornos interpretativos, a força criativa mais uma vez incentivou a mutação, desta feita para a teoria do *risco*, sistema que prescinde da culpa e que gera um *dever legal* de indenizar, exatamente porque depende de previsão legislativa específica, como se sabe.

Em face de todo este longo percurso, até a cristalização do princípio geral da responsabilidade fundada exclusivamente na culpa, deu-se a promulgação do Código Civil Brasileiro, em 1916, albergando a teoria da culpa em seu principal *hábitat* legislativo, o art. 159.

Em uma ou outra quase insignificante passagem, assim como que camuflado – permitam-me dizer – o Código emoldurou certos casos de responsabilidade independente de culpa, mas a verdade é que esta produção se deu sem ênfase, sem qualquer sentido de consagração de tendências novas que já insistiam em despontar na realidade social de então. Por esta razão é que, como escreve *Fernando Noronha*¹², “*as concepções novecentistas estão sendo atropeladas pelo processo histórico. A sociedade humana passa por transformações nunca antes experimentadas, que progressivamente fa-*

¹²*Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, in Revista dos Tribunais*, vol. 761, mar./99, p. 31-44, especialmente p. 33.

zem anacrônico o regime jurídico instituído em 1916. Nestas circunstâncias, não admira que as soluções consagradas pelo Código estejam sendo ultrapassadas, quer por dispositivos de diversas leis avulsas, quer pelas interpretações atualizadoras que a jurisprudência vem fazendo e que verdadeiramente são criadoras de direito novo”.

E por isso, entre nós, registram-se formidáveis casos exemplificadores desta tendência contemporânea de expansão das hipóteses de novos danos suscetíveis de reparação, dentre os quais desejo destacar os denominados *danos supra-individuais*, ou *transindividuais*, ou *metaindividuais*, como se prefira, que são aqueles que atingem interesses da generalidade das pessoas de uma certa sociedade ou comunidade, vale dizer, interesses difusos ou coletivos, mormente os relativos ao consumidor, ao meio ambiente e os que se referem aos danos resultantes da aplicação indiscriminada, apressada e desatenciosa de técnicas da biomedicina a serviço do progresso ou da ciência.

4. A atual dimensão social da responsabilidade civil e a ampliação de horizontes conferida pela legislação projetada

No momento atual e ao ensejo do modelo legislativo projetado, em nosso país, é possível deixar um registro a respeito de certo avanço que o Projeto de Código Civil Brasileiro, tão criticado por seu envelhecimento antecipado à sua eventual vigência, pôde produzir, há cinco lustros.

Nem perfeito, nem retrógrado. Nem ambicioso, nem descomprometido com a realidade. Razoável. Com um certo viés de preocupação, se considerarmos, de um modo amplo, a recepção da teoria do risco como sistema geral. Ou com um certo viés de coragem, se nos encantarmos com a abertura cometida em nome da *equidade*, assunto que absolutamente

não habitou o sistema do Código Civil, ao tempo de sua promulgação, há oitenta e quatro anos.

O Projeto, enfim, no cerne da estruturação da responsabilidade civil, introduziu uma regra geral bem distinta do que se teve, até aqui. Vale dizer, introduziu a imputação do dever de indenizar por atribuição meramente objetiva, sendo que não o fez pontualmente, em situações individualizadas, delimitadas, mas o fez como sistema geral, transmudando o caráter até então excepcional da responsabilidade objetiva em regra, isto é, em preceito legal geral.

Doutrinadores de estirpe, entre nós, têm analisado esta profunda mutação de estrutura estampada no Projeto e têm revelado preocupação com as conseqüências que a transformação legislativa abrupta poderá causar, caso seja promulgado um novo Código Civil Brasileiro a partir do atual modelo projetado. *João Baptista Villela* – com o destaque que sempre merece – expressa esta preocupação em seu trabalho de 1991, denominado *Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco*¹³, advertindo que eventualmente possa ocorrer (por força do constrangimento resultante do rigoroso sistema implantado, fundado no *risco* decorrente da atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano) um certo acanhamento no desenvolvimento da pesquisa científica, mormente a genética, e que traga, como nefasta conseqüência, uma recessão no progresso da humanidade.

O art. 929 e Parágrafo único do Projeto destacam assim, em vivas letras, aquilo que é uma necessidade crescente entre nós: o dever de indenizar independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outra pessoa.

¹³*Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco*, in **Repertório IOB de Jurisprudência**, nº 22/91, p.489.

Por outro lado, prosseguindo em pequeno passeio pelo Projeto, merece destaque esta especialíssima questão referente à expansão dos critérios endereçados à quantificação ou mensuração dos valores indenizatórios por dano moral. Equilibrada e moderna, além de justa, a legislação projetada eleva e destaca valores éticos imorredouros, tais como a probidade, a boa-fé e, principalmente a *equidade*. Todo este novo perfil normativo trará enormes mudanças na aplicação do direito, exatamente porque confere ao magistrado uma saudável responsabilidade na composição pecuniária da indenização, tornando-a equânime e, por isso, mais justa, atuação esta que é inovadora entre nós, mas que tem por paradigma a moldura da *common law*.

Contudo, e no meu sentir, o que mais se destaca como novidade a ser considerada é a revolução provocada pelo Projeto em matéria de responsabilidade por fato de outrem, pela adoção da teoria do risco-proveito e pelo conseqüente abandono, enfim, do frágil estratagema da inversão do ônus da prova. E assim, o colossal art. 935 do Projeto determina que as pessoas indicadas no artigo antecedente (os pais, o tutor, o curador, o empregador) responderão pelos atos daqueles indicados e a eles relacionados (os filhos menores, os pupilos, os curatelados e os empregados), *ainda que não haja culpa de sua parte*. Trata-se da tão ansiada transição da culpa presumida e do ônus probatório invertido para uma objetivação efetiva desta responsabilidade *in casu*.

5. A transformação da responsabilidade civil novecentista e a fixação de marcos teóricos para o Direito o século XXI.

As considerações até aqui despendidas, referentemente às transformações, às mutações e até mesmo ao abandono de posições que desenharam o perfil da era novecentista, ainda que nem todas tenham sido elencadas, dadas a natural pre-

mência de tempo, neste precioso evento luso-brasileiro, permitem agora, e em realinhamento final, a fixação de certos primordiais aspectos que poderíamos, em homenagem ao nome deste Congresso, denominar de *marcos teóricos* cujo registro fotografasse a atual conjuntura a respeito da responsabilidade civil no Brasil deste final de século e de milênio, como uma espécie de *memória* para o direito do século próximo, o século XXI.

Os *marcos fundamentais* fixam-se, pois, na seguinte triangulação de ordem geral: **a) na ampliação das hipóteses danosas suscetíveis de reparação; b) na ampliação de casos de objetivação da imputação da responsabilidade; e c) na coletivização da responsabilidade.**

Com este perfil, a responsabilidade civil, hoje, muito pouco guarda de similitude com a responsabilidade que nos repassou o anterior século. O foco primordial de atenção deslocou-se, nas últimas décadas, de um desmesurado esforço no sentido do afastamento mesmo da imputação de responsabilidade para este outro, de agora, onde tanto quanto interessa mais é a vítima e seu direito de ser ressarcida. Algo como se deslocássemos a ênfase analítica até então despendida para o *reverso* desta relação jurídica que junte a vítima ao autor do dano, exatamente para que fosse possível *deixar de destacar e de evidenciar o dever, para prestigiar e privilegiar o direito e o seu efetivo exercício.*

A fixação de tais marcos não acarretará, por certo, a plena exclusão da responsabilidade subjetiva fundada na culpa, nem sequer a supressão da responsabilidade individual, mas todas elas conviverão, porque o mérito da evolução não diz respeito à substituição, mas ao alargamento e à ampliação das possibilidades de efetivo exercício do direito à reparação por danos.