

RESPONSABILIDADE CIVIL E CONTEMPORANEIDADE: RETRATO E MOLDURA.* **

*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka****

1. A atual dimensão da responsabilidade civil no direito brasileiro.¹

O anterior Código Civil Brasileiro, de 1916, filiou-se à teoria subjetiva para a composição das regras jurídicas acerca da responsabilidade civil, como se verifica do seu art. 159, do qual se diz ser o *habitat legal* da responsabilidade derivada da culpa.² Mas tal posicionamento não impediu que o legislador anterior, em passagens esparsas, houvesse considerado a adoção da responsabilidade objetiva, baseada no risco e não na culpa. Ambas as posições coexistiram no corpo do velho Código, cabendo lembrar que a regra geral era aquela que fundamentava a responsabilidade civil na idéia de existência de culpa; mas (repita-se), em alguns casos especialmente fixados pelo legislador, acontecia a emergência da obrigação legal de reparar o dano, independentemente da ocorrência de culpa do agente indenizador. A responsabilidade objetiva, então, posto que obrigação legal de indenizar, esteve invariavelmente prevista na lei e imputou a responsabilidade de ressarcir o dano a certas pessoas, independentemente da prática de ato ilícito, pessoas estas a quem não se admite qualquer escusa subjetiva no sentido de pretender demonstrar a sua não-culpa.

* Palestra de abertura, proferida em 06.08.2003, no Curso “*O novo Código Civil*”, promovido pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e coordenado pela palestrante-autora, em questão.

** Dedico este estudo a Luiz Edson Fachin (de quem tomo por empréstimo a locução “*retrato e moldura*”, tão expressiva), Professor da Faculdade de Direito da UFPR, ilustre civilista contemporâneo brasileiro, em razão da admiração extraordinária e do afeto fraterno que a ele devoto.

*** Doutora e Livre Docente em Direito pela FDUSP. Professora Associada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP.

¹ Este estudo retoma reflexões que foram descritas pela autora antes, em outros estudos seus, sobre o instituto da responsabilidade civil, especialmente dois deles, denominados “*Tendências Atuais da Responsabilidade Civil: Marcos Teóricos para o Direito do Século XXI*”, *in* Revista Brasileira de Direito Comparado – Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 19/ 2º sem. 2000 (publicada em 2001), ps. 189-206, e “*Novos Rumos da Satisfação Reparatória*”, “Direito Civil-Estudos” (capítulo 2, Quinta Parte), Belo Horizonte, Editora Del Rey: 2000, ps. 279-292,

² Art. 159 CC/1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

‘Álvaro Villaça Azevedo³ desenvolveu, ainda sob a vigência do anterior Código, uma proposta de subclassificação da responsabilidade civil extracontratual objetiva, bifurcando-a em *objetiva pura e objetiva impura*. Segundo o jurista, 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*”. É sempre útil lembrar, para deixar melhor definido, que a responsabilidade objetiva – *pura* ou *impura* – 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 entregue ao *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 conseqüência, de prejuízo e da invariável e prévia fixação legal. Nesta dicotomia classificatória da responsabilidade objetiva, conforme propugnada por Álvaro Villaça Azevedo, 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, independe da culpa do agente indenizador e deve estar rigorosamente pré-fixada em lei. Por sua vez, estão a distingui-las, desnudando o campo próprio da objetiva pura e mostrando-a de forma tão diferente 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; não admite o direito de regresso.⁴ Diz este renomado autor, a respeito: “[...] costumamos dizer que há duas categorias de responsabilidade com fundamento na teoria do risco: pura e impura. A impura tem sempre, como substrato, a culpa de terceiro, que está vinculado à atividade do indenizador. A pura implica ressarcimento, ainda que inexista culpa de qualquer dos envolvidos no evento

³ AZEVEDO, Álvaro Villaça, “*Teoria Geral das Obrigações*”, 6ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, *passim*.

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Novos Rumos da Satisfação Reparatória*, cit., *passim*.

*danoso. Neste caso, indeniza-se por ato lícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim o determina. Nestas hipóteses, portanto, não existe direito de regresso, arcando o indenizador, exclusivamente, com o pagamento do dano.”*⁵

Como exemplo desta espécie de responsabilidade civil – a objetiva impura – é possível apontar os arts. 1527, 1528 e 1529 do Código Civil anterior, que, respectivamente, tratam da responsabilidade do dono do animal, do dono do edifício e do habitante da casa. Como exemplo desta espécie de responsabilidade civil – a objetiva pura – é possível registrar, acompanhando Álvaro Villaça Azevedo, a hipótese legislada pela Lei 6.938/81 regulamentada pelo Decreto 88.351/83 – que tratou da indenização ou reparação dos danos causados ao meio ambiente – hoje, substituída pela nova Lei Ambiental nº 9.605/98, e a Lei nº 6.453/77 que dispõe sobre os danos causados por atividades nucleares.

2. A ampliação de horizontes conferida pelo novo Código Civil Brasileiro.

No momento atual, após a entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro⁶, é possível deixar um registro a respeito de certo avanço que o Projeto de Código Civil, conhecido como Projeto Miguel Reale, do ano de 1975, pôde produzir, há cinco lustros. Nem perfeito, nem retrógrado. Nem ambicioso, nem descomprometido com a realidade. Razoável. Com um certo viés de preocupação, caso se considere, de um modo amplo, a recepção da teoria do risco como sistema geral. Ou com um certo viés de coragem, caso se considere a abertura cometida em nome da *equidade*, assunto que absolutamente não habitou o sistema do Código Civil de 1916, ao tempo de sua promulgação.

Já o então Projeto de 1975 – agora novo Código Civil – no cerne da estruturação legislativa da responsabilidade civil, havia introduzido 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, transmutando em regra o caráter até então

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça, “*Teoria Geral das Obrigações*”, ob.cit., *passim*.

⁶ O novo Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, entrou em vigor no dia 10 de janeiro de 2003.

excepcional da responsabilidade objetiva, isto é, transformando-a em preceito legal geral. Doutrinadores de estirpe, entre nós, têm analisado esta profunda mutação de estrutura estampada na nova Lei Civil e têm revelado preocupação com as conseqüências que a transformação legislativa abrupta poderá causar. João Baptista Villela – com o destaque que sempre merece – expressava já esta preocupação em seu trabalho de 1991, denominado *Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco*⁷, advertindo que eventualmente pudesse 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. 927 e § único do novo Código⁸ 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.

Obviamente, apesar desta marcante tendência objetivista da responsabilidade civil, na Lei nova, não se encontra abandonada a responsabilidade por culpa, continuando consagrada na Parte Geral, entre os dispositivos que formatam o Título relativo aos *atos ilícitos*⁹, repetindo-se adiante, no arcabouço da responsabilidade civil propriamente dita.¹⁰ Relativamente à responsabilidade do *incapaz*, avançou significativamente o novo Código¹¹, ao prever que ele responde pelos danos a que der causa, se seus responsáveis não tiverem a obrigação de indenizar ou se o patrimônio destes, desde que responsabilizados, não for suficiente para atender ao reclamo da vítima. Trata-se de interessantíssimo avanço já conhecido de outras legislações estrangeiras, e que atende rigorosamente a este *paradigma*

⁷ *Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco*, in Repertório IOB de Jurisprudência, n° 22/91, p.489.

⁸ Art. 927. [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (g.n.).

⁹ 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.

¹⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

¹¹ Art. 928. 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.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se ela privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

da pós-modernidade que aponta o foco de atenção, do direito e da lei, para a *pessoa da vítima* e para a imprescindibilidade de refazimento de sua circunstância jurídico-patrimonial afetada pelo dano sofrido, mas, especialmente, pelo refazimento de sua condição de *titular do direito à dignidade constitucionalmente plasmada enquanto valor máximo da pessoa humana*, pela imposição do dever indenizatório ao causador do dano.

Ainda que incapaz.

Embora o novo Código não estabeleça expressamente esta consignação, a oportunidade da inserção legislativa se sobrepõe naquelas hipóteses em que o incapaz causador do dano é, na verdade, um relativamente capaz e titular de patrimônio suficiente.

Cuidadoso, o legislador não deixou de avisar que a aplicação desta regra tem, como pressuposto inafastável, a certeza de que a cominação do dever de indenizar não promoverá a privação do incapaz, relativamente àquilo que minimamente necessita para si próprio. O bom senso do magistrado zeloso – que aplicará a nova forma de expressão legislativa do direito civil no que respeita à responsabilidade civil e ao dever de indenizar danos causados – levará em conta esta bipolarização de interesses, conjugando-os *equitativamente*, conforme convém à nova arquitetura legislativa.

Por outro lado, e ainda sob a consideração do Código recém-aprovado, destaca-se esta especialíssima questão referente à expansão dos critérios endereçados à quantificação ou mensuração dos valores indenizatórios por dano patrimonial ou moral. Equilibrada e moderna, além de justa, a nova legislação civil 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, o que mais se destaca, talvez, como novidade a ser considerada é a revolução provocada pela nova Lei 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. 933 do novo Código¹², em caráter coadjuvante, 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*.

Indo além, o legislador do novo Código estabeleceu a solidariedade¹³ entre as pessoas responsabilizadas pelos danos causados por terceiros e estes próprios, situação não presente na Lei Civil anterior, mas muito discutida doutrinária e jurisprudencialmente, no curso da vigência deste Código Bevilacqua, de 1916.

Sem pretender a análise pontual dos dispositivos que compõem o Título IX do Livro I da Parte Especial do novo Código Civil – artigos. 927-954 – anotam-se os fundamentais plexos ou paradigmas da responsabilidade civil na nova legislação, à guisa de reconhecer as tendências de outrora já fixadas na lei nova, como ponto de partida e reflexão para o evoluir do novo século: a) reparação do dano causado por culpa do agente, ou independentemente de sua culpa¹⁴; b) reparação do dano moral¹⁵; c) repressão ao abuso do direito¹⁶.

¹² Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a III do artigo antecedente, *ainda que não haja culpa de sua parte*, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

¹³ Art. 942. [...] Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

¹⁴ Art. 927. Aquele que, *por ato ilícito* (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. (g.n.)

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁵ 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. (g.n.)

¹⁶ Art. 187. 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.

3. Prognose para a responsabilidade civil: o papel da culpa como fonte do direito à reparação e como fundamento de designação do responsável.

Tudo quanto se disse, até aqui, 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, permitem agora, e em realinhamento final deste capítulo, a fixação de certos primordiais aspectos que se poderia pontuar como *marcos teóricos*, e cujo registro fotografasse a atual conjuntura a respeito da responsabilidade civil no Brasil deste início de século e de milênio, como uma espécie de *memória* para o direito contemporâneo.

Hoje, os danos são outros e maiores e provêm de situações causadoras outras e novas.

Hoje, a previsão de situações danosas ainda não conhecidas se torna difícil, embora a certeza de que existirão.

Hoje, a vítima deve ter a possibilidade de ressarcimento garantida em escala de maior segurança.

Com este perfil, a responsabilidade civil de hoje, muito pouco guarda de similitude com a responsabilidade que foi conhecida e desenvolvida nos anteriores dois séculos. O foco primordial de atenção deslocou-se, nas últimas décadas, de uma preferência por atender o interesse do responsável, por meio da exoneração de sua responsabilidade, para o interesse da vítima e seu direito de ser ressarcida. Um fenômeno de deslocamento da ênfase de justificação da responsabilidade civil, como até então levada preferencialmente a efeito, para o *reverso* desta relação jurídica que junte a vítima ao autor do dano, exatamente para que se deixasse de destacar e de evidenciar o *dever*, para prestigiar e privilegiar o *direito* e o seu efetivo exercício.'

Não se altera, assim com facilidade, o foco de atenção primordial de um instituto jurídico, como se sabe, de modo que a evolução da responsabilidade civil, especialmente nas últimas décadas, causou profundos traumas no seio da instituição. Patrice Jourdain escreve que “*o direito teve de se adaptar às transformações da sociedade e às exigências novas da reparação dos danos*” e que “*isso impôs uma revisão dos fundamentos da responsabilidade, impulsionando um questionamento do lugar e papel, tradicionais da*

culpa”¹⁷ A crise da responsabilidade civil não é somente da culpa, mas resulta, sobretudo, da concorrência desses mecanismos de indenização coletiva, conforme se buscou apontar. Mas é certo que o futuro não acarretará a plena exclusão da responsabilidade subjetiva fundada na culpa, nem sequer suprimirá a 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.

Relativamente à culpa, é bem verdade, o principal abalo que a concepção sofreu revela uma importantíssima *deformação*, no sentido de alteração intrínseca, como consequência direta dessa alteração essencial de seu conteúdo. A culpa, fundamento da responsabilidade subjetiva – a responsabilidade por culpa provada – foi, paulatinamente, perdendo o seu feitiço ancestral, processo que se acelerou muito no início do século XIX, anteriormente ao início do fenômeno de objetivação de certos episódios danosos, quando então os magistrados consideraram como culpa – em alguns casos, e buscando fazer justiça – ocorrências moralmente insignificantes, muitas vezes tomando por culpa o que era um erro vulgar e, por vezes, mesmo desculpável. Foi a fase jurisprudencial conhecida como *pó da culpa* que tinha, por um lado, o bom lastro de atender ao reclamo justo da vítima, em face do dano sofrido, mas que, de outro lado, não tinha o lastro do bom direito, especialmente pela falta de critério para julgar e imputar responsabilidade, confundindo comportamentos moral e socialmente irrepreensíveis com negligência, principalmente. Além disso, e um pouco mais adiante, no tempo, a crise alastrou-se depois da instituição do seguro, mormente em casos de responsabilidade por culpa, uma vez que, como já dito, o seguro desmontou todo o arcabouço de eficácia preventiva e com todo o conteúdo de sanção que formatavam a idéia de culpa.

O ambiente da responsabilidade civil, nesse passo, estava mais que propício para o desmantelamento da *responsabilidade por culpa*, para ceder espaço à novel *responsabilidade sem culpa*, retirando daquela primeira a primazia de ser considerada a base de todo o sistema. Na França, iniciou-se o grande movimento de releitura do art. 1384,

¹⁷ JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la Responsabilité Civile* (Collection ‘Connaissance du droit’). Paris: Éditions Dalloz, 5^a édition, 2000, p. 18.

alínea 1, do Código Civil francês de 1804, bem como multiplicaram-se os regimes especiais de responsabilização civil, nos domínios socialmente mais exigidos, garantindo às vítimas uma reparação independentemente de culpa do responsável.

Sofreu embates, a culpa, sem dúvida, mas sobreviveu, resistentemente, e certos setores ainda se encontram sob a sua esfera de atuação e abrangência, em que pese este contexto privado estar sendo paulatinamente reduzido, mesmo nas áreas em que tradicionalmente estiveram sob as ordens da responsabilidade subjetiva. No âmbito da responsabilidade por fato de outrem, a culpa passou a exercer um estranho e distorcido papel, ao desenvolver-se sob as pregas de uma presunção de culpabilidade, situando sua base entre fronteiras nunca bem delimitadas, com aparência de objetivação, mas nome de subjetivação.¹⁸

Mas a sua sobrevivência se deve, certamente, ao seu importantíssimo papel de prevenção à ocorrência de danos e o seu papel sancionador do responsável por conduta culposa. Contudo, não há como negar, a culpa já não ocupa mais, no direito contemporâneo, o lugar de único, ou de principal, fundamento da responsabilidade civil. Tem sido muito comum o fato de a doutrina se referir ao risco ou a garantia para justificar o crescente número de casos de responsabilidade sem culpa. Mais uma vez, Patrice Jourdain procura esclarecer este momento de revisão da culpa enquanto fundamento da responsabilidade civil, exatamente para melhor delimitar os papéis por ela e pelo risco desempenhados, conforme ele mesmo justifica, distinguindo duas etapas essenciais, referentes ao percurso que vai do fato danoso até a reparação: “*A primeira das etapas mencionadas refere-se ao ‘fato gerador’ da responsabilidade, isto é, aquele que, sendo a*

¹⁸ Reconheça-se, entre nós, a curiosidade estampada no seguinte texto selecionado, de Maria Helena Diniz, que ela oferece, como comentário, ao art. 1523 do Código Civil de 1916, e conforme se vê da edição inaugural de seu Código Civil Comentado, Ed. Saraiva: São Paulo, 1995, p. 879: ***I – Responsabilidade [subjetiva] por ato de outrem.*** *O art. 1523, ora comentado, foi revogado pelo Código de Menores de 1927, que veio a perder sua vigência em razão do Código de Menores de 1979 (atualmente revogado pela Lei n. 8.069/90), mas que nem por isso, no que se refere a menores, restabeleceu o art. 1523, ante o disposto na Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 3º. Assim, a responsabilidade do representante legal por ilícito de menor será [objetiva] por não mais existir a presunção de culpa, mas, para evitar injustiças em certos casos, tem-se decidido, com base na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, que se exonere o representante legal do menor, se for evidente que o dano causado pelo menor se deu, apesar de seu representante ter sido diligente, cumprindo de modo exemplar a obrigação de vigilância. Com isso, a responsabilidade será [subjetiva]. Assim sendo, a responsabilidade das pessoas enumeradas no art. 1521, I a IV, sem exceção, será [subjetiva], por haver presunção de culpa in vigilando, in instruendo e in eligendo, que provoca a reversão do ônus da prova, fazendo com que tais pessoas tenham de comprovar que não tiveram culpa alguma. Todavia, a jurisprudência tem entendido que a presunção não é jûris tantum, mas legis et de lege equípólente à responsabilidade [objetiva]. (Grifei e deixei entre os sinais [...] os adjetivos subjetiva e objetiva, a cada vez que eles apareceram no texto da ilustre civilista referida, para dar o destaque que pretendo, neste estudo.)*

causa do dano, estabelece o direito à reparação da vítima. A segunda consiste em designar a pessoa que deverá responder pelo dano causado, quando então serão indicados os fundamentos dessa 'designação do responsável'.”¹⁹

Quanto à primeira das etapas é certo, indubitavelmente, que a culpa pode ser a força motriz do surgimento da responsabilidade, ou, dito em outras palavras, a fonte deste dever de reparar o dano; mas, igualmente, a culpa se apresentará, em todas estas situações, como a base fundante do direito à reparação. Dois lados da mesma moeda – dever e direito – designados por uma mesma causa, isto é, como geratriz, numa vez, e como sustentáculo, noutra vez. “*A culpa é, de uma só vez, o fato gerador da responsabilidade e o fundamento do direito à reparação. Isso vale para a culpa delitual praticada nas relações com terceiros e para a culpa contratual consistente na inexecução do contrato*”.²⁰

Quanto a esta seguinte das etapas, então, a culpa se desdobrará neste seu papel de geratriz do dever de indenizar para se plantar como fundamento da própria designação do responsável, isto, do titular do dever de indenizar ou reparar. Sob esse duplo papel, instala-se, para o elemento culpa este seu perfil ambíguo ou bipartido, de ser, a um tempo, fonte e fundamento, na ambiência da responsabilidade civil. Normalmente há a coincidência entre o agente do dano, que se houve com conduta culposa, e a pessoa do indenizador ou responsável.

Naquelas outras hipóteses de surgimento da responsabilização civil, independentemente de culpa – quer dizer, nas hipóteses de responsabilidade civil *sem culpa* – sem que interesse exatamente quem tenha dado causa ao dano, alguém deverá ser *designado responsável*, e deverá, por isso, atender o direito da vítima à reparação. Assim, por exemplo, as hipóteses de responsabilidade legalmente atribuída ao patrão pelo ato culposo (e causador de dano) de seu preposto. A vítima tem duas vertentes, à sua disposição, para o endereçamento de sua pretensão, sendo que o responsável designado, na maior parte das vezes, é aquele que tem melhor condição de solvabilidade, maior possibilidade de adimplir.

E qual seria, então, o fundamento da designação de um tal responsável? Entre nós, e sob a vigência do Código anterior, pensou-se durante muito tempo (especialmente no que diz

¹⁹ PATRICE JOURDAN, *Les Principes de la Responsabilité Civile* (Colection ‘Connaissance du droit’), ob.cit., p. 30.

²⁰ Idem, ibidem.

respeito à responsabilidade oriunda do art. 1521 daquele Código) que o fundamento seria a *culpa*, ainda que *presumida*, como se deu no desenvolvimento do assunto entre nós, desde a promulgação do Código de 1916 até agora, quando novo Código Civil²¹ passa a vigor, *objetivando*, definitivamente, essas hipóteses.

Já antes, a melhor doutrina, de resto como aconteceu na França, assentava convencimento acerca de se tratar de responsabilidade objetiva, correndo à volta da noção de *risco*: o responsável é aquele que deve assumir os riscos que foram realizados. São diversas as razões que buscam sustentar esta posição doutrinária mais lúcida, mais consentânea com a realidade e com a contemporaneidade, como, por exemplo, a *contrapartida de lucro*, ou a *contrapartida do poder e da autoridade*, ou o fato de *parecer natural* que se impute responsabilidade à pessoa que está na origem do risco²², ou a *garantia de solvabilidade* do responsável designado, ou mesmo a *força obrigatória do contrato*, no caso de ser contratual a designação do responsável, ou, ainda, a *aptidão particular do seguro*, já que, por meio da mediação do segurador, há maior segurança de que a vítima seja efetivamente indenizada.

Esta pluralidade de razões, na verdade, demonstra a certeza de que a responsabilidade civil, na contemporaneidade, absolutamente não tem um só fundamento, nem mesmo um fundamento absoluto, como se pensou ser a culpa, anteriormente.

Norberto Bobbio já havia deixado o registro de sua certeza acerca de não existirem fundamentos absolutos e, por isso, direitos absolutos, quando proferiu a sua famosa conferência denominada *Sobre os fundamentos dos direitos do homem*, em 1964²³, que foi uma das duas conferências de abertura²⁴ do Simpósio sobre os Fundamentos dos Direitos

²¹ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a III do artigo antecedente, *ainda que não haja culpa de sua parte*, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (g.n.)

²² “Isso não significa que se estará punindo o criador de riscos, já que o espírito empreendedor não é condenável, bem pelo contrário; mas, isto sim, de procurar por uma política de proteção dos danos, fundando-se na idéia de que aquele que está na fonte dos riscos é o melhor para impedir a realização. A vontade para fazer voltar a responsabilidade ao criador dos riscos está presente em todas as responsabilidades objetivas não fundadas em uma culpa pessoal do responsável”. (Patrice Jourdain, ob.cit. p. 32.)

²³ BOBBIO, Norberto, *Sobre os fundamentos dos direitos do homem*, conferência publicada na obra *A Era dos Direitos* (L’età dei Diritti), p. s. 15-24, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

²⁴ A outra conferência foi proferida por Perelman, segundo informa Bobbio na introdução de sua obra *A Era dos Direitos* (L’età dei Diritti), cit.

do Homem, realizado na cidade de L' Áquila e promovido pelo Instituto Internacional de Filosofia, sob a presidência de Guido Calogero.

Nesta conferência, Bobbio discutiu acerca de fundamento absoluto dos direitos do homem, indagando, primeiro, se este atributo de absoluto é possível e, supondo que seja possível, se é desejável. Em primeiro lugar ele desenvolveu a idéia de que os direitos ou são aqueles que já se tem, ou são aqueles que se gostaria de ter ou pretende que se tenha. No primeiro caso, a respeito de direito que já se tem, ele anuncia ser esta a esfera do direito positivo, quer dizer, já há uma norma previamente traçada para delinear e delimitar o perfil do direito em questão; no segundo caso, trata-se de um direito que se deseja ter e, portanto, a busca de seu fundamento significa o percurso de argumentação e convencimento para que mesmo seja enfim, constituído como norma válida, no ordenamento positivo. O fundamento, diz-se, costuma correr a favor dos direitos no sentido de se dizer que é ele quem exerce o indiscutível papel de justificar a existência de tais direitos, ou de justificar a razão pela qual devam ser reconhecidos, ou de justificar os motivos pelos quais devam ser perseguidos por todos, como algo desejável.

Descreveu o filósofo que a idéia de existir um fundamento absoluto, do qual derivasse um direito irresistível é apenas uma quimera, ou uma ilusão, tendo em vista que nenhum fundamento, pela sua própria constituição, pode ser absoluto, já que os direitos são variáveis, no tempo e no espaço e, por isso mesmo, não podem fundar-se em algo absoluto ou inamovível. *Fundamentos absolutos gerariam direitos absolutos*. A própria história dos homens mostra, seguidamente, que não sobrevivem eternamente direitos imaginados absolutos – como aconteceu, por exemplo, com o direito de propriedade – exatamente em razão da fragilidade da própria natureza do homem. Bobbio menciona que o racionalismo kantiano havia operado uma drástica redução no rol dos denominados direitos inatos (era assim que Kant chamava os direitos irresistíveis ou absolutos), passando a expressá-los, concentradamente, apenas no direito à liberdade. Nem dessa forma aceita, Bobbio, a existência de direito absoluto, deixando pairar a inquietante indagação acerca de se procurar saber *o que é liberdade*.

Não apenas isso, mas Bobbio ainda alinhava outras razões que correm a favor de sua tese, pela qual ele não apenas contesta a legitimidade, mas também a eficácia prática da

busca do fundamento absoluto, entre as quais o fato de a classe dos direitos do homem ser uma classe mal definível e bastante variável, além de heterogênea e reveladora de antinomia. Sob o ponto de vista dessa característica ligada à antinomia – à qual Bobbio chega ao verificar que existe um profundo *contraste entre o direito fundamental de uma categoria de pessoas e o direito igualmente fundamental de uma outra categoria*²⁵ – é possível reconhecer, com perfeição a disputa de direitos invocados pela mesma pessoa, na ambiência da responsabilidade civil, mormente em face da responsabilidade objetiva pura, conforme a denominação oferecida por Álvaro Villaça Azevedo, como se viu, na qual o desempenho de atividade lícita, cercada de toda a legitimidade de um sistema de leis, atividade essa que tem até mesmo o beneplácito social por ser imprescindível ao progresso do cidadão, ainda assim, se danos ocorrerem, por força da periculosidade imanente a ela, o seu executor será responsabilizado, independentemente de sua culpa – e independentemente da culpa de quem que seja – na produção do sinistro.

A revolução é enorme, sem dúvida. E, como acentua o filósofo contemporâneo, “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de ‘justificá-los’, mas o de ‘protegê-los’.* Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” E, adiante arremata: “*O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. Isso significa que o filósofo já não está sozinho. O filósofo que se obstinar em permanecer só termina por condenar a filosofia à esterilidade. Essa crise dos fundamentos é também um aspecto da crise da filosofia.*”²⁶

Foi o que escreveu o filósofo há quase quatro décadas. Ainda hoje remete à reflexão.

São Paulo, 06 de agosto de 2003.

²⁵ BOBBIO, Norberto, ob.cit., p. 21.

²⁶ BOBBIO, Norberto, ob.cit., p. 24.