

**UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS SUAS
REINTERPRETAÇÕES: das novas formulações do instituto e as repercussões para o
século XXI**

**A REVIEW OF THE INSTITUTO OF CIVIL LIABILITY AND ITS
REINTERPRETATIONS: from the new compositions of the institute and the
implications for the XXI century**

Fernando de Siqueira* ; Glenda Gonçalves Gondim*

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar, a partir de um resgate histórico, o instituto da responsabilidade civil, suas funções e pressupostos. Para tanto, o estudo foi dividido em quatro partes. Na primeira, são apreciados os fundamentos teóricos da teoria clássica da responsabilidade civil concebida na Modernidade, bem como, a noção do elemento da culpa. Na segunda, expõe-se a insuficiência da teoria clássica para efetivar o princípio basilar da responsabilidade civil, qual seja, a reparação integral das vítimas frente a danos que se fazem de difícil carga probatória da culpa, e ainda, demonstra-se a importância da Revolução Industrial no processo de objetivação da responsabilidade civil. Na terceira, analisam-se as alterações sociais ocorridas no século XX e que justificam uma nova releitura do instituto para o século XXI. Por fim, na quarta parte, analisa-se que o instituto tradicional da responsabilidade civil vocacionado para instrumentalizar a reparação de danos, pode e deve prestar papéis mais amplos e consentâneos como a afirmação da proteção dos direitos da pessoa a partir de uma perspectiva preventiva. Na conclusão é realizada a síntese das principais ideias desenvolvidas, assim como, são feitas ponderações em relação ao futuro da responsabilidade civil, destacando a necessidade de uma maior abrangência da perspectiva preventiva.

Palavra-chave: Responsabilidade civil. Culpa. Dano. Revolução Industrial. Teoria do risco. Prevenção. Reparação.

* Acadêmico do curso de Direito da Universidade Positivo. Integrante do Programa de Iniciação Científica (PIC) da Universidade Positivo. Estagiário do Escritório de advocacia Wambier Arruda Alvim Wambier. Endereço eletrônico: fernando_siqueira_ctba@hotmail.com.

* Mestre e Doutoranda em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogada. Professora de Direito Civil da Universidade Positivo. Endereço eletrônico: glendagondim@hotmail.com

ABSTRACT

This study aims to analyze, from a historic rescue, the institute of civil liability, its functions and assumptions. Thus, the study was divided into four parts. At first, the classic theory of civil liability composed in Modernity are appreciated and the theoretical foundations as well as the notion of the guilt. In the second part, the insufficiency of classical theory to accomplish the basic principle of civil liability, that is the compensation of victims, is demonstrated facing to the damages that are difficult to prove the guilt and also shows the importance Industrial Revolution in the process of the civil liability without guilt. In the third, the social changes in the twentieth century are analyzed and justify a reinterpretation of the institute for the XXI century. Finally, in the fourth part, demonstrates that the traditional institution of civil liability aimed to instrument repair damage, can and should provide larger and consistent roles as affirming the protection of human rights from a preventive perspective. Conclusion is made in the synthesis of the main ideas developed, as well as considerations are made about the future of civil responsibility, emphasizing the need of preventive perspective.

Key words: Liability. Fault. Damage. Industrial revolution. Risk theory. Prevention. Reparation.

1. Notas introdutórias

O instituto da responsabilidade civil sofreu profundas alterações nos últimos séculos (JOSSERAND, 1941: 548) e passou a ocupar um papel de grande relevância dentro do Direito Privado. Historicamente, atribuíram-se à responsabilidade civil funções diversas, mas relacionadas entre si: punir um culpado, vingar a vítima, indenizar a vítima, restabelecer a ordem social e prevenir comportamentos anti-sociais (PÜSCHEL, 2005: 91-107). Mas, somente a partir do período Moderno, mais precisamente no século XIX, com a Revolução Industrial, que ocorreu as maiores e mais importantes transformações a respeito da responsabilidade civil e suas funções.

É este momento que é utilizado como marco temporal para o presente estudo, quando a teoria clássica da responsabilidade civil concebida na Modernidade, assentada sobre três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano (GONÇALVES, 2003: 4) começa a ser alterada, com vistas a adequar o instituto ao desenvolvimento industrial e tecnológico iniciado com a Revolução

Industrial. Isto porque, estes fenômenos aumentaram significativamente a quantidade de danos sofridos, que acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas.

Para os fins almejados da presente pesquisa, são analisadas a teoria do risco, que sem substituir a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima. Esta teoria defende que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente da culpa (HIRONAKA, 2011: 51).

Surgia, assim, uma nova roupagem para a responsabilidade civil. Se os pressupostos justificadores da obrigação de indenizar um dano foram construídos em atenção a conduta lesionante do ofensor, já a partir dos processos técnicos jurídicos desenvolvidos com uma tendência de objetivação da responsabilidade civil, auxiliada pela teoria do risco, passa-se a atenção à plena reparação da vítima de um dano.

A realidade é que se tem procurado fundamentar a responsabilidade na ideia de culpa, mas sendo esta insuficiente para atender às imposições do progresso, tem o legislador fixado os casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar, independente daquela noção (GONÇALVES, 2003: 7).

Hoje, o objetivo das cortes na aplicação da responsabilidade civil tem sido menos identificar um responsável que se vincule (pela culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais, o de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação dos prejuízos sofridos pela vítima (SCHREIBER, 2008: 168), razão pela qual tem sido denominada em outros países como “Direito de Danos”¹.

Por fim, e sem desconsiderar toda a importância representada pelo denominado “Direito de Danos”, propõem-se também na presente pesquisa, uma “nova” leitura do instituto da responsabilidade civil, no sentido de não apenas colocar em debate a violação de direitos e por consequência os danos, mas sim, possibilitar por intermédio da prevenção uma maior proteção ao indivíduo, com o intuito que ele não chegue à condição de vítima. Tem-se, assim, a denominada responsabilidade civil de cunho preventivo.

Desta forma, o presente estudo tem como objetivo analisar as transformações do instituto, desde o século XIX e quais são as repercussões para o século XXI.

¹ É o caso, por exemplo, da Argentina, a qual tem adotado a nomenclatura de “derecho de daños”. Sobre o tema: GHERSI, Carlos Alberto. Teoría general de la reparación de daños. Astrea: Buenos Aires, 2003.

1. A Modernidade e a teoria clássica da responsabilidade civil fundada na noção de culpa

O instituto da responsabilidade civil tem como objetivo recompor o lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido o dano (DIREITO e CAVALIERI FILHO, 2004: 331-332). Na modernidade a análise era realizada a partir de quem era responsável, ou seja, a quem poderia ser imputada a “responsabilidade” sobre o ocorrido, por isso, tinha-se que o elemento da conduta culposa era tão importante dentro da concepção clássica da responsabilidade civil.

Concepção essa que foi exaltada pela era das codificações², cujas tendências filosóficas eram da escola jusracionalista e, assim, não era racional imputar a um indivíduo qualquer responsabilidade sobre a ocorrência de danos, sem analisar a sua conduta consciente e o valor moral da culpa que embasava o instituto (JOURDAIN, 2007: 9).

A ideologia liberal e individualista, então dominante na modernidade, contribuiu fortemente para a caracterização do elemento da culpa, sendo essa compreendida no “uso culpável da liberdade, que moralmente demanda uma sanção” (SCHREIBER, 2013: 13), sanção que era definida por meio da reparação do dano ocasionado.

A culpa trazia consigo uma conotação subjetiva com aspectos eminentemente morais e éticos. É válido ressaltar, que a ideia de culpa chega à modernidade influenciada pelos ideais cristãos da idade média e pelo direito canônico o que reforçara o tom de infração moral atribuído à ideia de culpa. Nas palavras do professor Marcos Junqueira Calixto: “a Idade Média é marcada pela influência do Direito Canônico, bem como pela influência do pensamento dos canonistas e dos teólogos morais na formulação ou reformulação de certos institutos jurídicos, dentre os quais se destaca a culpa” (CALIXTO, 2008: 135).

A influência jurídica medieval chega fortemente ao período moderno, e ainda mais, há resquícios dessa influência no entendimento contemporâneo, o que perdura em algumas situações no sentido de que os juristas modernos se valiam, assim como os contemporâneos se valem, de elementos anímicos, típicos de uma avaliação moral e subjetiva da conduta individual para definir a noção jurídica de culpa, normalmente relacionada com o uso indevido da sua própria liberdade.

² A era das codificações é assim denominada para indicar as ideias oitocentistas racionalistas que pretendiam dispor em um único sistema de normas todas as relações sociais. A pretensão de completude em um único corpo de leis, de imutabilidade e eternidade definem e moldam o objetivo do legislador. Por óbvio que a pretensão se revela ineficaz e “(...) Em todo o mundo restou demonstrada a falência do modelo regulamentar inspirado na pretensão de completude das codificações oitocentistas, diante da multiplicação desconcertante de novas situações e expectativas que caracterizam as sociedades atuais”. (SCHREIBER, 2013: 115-117).

Assim, seja porque um indivíduo utilizou sua liberdade de maneira inadequada, ou procedeu da forma que se enquadre em um dos conceitos supramencionados, a teoria clássica da responsabilidade civil sempre impôs a vítima, como pressuposto para ser ressarcida do prejuízo experimentado, o encargo de demonstrar o liame de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano, como por igual, o comportamento culposo do agente causador do dano.

Nota-se, desse modo, que o sistema moderno da responsabilidade civil para justificar o dever do ofensor de indenizar a vítima por um dano, tinha com premissa a ideia de culpa a partir de uma conotação moral. Período esse, sintetizado no século XIX no chamado dogma da culpa e no conhecido aforismo ‘não há responsabilidade sem culpa’ (NORONHA, 2010: 558).

E para alcançar esse desiderato, o sistema clássico da responsabilidade civil concebido na Modernidade³ pelas codificações, se pautava em três pressupostos: culpa, dano e nexo causal. A vítima de um dano precisava, além de evidenciar seu prejuízo, superar duas sólidas barreiras para obter a indenização: (i) demonstrar a culpa do ofensor, e (ii) comprovar o nexo de causalidade entre a conduta culposa do ofensor e o dano (SCHREIBER, 2013: 11).

Gradativamente, o elemento volitivo da culpa teve sua importância afastada, diante de uma sociedade estruturada após a Revolução Industrial, quando a comprovação da conduta culposa era um ônus demasiado para a vítima (CHABAS, 1975: 15).

A revolução industrial foi extremamente importante para a transformação da responsabilidade civil, eis que existiram novos danos nunca antes imaginados e que deveriam ser reparados, mas não o poderiam ser através da análise da conduta culposa. Nesse sentido, “a conotação psicológica da culpa com uma rigorosa exigência de sua demonstração conduziu, gradativamente, à modelagem jurisprudencial e doutrinária de um obstáculo verdadeiramente sólido para a reparação dos danos” (SCHREIBER, 2013: 16), o que colaborou para uma tendência da objetivação da responsabilidade civil.

O afastamento do elemento da culpa e início do fenômeno da objetivação é uma mudança de grande relevância para a responsabilidade civil, considerada como uma alteração paradigmática para Carlos Alberto GHERSI, que afirma:

³ FARIA, Ricardo de Moura, apud ALTHEIM, Roberto, op. cit., pp. 21-22. O professor Altheim citando Ricardo de Moura Faria preconiza que denomina-se modernidade a ordem social surgida como a antítese ao mundo medieval a partir da Ilustração europeia. FARIA, Ricardo de Moura. História. Belo Horizonte: LÊ, 1989. v. 3, p. 13: “Em fins do século XVII na Inglaterra, tinha início um movimento intelectual que ficou conhecido como iluminismo ou ilustração. Este movimento alcançou sua maior expressão na França, durante o século XVIII. As ideias defendidas pelos filósofos iluministas iam de encontro às aspirações da burguesia em ascensão, pois criticavam as instituições do Antigo Regime e refletiam as transformações de todas as ordens por que passava a sociedade europeia, preparando assim, o caminho ao movimento revolucionário burguês”.

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 un método, de una filosofía, de una historia. (GHERSI, 2003: 16)

A partir da revolução industrial, inicia-se uma nova análise do instituto para melhor atender os interesses das vítimas dos “novos danos” e que não eram suficientemente reparados se aplicada a regra da responsabilidade civil subjetiva.

2. A insuficiência da teoria clássica e o processo de objetivação da responsabilidade civil

Os novos danos decorrentes da revolução industrial motivaram uma análise diferenciada do instituto da responsabilidade civil, desvinculada à noção da conduta culposa do ofensor, eis que essa conduta não poderia ser verificada em uma máquina. Assim, aquela responsabilização decorrente dos três pressupostos: dano, a culpa do autor do dano e o nexo de causalidade entre o fato culposo e o dano, teve que ser repensada.

Com efeito, a comprovação do elemento culpa tornou-se demasiadamente difícil nos casos da relação do homem e as máquinas; e quando da sua não comprovação, o dano não era reparado, acarretando inúmeras vítimas que não obtinham a devida reparação, o que instigou uma nova análise ao instituto.

A implantação da indústria, a expansão do maquinismo e a multiplicação dos acidentes deixaram exposta a insuficiência da culpa como fundamento basilar da responsabilidade civil e aos poucos, a teoria clássica, fundamentada na ideia da culpa, foi perdendo espaço.

Costuma-se apontar, em apertada síntese, a revolução industrial, o progresso científico e a explosão demográfica como sendo os principais fatores que ensejaram uma nova concepção da responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2003: 144-145) pensada “[...] fora da camisa-de-força imposta pela culpa subjetiva” (ALVIM, 2000: 214).

A doutrina francesa, a partir dos doutrinadores Saleilles e Josserand (PEREIRA, 1990: 21), apresenta um teoria mais próxima à nova realidade fática e com objetivo de proteção às vítimas dos danos. Saleilles, interpretando os artigos presentes no Código Civil francês, apresenta uma teoria por meio da qual não é a conduta culposa o elemento de maior importância, mas sim a causa do dano (PEREIRA, 1990: 21). Enquanto, Josserand

fundamenta uma evolução do instituto a partir da desvinculação dos dispositivos legais constantes na codificação francesa (JOSSERAND, 1941: 557).

Independente da vinculação ou não às regras jurídicas existentes na época, ambos os doutrinadores pretendiam criar uma nova responsabilidade civil desvinculada da culpa e ao explicarem a insuficiência deste pressuposto como elemento estruturante e a transição desse sistema pautado na culpa para uma tendência da objetivação da responsabilidade civil, apontaram justificativas históricas fundamentais para a compreensão do tema.

O primeiro seria o desencadeamento da revolução industrial (mencionado acima) em paralelo com o desenvolvimento científico e tecnológico (DIREITO e CAVALIERI FILHO, 2004: 2), em segundo lugar, estaria a jurisprudência francesa ao admitir a reparação da vítima mesmo quando não demonstrada a conduta culposa; e em terceiro lugar, o desenvolvimento do processo legislativo francês e a sua forte tendência em proceder com a objetivação da responsabilidade civil (HIRONAKA, 2011: 52-54).

Muito embora, todos os fatores expostos acima se façam de suma importância, no que interessa à responsabilidade civil e ao desenvolvimento deste estudo, delimita-se a Revolução Industrial iniciada na Inglaterra do século XVIII como o marco fundamental da “revolução”⁴ do instituto da responsabilidade civil e a sua tendência à objetivação. Isto porque, foi a revolução industrial que trouxe enorme agravação dos riscos a que as pessoas antigamente estavam sujeitas, fazendo crescer a demanda no sentido de eficaz reparação deles (NORONHA, 2010: 562), bem como os fenômenos da urbanização, da concentração capitalista e da massificação da sociedade.

A urbanização consiste no crescimento populacional, aliado com a migração do campo para as cidades em busca de melhores condições e desenvolvimento econômico. A concentração capitalista é representada pela concorrência econômica por melhores condições de produção e distribuição. Já a massificação da sociedade seria a união entre a urbanização e a concentração capitalista. Realmente, se existe uma palavra que possa sintetizar tudo que o

⁴ Louis Jossierand citado por Marcelo Junqueira Calixto a respeito das transformações históricas ocorridas no âmbito da responsabilidade civil pondera que ocorreu verdadeira revolução, e não simples evolução na teoria da responsabilidade civil. Nota-se, tal situação, expressada na passagem: “A palavra ‘evolução’ caracteriza palidamente o fenômeno que me proponho a analisar diante de vós: é antes de ‘revolução’ que conviria falar, tão rápido tão fulminante se evidencia o movimento que leva a teoria da responsabilidade a novos destinos; nessa matéria, a verdade de ontem não é mais a de hoje, que deverá, por sua vez, ceder o lugar à de amanhã” (CALIXTO, 2008: 154:). E prossegue Jossierand “Todas essas leis, e muitas outras ainda, preparam e consagram uma verdadeira revolução, dissociando completamente a responsabilidade civil da culpa, erigindo o patrão, a comuna, ou o explorador de aeronave em seu próprio segurador por motivo dos riscos que criou; a ideia de mérito ou demérito nada ter a ver no caso; a lei impõe o princípio justo e salutar ‘a cada um segundo os seus atos e segundo as suas iniciativas’, princípio protetor dos fracos: a força, a iniciativa, a ação devem ser por si mesmas geradoras de responsabilidade” (JOSSERAND, 1941: 55).

que aconteceu, e ainda esclarecer o sentido das tão profundas transformações havidas, tanto políticas como jurídicas, tal palavra é a massificação (NORONHA, 2010: 562).

Na verdade, a revolução industrial levou ao infinito a capacidade produtiva do ser humano. Se antes a produção era manual, artesanal, mecânica, circunscrita ao núcleo familiar ou a um pequeno número de pessoas, a partir da revolução industrial a produção passou a ser em massa, em grande escala, para fazer frente ao número da demanda decorrente da explosão demográfica (DIREITO e CAVALIERI FILHO, 2004: 3).

Em decorrência do maquinismo e o surgimento da indústria houve a mudança da base econômica antes eminentemente rural para a urbana, e como consequência gerou um agravamento dos acidentes de trabalho. O progresso científico fez aparecer uma multidão de inventos, como por exemplo, os carros, que por um lado facilitaram a vida em sociedade, mas que por outro, deram causa a um aumento de número de acidentes de trânsito. E ainda, com o crescimento da população e a consequente migração do campo para as cidades em busca de trabalho, os sistemas de transportes foram levados ao caos.

Diante desse desenvolvimento, a noção de culpa se revelava insuficiente para indenização das vítimas, e foi no campo dos acidentes de trabalho que tal situação ficou evidente. Desse modo, a teoria clássica da responsabilidade civil fundada na culpa deixava visivelmente um lastro de injustiça ao deixar muitas vezes as vítimas desamparadas e sem a devida tutela, pois o ônus probatório da culpa pela vítima se fazia extremamente “pesado”, ou em muitos casos até impossível (JOSSERAND, 1941: 55).

Tem-se, assim, colocado em “xeque” a análise da culpa como tema central da responsabilidade civil, a qual, entretanto, não é deixada de lado pelos juristas contemporâneos, os quais buscam aprimorar o tema com o objetivo principal de não deixar a vítima sem a devida reparação, o que pode ser evidenciado pelo surgimento das teorias tendentes a objetivação do instituto da responsabilização civil.

E a tendência da objetivação não atingiu apenas aos doutrinadores e legisladores franceses, tendo se espalhado pelo mundo ocidental que tenha passado pelas transformações da “massificação”, tal como ocorreu com a Alemanha, na qual uma equipe de juristas elaborou um estudo que foi denominado como “Questões fundamentais da reforma do direito de indenização de danos”, o qual, no entendimento do doutrinador Antonio Lindbergh Montenegro, embasou a legislação da responsabilidade objetiva dos países ocidentais (MONTENEGRO, 2001: 1).

Em resumo, verifica-se pelo deslinde do processo histórico que o elemento da culpa ficou fragilizado, ou como bem enfatizado pelo professor Anderson Scheiber (SCHREIBER,

2013), a culpa como um filtro tradicional da responsabilidade civil corrói-se e perde seu papel central no âmbito da responsabilidade civil.

2.1. A concepção da teoria do risco

A partir da segunda metade do século XIX, então, que se iniciou um vasto movimento de expansão da responsabilidade civil, fomentado por ideias, doutrinas e concepções cujos efeitos se prolongaram por todo o século XX (HIRONAKA, 2011: 51). Este século, produziu uma verdadeira torre de Babel em termos de apreciação, análise e aplicação da responsabilidade civil.

Na investigação de tentar superar as injustiças ocasionadas pela dificuldade de comprovação da culpa do ofensor, os juristas desenvolveram inúmeros expedientes que se propunham reduzir a carga probatória da culpa imposta à vítima, com o intuito de facilitar o acesso concreto delas à reparação dos danos. Vários foram os processos técnicos postos em jogo para atender à praticabilidade da responsabilidade civil: admissão fácil da existência da culpa pela aplicação da teoria do abuso do direito e da culpa negativa; o reconhecimento de presunções de culpa; a aceitação da teoria do risco; a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual (SCHREIBER, 2013: 18).

Não obstante, todos esses meios técnicos são compreendidos pela doutrina como formas de “[...] evitar os tormentos suscitados pela rigorosa exigência de prova da culpa, certo é que nenhum deles teve efeito tão revolucionário quanto a propagação da teoria do risco” (SCHREIBER: 2013, 18-19). Esta teoria afirma, em síntese, que aquele que, com sua atividade, gera risco para os direitos de outrem, deve responder pelo dano conexo a esta mesma atividade (CALIXTO, 2008: 157), ou seja, provado o dano e o nexo causal surgiria o dever de reparar independente do elemento culpa.

E para tentar legitimar a teoria do risco e a tendência de objetivação da responsabilidade civil, surgiram várias concepções em torno da ideia central do risco, que se identificam como verdadeiras subespécies ou modalidades, dentre as quais podem ser destacadas as teorias do risco-proveito, do risco-profissional, do risco excepcional, do risco criado e a do risco integral (CAVALIERI FILHO, 2003: 146).

Até porque a nomenclatura de responsabilidade objetiva foi bastante criticada, por inconscientemente remeter a uma ideia de que haveria a reparação acima de tudo, ainda que não houvesse qualquer elemento a embasar a imputação de responsabilidade a determinada pessoa. Afirma George Ripert que a nomenclatura presumiria uma “[...] regra bárbara da

vingança exercida sobre o instrumento do prejuízo” (RIPERT, 2002: 212-213), sugerindo as denominações da teoria do risco, vez que nestes casos não seria abstraída a necessidade de imputação⁵, sob a fundamentação de que nestes casos haveria a “[...]“atribuição de atos ao seu autor” (RIPERT, 2002: 213).

As diversas teorias reunidas sob a expressão genérica “Teoria do Risco” possuem interpretações diversas e aplicações próprias. Sob a denominação de risco-proveito tem-se a situação na qual o ofensor obtém vantagem econômica da atividade que era desenvolvida pela vítima do dano; é definido a partir do brocardo “quem colhe o bônus deve suportar o ônus” (SANTOS, 2008: 42). Também, há o risco profissional, no qual a reparação decorre da atividade profissional desenvolvida pela vítima e dentro da qual ocorreu o dano a ser reparado. Ainda, há o risco excepcional, quando a atividade profissional não apresenta o referido risco rotineiramente, mas excepcionalmente pode desenvolver um risco ao ofendido e que assim, decorreu a lesão a ser reparada. E, há o risco integral, que no caso é uma responsabilização pela ocorrência do dano, dentro desta subteoria não há aplicação das excludentes da responsabilidade civil⁶.

Dito isso, é salutar ponderar que o risco por si só não é suficiente para ensejar o dever de indenização, pois o risco é considerado um perigo, ou seja, uma mera probabilidade de dano. Assim, para existir a responsabilidade de indenizar a vítima, necessariamente deverá ser evidenciado que a atividade perigosa causou dano a outrem. Com o efeito, quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder independente de culpa.

3. As alterações do instituto da responsabilidade civil na segunda metade do XX: as Constituições do pós guerra e a internet

As alterações sociais ocorridas no final do século XIX e início do século XX ocasionaram a necessária alteração do instituto da responsabilidade civil, conforme mencionado no tópico anterior. E neste tópico, serão analisadas, brevemente, as alterações

⁵ Atualmente, denominado como nexos de imputação e pressuposto necessário da responsabilidade civil, através do qual será respondida a seguinte indagação: “[...] quem deve indenizar o dano e por quê? Em outras palavras: o nexos de imputação é o fundamento que o ordenamento considera para atribuir a alguém o dever indenizatório.” (ALTHEIM, 2008: 127).

⁶ O dever de reparar do ofensor ao ofendido pode ser afastado em caso da ocorrência das excludentes de responsabilidade civil, que se tratam do rompimento do nexos causal e, conseqüentemente, da impossibilidade de atribuição de responsabilidade ao determinado agente. São exemplos de excludentes: (i) a culpa exclusiva da vítima; (ii) força maior ou caso fortuito e (iii) fato de terceiro.

sociais do século XX, que embasam uma nova perspectiva a ser construída durante o século XXI.

Para entender estas alterações é importante lembrar quão conturbado foi o século XX, no qual os indivíduos travaram batalhas internas e externas, e, passaram por duas grandes guerras, desbravaram locais que antes estavam presentes apenas na imaginação humana (sejam esses terrenos ou espaciais), foram desenvolvidas tecnologias sequer imaginadas, capazes de capacitar a comunicação entre as pessoas, rompendo barreiras e fronteiras, trazendo uma dinamicidade nunca antes verificada. Algumas dessas alterações são mencionadas de forma sintetizada no texto abaixo, que reflete um pouco dos tantos momentos ocorridos:

Século de diversos acontecimentos de forte repercussão nas estruturas sociais. As duas guerras mundiais, fazendo chegar, pela primeira vez, diretamente à população civil seus horrores, seja pela destruição e morte, seja pelo alto índice de convocação de homens para a *front*, abrindo caminho para a inserção da mulher no mercado de trabalho. A revolução bolchevique e o receio dos países ocidentais de um alastramento das ideias revolucionárias, gerando uma nova estruturação às forças produtivas e o reconhecimento de novos direitos. O reconhecimento, pela ordem jurídica, da figura feminina. O surgimento de novos atores políticos, apresentando reivindicações que passam a ser atendidas pelo Estado, com a consequente diluição das fronteiras que o separavam da sociedade civil. Os avanços tecnológicos, abrindo novas possibilidades para a compreensão da existência humana e novas reflexões sobre esta mesma existência. As virtualidades, criando uma nova dimensão de tempo e espaço. A massificação da sociedade, agora uma sociedade de consumo. O fim das fronteiras nacionais. A hipótese da guerra nuclear e o perigo de extinção da humanidade. Uma nova consciência ambiental. Marcas de um novo tempo. (CORTIANO JUNIOR, 2006: 101)

Não há dúvidas de que a sociedade que atravessou o século XX foi capaz de vivenciar grandes mudanças de pensamento e estrutura social, o que indubitavelmente refletiu no Direito como um todo e especificamente no Direito Civil, desde a indagação dos sujeitos de direitos até uma nova perspectiva de propriedade.

Para o presente estudo são destacados dois momentos importantes: as preocupações com a pessoa após o pós guerra e os danos ocasionados pela internet.

No primeiro caso, diante de todos os horrores vivenciados pelos seres humanos durante a II Guerra Mundial, deparou-se com uma necessidade de estruturar um Direito que pudesse impedir que o evento viesse a se repetir, um Direito que tivesse como objetivo principal a pessoa. No Direito Privado, em virtude dessa tendência do pós-guerra, é estruturado um novo Direito Civil, que tem como objetivo “[...] individuar um sistema do direito civil harmonizado com os valores constitucionais e, antes de tudo, ao valor da pessoa humana” (PERLINGIERI, 2008: 8).

O rompimento da visão patrimonialista para uma visão mais preocupada com a pessoa (a repersonalização do Direito Civil), uma releitura dos institutos do Direito Civil em geral, são as consequências das constituições do pós guerra, “ [...] que retirou o Direito Civil tradicional de uma sonolenta imobilidade” (FACHIN, 2008: 13), desvinculando o patrimonial para a criação de uma nova realidade fundada na pessoa, criando um novo sistema de direito civil fundado na Constituição, cuja prevalência é “[...] de ser atribuída às situações jurídicas não-patrimoniais porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a proteção prioritárias”. (MORAES, 2000: 60).

Para a responsabilidade civil, é traçada uma nova realidade cuja preocupação maior é a vítima e possibilidade de reparação integral dos danos por ela sofridos. São afastadas as formas de tabelamento de indenizações e imposta a necessidade de restituir integralmente o ofendido ao *status quo*⁷.

Portanto, existe uma ampliação dos danos indenizáveis, eis que a vítima deve ser reparada em toda a lesão a um interesse juridicamente relevante que tenha sofrido. A ampliação da reparação dos danos é possível visto que o ordenamento jurídico brasileiro adota uma cláusula geral de responsabilidade civil, prevista no artigo 927 do Código Civil, fundada no dever de não lesar, sem tipificar os danos a serem reparados. Também, com a constituição do pós guerra, torna-se indiscutível a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais. Com isso, “[...] hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva influenciam decisivamente toda a sistemática do dever de ressarcir (SCHREIBER, 2013: xii).

As inovações do direito civil constitucional cuja implantação brasileira deu-se no final do século XX, muito próximo de uma alteração social que, por si só, aumentou as ocorrência de danos, em verdade, surgiram lesões que antes não eram sequer pensadas diante da impossibilidade de sua ocorrência, “[...] Tenha-se como exemplo o caso recente de dois estudantes que, munidos tão-somente de um computador com câmera (webcam), captaram a intimidade de uma adolescente, difundindo-a de modo planetário” (SCHREIBER, 2013: 4).

Os novos danos ocorridos e desenvolvidos na nova tecnologia da internet têm atingido especialmente os jovens, que estão em contato direto e desde idade muito tenra com essa ferramenta que pode ocasionar danos irreversíveis e de tal monta que impeça a convivência saudável entre as pessoas.

⁷ Aqui é importante salientar que o objetivo da reparação é exatamente esse, restituir a vítima ao status quo ante. Para que a vítima possa voltar ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano.

Esses danos podem e devem ser reparados diante do “clamor” e da necessidade de reparação integral das vítimas. Todavia, surgem dúvidas acerca da reparação dos danos. Eis que a prioridade de proteção da pessoa humana é respeitada a partir da noção de aumento do número de danos reparáveis?

Para responder essa pergunta, a doutrina do século XXI tem tentado responder a partir de uma nova perspectiva da responsabilidade civil, não mais com a preocupação em reparar o dano e sim com a preocupação em prevenir. Portanto, diante das alterações sociais ocorridas no século XX, impõe-se uma nova leitura do instituto no século XXI, o que se pretende realizar através do estudo da função preventiva da responsabilidade civil.

4. A função preventiva da responsabilidade e os *punitive damages*

Diante de todo o processo histórico do instituto da responsabilidade civil, já demonstrado no presente estudo, nota-se que o princípio da culpa, concebido pela teoria clássica na modernidade, teve um processo de contínua expansão até o século XIX, mas, a partir do início do século XX foi perdendo espaço, tendo em vista as grandes transformações ocorridas, quais sejam, de caráter jurídico, político ou filosófico, que contribuíram no processo da objetivação da responsabilidade civil e com posterior consagração da teoria do risco.

Na atualidade, pode-se dizer que se procura realizar um certo equilíbrio entre as duas concepções da responsabilidade civil, fazendo prevalecer em geral o princípio da culpa, mas afirmando também a necessidade social de não deixar ao desamparo as vítimas inocentes de danos que são estaticamente inevitáveis, no exercício de certas atividades (NORONHA, 2010: 459).

Neste ínterim, observa-se, que enquanto o princípio da culpa é mais vantajoso para o lesante por causa da grande dificuldade probatória de sua culpa, o princípio da teoria do risco tutela melhor o lesado, pois em determinadas situações basta comprovar o nexo de causalidade entre o fato danoso e a conduta para existir o dever de indenizar.

Sem entrar no mérito de qual das duas teorias do instituto da responsabilidade civil até aqui analisadas seja considerada a mais produtora para o ordenamento jurídico e para possibilitar a indenização das vítimas, certo é, que ambas, contribuíram, e ainda, contribuem enormemente para a efetivação da função basilar da responsabilidade civil, qual seja, a reparação integral das vítimas.

No entanto, diante de novos tipos de danos até então inimagináveis, nos quais, muitas vezes o autor é anônimo, sem rosto, sem nome, sem identidade (DIREITO e CAVALIERI FILHO, 2004: 4), coloca-se em debate, não apenas e simplesmente a reparação de um dano, mas, a proteção da integridade e da inviolabilidade dos direitos essenciais dos indivíduos, tais como a saúde e o meio ambiente, que por sua extrema gravidade e irreparabilidade, exigem uma nova reformatação dos sistemas de justiça precisamente para evita-los a todo custo (VENTURI, 2012).

Uma possível resposta acerca destes novos sistemas de justiça, bem como das indagações realizadas ao final do tópico anterior, referentes a proteção integral da vítima, pode ser encontrada na doutrina de Atilio Aníbal Alterini, ao afirmar que é preciso um mecanismo jurídico que tenha sua eficácia antes da ocorrência do dano, devendo assim os operadores do direito ocupar-se por uma solução *ex ante* do que uma resposta *ex post* (ALTERINI, 1999: 19).

O doutrinador Carlos Ghersi afirma que a preocupação dos doutrinadores deve ser com a reparação do dano como o ponto principal da responsabilidade civil, eis que, caso contrário seria como priorizar a construção de presídios, ao invés de escolas, ignorando o objetivo principal do Direito que é a convivência em paz (GHERSI, 1997: 42). E simplesmente aguardar a ocorrência do dano para a sua reparação não prioriza a pessoa e muito menos a convivência pacífica em sociedade.

A partir desta premissa, o instituto tradicional da responsabilidade civil vocacionado para instrumentalizar a reparação de danos pode e deve se prestar a papéis muito mais amplos e consentâneos com a afirmação da proteção dos direitos da pessoa. E é nesta perspectiva de proteção aos direitos fundamentais e transindividuais, que é concebida a responsabilidade civil sob a ótica preventiva.

A válvula propulsora do instituto não é a ocorrência do dano e como este deverá ser reparado pelo Poder Judiciário, mas sim a sua prevenção, preocupar-se não com a ocorrência do prejuízo, mas sim como impedir que venha a ocorrer (GHERSI, 1999: 11)

Dentre outras técnicas jurídicas capazes de proporcionar ao Direito da responsabilidade civil uma perspectiva preventiva, para os fins almejados do presente estudo, volta-se apenas para a apresentação do *punitive* ou *exemplary damages*, como uma possibilidade de incidência da responsabilidade preventiva, externada a partir de uma função punitivo-pedagógica, com manifesto objetivo dissuasório.

Pertinente reiterar que as principais funções do instituto da responsabilidade civil continuam sendo a reparatória e a compensatória. No entanto, busca-se incitar a reflexão

acerca da possibilidade de, em casos excepcionais, serem vislumbradas outras funções para este ramo do Direito, como as funções dissuasória e punitiva para atingir um fim pedagógico e uma mudança de postura social (VAZ, 2009: 40).

Os *punitive damages* tem origem no direito anglo-saxão, com maior notoriedade e aplicabilidade nos Estados Unidos da América, sendo definidos no *Restatement of torts* (VAZ, 2009: 49-50) como: “Indenização que não a compensatória ou nominal, concedida contra uma pessoa para puni-la por sua conduta ultrajante e dissuadi-la, e outras com ela de praticarem condutas semelhantes no futuro”.

Ocorre assim, o uso de uma prestação pecuniária, referentes a danos extrapatrimoniais que decorrem a partir de condenações advindas da pratica de atos ilícitos. Caroline Vaz (VAZ, 2009: 50) entende que além da fixação de um *quantum* com o fim de indenizar o prejuízo sofrido pelas vítimas, ao aplicarem os *punitive damages*, normalmente vultosas quantias em dinheiro, o Estado norte-americano visa também a demonstrar que determinadas condutas são mais censuráveis e, portanto, não aceitas no país. Por isso, com a concessão dos *punitives*, está igualmente pretendendo-se evitar que semelhantes condutas sejam praticadas e, conseqüentemente outras vítimas lesadas.

Nesse sentido, pode-se observar que a função punitivo-pedagógica tem como objetivo desempenhar um duplo papel: o de punir o agente causador do dano e, ainda, ser instrumento de dissuasão de comportamentos anti-sociais, possuindo um caráter de exemplaridade e, conseqüentemente, preventivo (VENTURI, 2012: 284).

5. Considerações finais

No decorrer da história do instituto da responsabilidade civil, o dano foi constituído como elemento central, e a preocupação de repara-lo como justificativa da teoria clássica e da teoria do risco. No entanto, diante das novas realidades sociais, a atenção voltada estritamente para a reparação integral das vitimas, não se faz em completa harmonia com os anseios constitucionais, ou seja, como um Estado pode apregoar que se atenta para os direitos das pessoas, sejam eles individuais ou coletivos, se a sua preocupação volta-se apenas para repressão do dano, e não para a proteção da pessoa, com o objetivo de que ela não chegue a condição de vítima?

Assim, a partir do resgate histórico realizado na presente pesquisa, procurou-se demonstra que no momento em que a teoria clássica não se fazia mais suficiente para atender os anseios sociais, surgiu a teoria do risco para possibilitar uma maior reparação das vitimas,

pois se essas tivessem que demonstrar a culpa do ofensor em muitíssimos casos ficariam sem amparo. Esta passagem da teoria clássica para a teoria do risco tencionou o processo de objetivação do instituto da responsabilidade civil, que além de facilitar uma maior reparação das vítimas, também contribui para difundir no meio social a necessidade da adoção de níveis maiores de cuidado e atenção, objetivando a não violação de direitos, atuando dessa forma preventivamente.

Na teoria clássica pautada na culpa, e na teoria fundamentada no risco, nota-se, que ambas voltam-se para a análise do passado e preocupam-se em viabilizar uma melhor proteção às vítimas, ambicionando o retorno do *status quo* muitas vezes inatingível.

Por sua vez, a responsabilidade civil sob ótica preventiva volta-se para o futuro e se preocupa com a não violação de direitos e respectivos danos, sendo que, os *punitive damages*, se fazem uma interessante alternativa.

Desse modo, a partir da ampliação da área de atuação da responsabilidade civil objetiva tem-se concebido além da função reparatória, a preventiva, vez que, no momento em que a sociedade e os indivíduos que dela fazem parte sabem que determinada conduta é rechaçada pelo ordenamento jurídico, e ainda, que se vierem a ter praticas contrarias ao que é tutelado pelo Direito, seguramente serão punidas, o que corrobora para argumentação e aplicação da responsabilidade civil preventiva a partir dos *punitive damages*.

Assim, na persecução de tornarmos efetiva a realização da Justiça, para construirmos uma sociedade mais justa, com melhores condições de vida, o instituto da responsabilidade civil se faz um excelente instrumento, por isso, o estudo, quer seja das funções basilares reparatória e compensatória, ou da função preventiva, podem e devem ser estudados com seriedade para auxiliar a “caminhada pela justiça”.

Referências bibliográficas

ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2008.

ALTERINI, Atilio Aníbal. La responsabilidad civil en la argentina estado de la cuestion. In: ALTERINI Atilio Aníbal e CABANA, Roberto Lopez. **Temas de responsabilidad civil: contratual y extracontratual**. Buenos Aires: Astrea, 1999.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica: a tutela antecipatória na ação de reparação. **Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 214

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na Responsabilidade Civil – Estrutura e Função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp.1-170.

CHABAS, François. **Responsabilité civile et responsabilité penale**. Paris: Editions Montchrestien, 1975.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As 4 fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 45. Curitiba: UFPR, 2006

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; e FILHO, Sergio Cavalieri. **Comentários ao novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 1-12.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría gereneral de la reparación de daños**. Astrea: Buenos Aires, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938 – **Responsabilidade Civil – 8. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)**. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 1-31.

HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede, Maria Vital da Rocha, coordenadores. São Paulo: Atlas, 2011; pp.49-56.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 86, n. 454, 1941.

JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos: pessoais e imateriais**. 7ª ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista dos Tribunais**. vol. 779. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ªed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010; pp.551-580.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina de direito civil na legalidade constitucional. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino [org.]. São Paulo: Atlas, 2008.

PÜSCHEL, Flavia Portella. **Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil**. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2005, Revista Direito GV v.1 n.1 pp.91-107.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2013, pp. 1-50.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo**, 2012. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.