

FLEXIBILIZAÇÃO DOS PILARES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS SUAS NOVAS TEORIAS

FLEXIBILITY OF PILLARS OF LIABILITY AND ITS NEW THEORIES

Rafaela Braga Ribeiro Mezzetti¹

RESUMO

O presente artigo científico, aborda de forma clara e concisa o tema da flexibilização da responsabilidade civil. O referido instituto que foi fundado sobre três pilares: culpa, dano e nexos de causalidade; foi paulatinamente reestruturado e readequado às novas exigências sociais. Neste trabalho, abordou-se especificamente as novas teorias oriundas da flexibilização da responsabilidade civil, dentre elas pode-se destacar, a teoria da responsabilidade objetiva, a teoria do risco, a teoria da perda de uma chance e a teoria da causalidade alternativa. Em relação a esta analisou-se, também, as conclusões veiculadas no Rapport d'Information nº. 558, estudo submetido ao Senado Francês, no qual se entendeu que a teoria da causalidade alternativa poderia mostrar-se prejudicial aos movimentos sociais, na medida em que eles poderiam ser civilmente responsabilizados por ato de qualquer de seus integrantes.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Dano; Culpa; Nexos de Causalidade; Novas teorias da responsabilidade civil.

ABSTRACT

¹ Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos; Especialista em Direito Tributário pelo IEC – Instituto de Educação Continuada da PUC Minas; Tutora dos cursos de Pós-Graduação da PUC Minas Virtual.

This scientific paper addresses clearly and concisely the issue of easing the liability. That institute was founded on three pillars: fault, damage and causation; was gradually restructured and reconfigured to new social demands. In this work, it is specifically addressed the new theories arising from the relaxation of liability, among which may be mentioned, the theory of strict liability, risk theory, the theory of loss of chance and the theory of alternative causation. In relation to this, too, is considered the conclusions conveyed in Rapport d'Information no. 558, study submitted to the French Senate, in which it was understood that the alternative theory of causation might prove detrimental to social movements, to the extent that they could be civilly liable for any act of its members.

Keywords: Liability; damage; guilt; Causation; New theory of liability.

1 INTRODUÇÃO

A convivência em sociedade impõe a todos o dever jurídico de não causar dano nem prejuízo a outrem, a desobediência dessa regra gera um novo dever jurídico, qual seja, o de responder pelos seus atos reparando o dano causado. Este dever sucessivo é a ideia da responsabilidade civil, regulada em linhas gerais pelos artigos 186², 187³ e 927⁴ do código civil brasileiro.

A responsabilidade civil é caracterizada pela obrigação de indenizar daquele que causar, por ato ilícito, dano a outrem. Assim, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito; o mesmo se diga daquele 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.

“Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.” (CAVALIERI FILHO 2004, p. 24). O ato ilícito ou o abuso de direito gera, para quem o pratica, ou para

² **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.

³ **Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴ **Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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.

aquele legalmente responsável que tinha um dever de guarda, vigilância ou cuidado – no caso da responsabilidade por ato de terceiro, ou coisa sob a sua guarda – o dever de indenizar a vítima, na extensão do seu dano.

Como se vê, o instituto da responsabilidade civil visa indenizar a vítima pelo dano sofrido, no entanto, para obter êxito, cabe a esta, à vítima, identificar e fazer prova dos pressupostos da responsabilidade civil: autoria do ato ilícito, dano causado e nexo causal que os une, conforme as regras processuais.

A obrigação de indenizar foi arquitetada sobre três pilares: culpa, dano e nexo de causalidade entre o ato e o dano. Em resumo, a culpa, aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, compreende não só a culpa *stricto sensu* como, também, o dolo; é a conduta contrária ao ordenamento jurídico, à norma, seja ela comissiva ou omissiva; o dano é lesão patrimonial ou extrapatrimonial ao bem protegido pelo ordenamento jurídico e, o nexo causal é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano.

O sistema da responsabilidade civil foi paulatinamente, assim como as mudanças da sociedade, reestruturado, readequado as novas realidades e exigências sociais. Numa tentativa de reduzir as injustiças vivenciadas pelas vítimas que na maior parte das vezes se viam incapacitadas de identificar o agente causador do dano e, de demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido. “Costuma-se apontar, em apertada síntese, a revolução industrial do século passado, o progresso científico e a explosão demográfica que nele ocorreu como sendo os principais fatores que ensejaram nova concepção de responsabilidade civil.” (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 144).

O sistema de responsabilidade civil consagrado pelas grandes codificações ancorava-se em três pilares: culpa, dano e nexo causal. Na prática judicial, isto significava que a vítima de um dano precisava, além de evidenciar seu prejuízo, superar duas sólidas barreiras para obter indenização: (i) a demonstração da culpa do ofensor, e (ii) a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa do ofensor e o dano. Estas duas barreiras chegaram a ser chamadas *filtros da responsabilidade civil* ou *filtros da reparação* (...) o estágio atual da responsabilidade civil pode justamente ser descrito como um momento de erosão dos filtros tradicionais da reparação, isto é, relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculos ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento. (SCHREIBER, 2013, p. 11-12).

De fato, essa reestruturação do instituto e dos seus tradicionais pilares, em virtude das exigências da própria sociedade, retrata a responsabilidade civil vivenciada hoje, quando:

(...) nenhum desses três elementos [culpa – dano – nexo de causalidade] é necessário para a imputação do dever de indenizar. Com efeito, a culpa há muito foi afastada pela teoria do risco profissional; o dano não é exigido no âmbito da teoria da perda de uma chance e o nexo de causalidade cede terreno para a teoria da culpa coletiva (ou da causalidade alternativa). (SAMPAIO JÚNIOR; PAULINO, 2012, p.405).

Partindo-se desta imagem, passa-se a analisar a progressiva transformação dos pressupostos da responsabilidade civil e do próprio instituto, que passou a responsabilizar situações antes ditas como [in]solucionáveis.

1.1 A culpa

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil a ser estudado - a sua característica nuclear - é a culpa. E não poderia ser diferente, a responsabilidade civil, como a conhecemos hoje, nasceu de uma concepção liberal e individualista que, “impunha a construção de um sistema de responsabilidade que se fundasse no mau uso da liberdade individual, justificando, desta forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares”. (SCHREIBER, 2013, p.12).

Para inteirar-se da noção de culpa, cumpre partir da concepção do fato violador de uma obrigação (dever) preexistente. Esse fato constitui o ato ilícito, de que é *abstractum* a culpa. Esta o qualifica. (DIAS, 2006, p. 133).

O ato ilícito centra-se na conduta humana voluntária (*ação ou omissão, negligência ou imprudência*) contrária ao Direito (*violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral*). Ou ainda, no exercício irregular do seu direito - *quando 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*. Conforme previsto nos arts. 186 e 187 do Código Civil.

Sergio Cavalieri Filho refere-se à culpa como conduta culposa, o autor acredita ser “mais correto falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada, e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana.” (2004, p. 42). A conduta culposa, principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, de acordo com a teoria clássica, caracteriza-se como a conduta humana voluntária que causa dano a outrem ensejando o dever de indenizar.

A culpa é a violação de um dever de cuidado imposto pela convivência em sociedade. Um dever de não causar dano a ninguém, de agir com cautela e atenção. A inobservância desse dever torna a conduta culposa.

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessária para observá-lo, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude. (DIAS, 2006, p. 149).

A conduta culposa refere-se tanto ao dolo como à culpa, em sentido estrito, equivale à culpa genérica. A distinção entre um e outro esta na intenção inicial da conduta, no dolo há a intenção de causar o resultado, enquanto que na culpa, propriamente dita, a vontade esta no fato causador da lesão, mas o resultado não é desejado pelo autor.

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização do resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante –, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 49-50).

A concepção clássica de culpa, como elemento básico da responsabilidade civil, permeou praticamente todas as legislações modernas por influência do Código Civil francês de 1804. Este conceito esta presente no preceito do art. 1.382⁵, do referido diploma legal, segundo o qual a ninguém é permitido causar lesão a outrem, ao dispor: “Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano” (tradução nossa).

A atribuição da culpa como elemento essencial para a caracterização da responsabilidade civil, de início, era do interesse liberal que não desejava a limitação da sua autonomia privada. Contudo, o maior desenvolvimento industrial, o advento de novos inventos tecnológicos, bem como, o exponencial aumento populacional, revelaram a insuficiência da noção de culpa como fundamento da responsabilidade civil.

Veza que, na concepção clássica, a vítima só obteria a reparação do dano se provasse a culpa do agente, e o nexo de causalidade entre a conduta deste e o dano. A vítima fica desamparada, na maior parte das vezes, diante da dificuldade, quando não impossibilidade, de fazer prova da autoria e do nexo de causalidade de um dano muitas vezes despersonalizado. “A tentativa de superar as injustiças impostas pela dificuldade de demonstração da culpa deu

⁵ No original: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.”

margem a inúmeros expedientes que se propunham a facilitar o acesso concreto da vítima à reparação”. (SCHREIBER, 2013, p. 18).

Várias foram os processos técnicos postos em jogo para atender à praticabilidade da responsabilidade: admissão fácil da existência da culpa pela aplicação da teoria do abuso de direito e da culpa negativa; o reconhecimento de presunções de culpa; a aceitação da teoria do risco; a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual. (LIMA, 1998, p. 40).

Destes vários mecanismos, a teoria do risco destacou-se no movimento inovador contra a pedra angular da teoria da responsabilidade civil, a culpa. Este importante pressuposto da caracterização da responsabilidade civil subjetiva foi suprimido na responsabilidade objetiva, também chamada responsabilidade pelo risco.

1.1.1 Responsabilidade objetiva

A responsabilidade civil fundada na culpa tornou-se insuficiente para resolver os problemas dessa sociedade dinâmica, fortemente industrializada e tecnológica.

Foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa, como fundamento da responsabilidade, revelou-se primeiramente insuficiente. Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários, mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro, impossibilidade – de provar a culpa do patrão. (...) Algo idêntico ocorreu com os transportes coletivos, principalmente trens, na medida em que foram surgindo. Os acidentes multiplicavam-se, deixando as vítimas em situação de desvantagem. Como iriam provar a culpa do transportador por um acidente ocorrido a centenas de quilômetros de casa, em condições desconhecidas para as vítimas e seus familiares?(CAVALIERI FILHO, 2004, p. 144).

Nos dizeres de Alvino Lima “vivemos mais intensamente (Roosevelt) e mais perigosamente (Nietzsche), e, assim, num aumento vertiginoso, crescente e invencível, de momentos e de motivos para colisões de direitos.” (1998, p. 16). A intensidade das relações de convivência e, a conseqüente multiplicação dos danos resultantes das mais diversas fatalidades, restou na crescente impossibilidade dos moldes tradicionais de reparação civil, tanto de provar a causa, como a culpa do agente.

Neste contexto, surge a responsabilidade objetiva, aquela que independe de culpa. Com efeito, assiste-se a um claro movimento que busca garantir a reparação da vítima, que

passa a ser parte central no instituto da responsabilidade civil. “A vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, passa a ser o enfoque central da responsabilidade civil. (...) a responsabilidade, antes centrada no sujeito responsável, volta-se para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido”. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 155).

Mas essa passagem não foi automática, enquanto a responsabilidade com culpa foi regra geral, a responsabilidade objetiva teve que ir sendo admitida aos poucos, como exceção, apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 150).

A primeira positivação da teoria se deu com a Lei das Estradas de Ferro (no art. 26 do Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912). Posteriormente, ela foi adotada para regular os acidentes do trabalho⁶, o seguro obrigatório – DPVAT⁷, no Código Brasileiro de Aeronáutica⁸, no Código de Mineração⁹, dentre outras. A completa adoção da responsabilidade civil objetiva se deu com o advento da Constituição da República em 1988, que passou a prever outras hipóteses, como a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º) e os danos nucleares (art. 21, XXIII, “c”). E, ainda, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) consagrou a responsabilidade objetiva em vários dos seus dispositivos.

Por fim, analisando o Código Civil de 2002, percebe-se que houve a instituição de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva no parágrafo único do art. 927.

O ordenamento brasileiro vive neste momento um sistema dualista de responsabilidade civil, em que coexistem: o sistema subjetivo e objetivo, respectivamente, nos art. 186 e no parágrafo único do art. 927, do Código Civil. Para Caio Mário “A *teoria da culpa* impera como direito comum ou a regra geral básica da responsabilidade civil e a *teoria do risco* ocupa os espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservados.” (PEREIRA apud CAVALIERI FILHO, 2004, p. 149).

1.1.2 Teoria do Risco

Na investigação por critérios objetivos de imputação da responsabilidade destacou-se a teoria do risco. A teoria do risco foi concebida na França, no final do século XIX, por Raymond Saleilles e Louis Josserand. Por essa teoria, compreende-se que se alguém exerce

⁶ Começou com o Decreto n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919. Sobre o tema seja permitido remeter a Sergio Cavaleire Filho, Programa de Responsabilidade Civil. 5. ed. aum. atual. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 150.

⁷ Lei 6.194, de 19 de dezembro de 1974.

⁸ Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

⁹ Art. 47, inciso VIII, do Decreto-lei n. 227 de 28 de fevereiro de 1967.

uma atividade perigosa, deve assumir os riscos e responder pelos danos que ocasione. A teoria do risco pode ser assim resumida: “todo prejuízo dever ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa.” (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 145).

A expressão “independente de culpa” contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil indica a consagração da teoria do risco. Várias são as teorias do risco: teoria do risco criado, teoria do risco proveito, teoria do risco de empresa, teoria do risco integral e assim por diante. Todas as teorias têm como ponto comum a responsabilidade independente de culpa.

Contudo, o fundamento da responsabilidade objetiva exclusivamente na teoria do risco, parece hoje questionável, existem outras fontes legitimadoras do referido sistema. Verifica-se uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa, mas pelo resultado.

O núcleo da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva, independente de culpa, é tão amplo e abrangente que, se interpretado literalmente, todos responderão objetivamente, vez que, na atual sociedade todos exercem alguma atividade de risco, até nas atividades cotidianas, como dirigir um veículo.

O risco, por si só, não basta para ensejar o dever de indenizar, porque o risco é perigo, é mera probabilidade de dano. Ninguém viola dever jurídico simplesmente porque exerce uma atividade perigosa, muitas vezes até socialmente necessária. Milhões fazem isso sem terem que responder por coisa alguma perante a ordem jurídica. A responsabilidade surge quando a atividade perigosa causa dano a outrem, o que evidencia que também em sede de responsabilidade objetiva o dever de indenizar tem por fundamento a violação de um dever jurídico, qual seja, o *dever de segurança*, que se contrapõe ao risco. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 148).

Percebe-se que responder objetivamente ou não depende da conduta do agente, quem se dispõe a exercer uma atividade perigosa tem que agir com segurança, de modo a não causar dano a terceiro, caso contrário responderá independente de culpa. O simples exercício de uma atividade perigosa não condena ninguém à responsabilidade sem culpa.

1.2 O dano

O *dano* sempre foi considerado o grande protagonista da responsabilidade civil, não há que se falar em indenização sem dano concreto, efetivamente demonstrado. Há

indenização sem culpa, mas não sem dano. Tanto é assim que, seria impossível pensar em indenização sem dano, ainda que a conduta tenha sido culposa ou dolosa. A responsabilidade civil é a obrigação de ressarcir, não se pode indenizar quando nada há o que reparar; caso contrário, configuraria enriquecimento ilícito.

“O prejuízo deve ser certo, é a regra essencial da reparação. Com isto se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação.” (DIAS, 2006, p. 977). No entanto, a teoria da perda de uma chance, abala a estrutura desse pressuposto. Ela é empregada quando o autor do dano é responsabilizado por privar alguém de obter uma vantagem ou impedir a pessoa de evitar prejuízo. Não há propriamente um dano, mas uma probabilidade de dano.

Perte d'une chance, como nomeada no idioma de origem, é expressão usada para designar uma modalidade autônoma e específica de dano quando, em virtude de uma conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima. É, pois, a supressão da possibilidade séria e real que tinha a vítima de obter, futuramente, um benefício ou de evitar ou minimizar determinada situação prejudicial a si. (BARRETTO, 2013, s/p).

Na teoria da perda de uma chance, o autor do ato ilícito, com a sua conduta, faz com que a vítima perca a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Para tanto, exige-se que o dano seja real, atual e certo e não uma mera possibilidade.

1.2.1 Teoria da perda de uma chance

A referida teoria surgiu na França e vem sendo aplicada, ainda de forma tímida, nos tribunais do país. O caso mais emblemático da nossa jurisprudência foi o julgamento do Recurso Especial n. 788.459 – BA, no Superior Tribunal de Justiça, referente ao programa de televisão “Show do Milhão”, no qual uma empresa do grupo econômico “Sílvio Santos” foi condenada a indenizar uma participante por privá-la da oportunidade de ganhar um prêmio de milhão de reais.

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, **impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.**

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Uma participante do programa de televisão “Show do Milhão” teve frustrada a chance de ganhar o prêmio máximo de R\$ 1 milhão, em virtude de uma pergunta mal formulada, à qual ela optou por não responder. A autora, então, pleiteou o ressarcimento por danos materiais do valor correspondente ao prêmio máximo do programa e danos morais pela frustração. O Superior Tribunal de Justiça condenou a empresa do grupo econômico “Sílvio Santos” a indenizar a autora em R\$ 125 mil.

Os ministros fundamentaram a decisão com o argumento que não havia como afirmar categoricamente que a mulher acertaria o questionamento final de R\$ 1 milhão caso ele fosse formulado corretamente. Mesmo na esfera da probabilidade, não haveria como concluir que ela acertaria a pergunta.

Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. **Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.** (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Aplica-se a referida teoria, também, nos casos de perda de prazo pelo advogado e erro médico. Contudo não de forma arbitrária, o simples fato de o advogado perder um prazo de resposta, ou mesmo de curso, não enseja automaticamente a responsabilização civil pela teoria da perda de uma chance. Assim também em relação ao erro médico é necessário fazer prova que a conduta – ação ou omissão – do médico contribuiu para a morte do paciente. Em ambas as situações faz-se necessário, diante do aspecto relativo à falta de certeza, uma análise minuciosa das reais possibilidades – vantagens – frustradas pelo agente.

1.2.2 Aparição e multiplicação dos danos

Com a flexibilização dos pressupostos da culpa e do nexo de causalidade (conforme veremos a frente), um maior número de pretensões indenizatórias passou, gradativamente, a ser acolhida pelo Poder Judiciário. Pretensões que não teriam como prosseguir por falta dos requisitos necessários para a caracterização da responsabilidade civil, deixando a vítima sem qualquer tipo de indenização, hoje, muitas vezes, encontram provimento favorável.

A multiplicação dos danos deve-se a diversos fatores de ordem social, econômica e cultural. No Brasil, por exemplo, não se pode ignorar o maior grau de instrução e acesso à

informação da população que passou a ter conhecimento sobre os direitos: trabalhistas, das relações de consumo, personalíssimos, coletivos e outros.

Outro fator foi o aumento das ações de dano moral, pelo afrouxamento dos requisitos para a reparação e, mesmo, pela banalização do pedido que passou a ser praticamente requisito obrigatório de todas as peças cíveis e trabalhistas, como se o dano moral estivesse associado ao material. E, ainda, não se pode deixar de mencionar os novos danos abarcados pelo poder Judiciário. Danos oriundos das novas tecnologias, das relações globalizadas, do meio ambiente, e outros.

Além destes, uma nova classe de danos da esfera privada passou a ser objeto das demandas judiciais, relativas à responsabilidade civil. Danos relativos ao direito de família, como abandono afetivo, indenização pelo fim da relação conjugal, rompimento de noivado, pedido de constituição e dissolução de união estável, em casos e namoros longos, dano sexual e outros.

1.3 O nexo de causalidade

Do mesmo modo, o nexo de causalidade também foi abrandado diante das novas situações apresentadas para o Direito na contemporaneidade. Como se sabe, a questão a ser enfrentada na solução de um caso envolvendo responsabilidade civil consiste na identificação do nexo de causalidade, fazendo-se necessário apurar se o agente deu causa ao resultado. “Não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito.” (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 65).

Contudo, a teoria da causalidade alternativa ou culpa coletiva mitiga exatamente este requisito. Para a referida teoria “pressupondo-se a existência do dano resultante de uma ação ou omissão coletiva, e havendo dúvidas sobre o autor ou autores, mas fazendo eles parte de um grupo identificado de pessoas, que o poderiam ter causado, todos devem ser responsabilizados.” (GIUSTINA, 1991, p. 41).

1.3.1 Teoria da causalidade alternativa

Como provar a autoria em um caso concreto de responsabilidade civil coletiva? Como caracterizar a relação entre o dano e a causalidade? Como garantir ao ofendido o direito

à sua indenização? Objetivamente, pelo sistema da responsabilidade civil consagrado pelo Direito Civil, sem a determinação do autor e do nexo de causalidade do dano, a vítima ficará sem reparação.

Por outro lado, com a adoção da teoria da causalidade alternativa pode-se elucidar tais incógnitas. Pressupondo sempre a existência do dano, resultante de uma ação ou omissão coletiva, havendo dúvidas sobre o autor ou autores, mas fazendo ele ou eles parte de um grupo identificado de pessoas que poderiam ter causado o dano, todos respondem solidariamente, salvo aqueles que provarem que o dano não é consequência do seu ato.

É importante destacar que a teoria da causalidade alternativa não se confunde com a teoria da causalidade concorrente. Aquela é aplicada em hipóteses em que, embora seja possível identificar o grupo de cuja atuação adveio o dano, mostra-se impraticável a determinação precisa do seu causador. Enquanto, nesta, todos os participantes concorrem para o resultado. Na causalidade alternativa não se sabe de qual ou quais agentes partiu a ação que resultou no dano, sendo certo, porém, que nem todos contribuíram para o prejuízo. (SCHREIBER, 2013, p. 74).

Nestes casos a solução seria a irresponsabilidade civil, vez que, sem a prova do nexo causal, sem a definição de quem seria o autor do dano, ninguém poderia ser responsabilizado. Por se tratar de fato constitutivo de direito, o ônus da prova cabe ao autor¹⁰, ele não o fazendo faz-se impossível a condenação e conseqüente responsabilização pelo dano.

É neste contexto que vem sendo invocada a teoria da causalidade alternativa, a fim de impor a responsabilidade solidária sobre todo o grupo envolvido na geração do dano, embora a rigor, apenas um ou de seus integrantes o tenha provocado. A expressão *causalidade alternativa*, encerra, portanto, a certa imprecisão linguística: a causalidade é única, embora imprecisável, sendo *alternativa*, a rigor a importação de responsabilidade aos agentes, justamente pelo fato de não de lograr determinar qual deles, individualmente produziu o dano. (SCHREIBER, 2013, p. 75).¹¹

Em relação à aplicação, a teoria da causalidade alternativa foi expressamente adotada pelo ordenamento alemão no § 830, ap. I, inciso 2, do código civil Alemão - BGB¹², como

¹⁰ Código de Processo Civil, artigo 333, inciso I.

¹¹ De acordo com Anderson Schreiber, esta seria uma crítica de Gustavo Tepedino, em parecer sobre a causalidade alternativa (não publicado).

¹² Quando algumas pessoas causaram um dano por fato ilícito, realizado em comum, cada um delas é responsável pelo dano. Da mesma forma, se não se pode descobrir qual dos interessados causou o dano pelo seu fato.

solução geral para as situações de autoria anônima; e em outras experiências, a teoria da causalidade alternativa foi adotada de forma restritiva, em hipóteses específicas¹³.

Apesar do ordenamento brasileiro não prever a aplicação da teoria da causalidade alternativa, a jurisprudência vem aplicando-a de forma inovadora e ousada. Uma das primeiras decisões a aplicar a teoria da causalidade alternativa foi a Apelação Cível n. 195.116.827, da Quinta Câmara Cível, no Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul.

CAUSALIDADE ALTERNATIVA. Mesmo que não se saiba quem foi o autor do dano, se há vários indivíduos que poderiam ser, todos estão obrigados a indenizar solidariamente. Culpa. A vítima, a quem não se pode atribuir qualquer culpa pelo acidente, não se pode exigir que descreva e prove minuciosamente a culpa de cada um dos motoristas. Teoria da causalidade alternativa. Dano material. Funda-se no direito do ser humano à integralidade física. A referência a valores pertinentes a capacidade laborativa, diz apenas com umas das formas de fixação da indenização. Dano moral. Não se confunde com dano psíquico, estético, psíquico ou material. (RIO GRANDE DO SUL, 1995, grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça também admitiu a teoria da causalidade alternativa no julgamento do Recurso Especial n. 26.975 – RS, em que, “a família de um torcedor de futebol morto após uma briga obteve o direito de ser ressarcida por aqueles que comprovadamente participaram das agressões, apesar de não ter sido possível demonstrar quem, efetivamente, fora o responsável pela morte.” (SAMPAIO JÚNIOR; PAULINO, 2012, p.410).

(...) causalidade alternativa ou responsabilidade de grupo, aquela situação em que diversos agentes participam de uma ação intrinsecamente perigosa e dessa ação resulta um determinado dano, nós sabemos que na jurisdição criminal, sem a precisa identificação, individual e pessoal do autor desse dano, não pode haver condenação. **Na jurisdição civil, ao contrário, está se desenvolvendo, cada vez mais, a admissibilidade da chamada causalidade suposta, uma de cujas variantes é a causalidade alternativa,** em que nós temos precisamente a **ação de um grupo que atua conjuntamente e de uma forma tal que qualquer dos integrantes desse grupo poderia ter causado o dano.** (...) Na jurisdição civil, desde muitos anos, a jurisprudência francesa vem admitindo esta eventualidade de condenação de todo o grupo que criou a situação perigosa, sem a qual o dano não se teria produzido, atribuindo-lhe responsabilidade solidária a cada um dos integrantes desse grupo. É a chamada **responsabilidade grupal decorrente da causalidade alternativa.** (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Assim, a teoria da causalidade alternativa estabelece a relação de causalidade necessária, em função das circunstâncias do caso concreto, mas que não é certa, admitindo, dessa forma, prova em contrário.

¹³ Pode-se citar o art. 1.119 do código civil da Argentina e o art. 2.328 do código civil chileno que regulam a responsabilidade dos objetos caídos e ou arremessados de um prédio na via pública. O art. 1.734 do código civil francês que possibilita a responsabilização de todos os co-locatários pelos danos decorrentes de incêndio, quando a origem do fogo permanecer desconhecida, dentre outros exemplos.

Por outro lado, na França, onde a teoria da causalidade alternativa já é adotada para determinados casos, questiona-se se sua aplicação seria um modo de limitar os movimentos sociais, de impedir as manifestações populares. Enfim, um modo de reprimir todo aquele que manifesta ou protesta, declarando-se responsável qualquer dos integrantes do grupo.

A possível incorporação da teoria da causalidade alternativa possibilitaria a flexibilização do nexo de causalidade e a solução dos danos causados por uma coletividade; porém, seria isso razoável diante dos estudos que vem sendo desenvolvidos no País em que a referida teoria já é adotada há mais tempo? Diante da necessidade de ampliar o debate é que se apresenta, a seguir, o estudo do Senado Francês relativamente à limitação ou não dos movimentos sociais diante da adoção da teoria da causalidade alternativa.

1.3.2 O rapport d'information 558, submetido ao Senado francês

Em julho de 2009, os senadores Alain Anziani e Laurent Béteille depositaram o *Rapport d'Information* nº 558, resultado de um grupo de trabalho sobre o instituto da responsabilidade civil instituído pela *Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale*, do Senado Francês¹⁴. Tal estudo “sublinhou a necessidade de uma reforma do direito da responsabilidade civil, observando-se três imperativos: consolidar a jurisprudência, esclarecer alguns pontos controvertidos e integrar certas inovações ao regime jurídico atual” (SAMPAIO JÚNIOR; PAULINO, 2012, p.410).

O *Rapport d'Information* nº 558 apresentou, para tanto, 28 recomendações¹⁵, que prenunciam algumas grandes inovações no direito francês da responsabilidade civil, tais como

¹⁴ Disponível em: <http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>

¹⁵ Recommandation nº 1 – Supprimer les doublons du régime general existant dans les régimes spéciaux et les remplacer par des renvois, afin d'éviter les risques d'interprétations divergentes des règles communes.

Recommandation nº 2 – Affirmer le principe d'exclusivité d'application des régimes spéciaux par rapport au régime général.

Recommandation nº 3 – Intégrer au code civil les dispositions de la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

Recommandation nº 4 – Privilégier la solution de la codification des autres régimes spéciaux dans les codes spécialisés susceptibles de les accueillir.

Recommandation nº 5 – Traduire, dans le code civil, l'acquis jurisprudentiel du droit de la responsabilité civile en sélectionnant les solutions qu'il convient de consacrer.

Recommandation nº 6 – Conserver la distinction classique entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, en rapprochant leurs régimes.

Recommandation nº 7 – Consacrer le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, en l'assortissant d'une exception au profit des victimes de dommages corporels.

Recommandation nº 8 – Permettre à un tiers au contrat de demander réparation du dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle sur le fondement soit de la responsabilité contractuelle, en se

a incorporação da teoria do desestímulo, autorizando o deferimento de indenizações de caráter punitivo, e a adoção da teoria do *duty to mitigate the damage*, impondo à vítima a obrigação de diminuir ou de não agravar o seu prejuízo.

Algumas dessas recomendações, no entanto, sugerem a manutenção do *status quo* em certas situações. É o que se observa da Recomendação 14: *Éviter la généralisation d'une responsabilité solidaire des membres identifiés d'un groupe pour un dommage causé par un membre indéterminé de ce groupe.*

soumettant alors à l'ensemble de ses règles, soit de la responsabilité délictuelle, à la condition d'être en mesure de démontrer la réunion des conditions nécessaires à la mise en jeu de cette responsabilité.

Recommandation n° 9 – Écarter l'introduction dans le code civil de la notion de « préjudice collectif ».

Recommandation n° 10 – Écarter l'affirmation d'une possibilité de condamnation immédiate de l'auteur d'un préjudice dépendant d'un événement futur et incertain.

Recommandation n° 11 – Inscire dans le code civil les règles jurisprudentielles relatives à l'exonération de la responsabilité de l'auteur d'un dommage du fait de la victime, en supprimant tout effet exonératoire lorsque cette dernière est privée de discernement.

Recommandation n° 12 – Assimiler les accidents de chemin de fer et de tramway aux autres accidents dans lesquels un véhicule terrestre à moteur est impliqué.

Recommandation n° 13 – Assimiler le conducteur aux autres victimes d'un accident de la circulation.

Recommandation n° 14 – Éviter la généralisation d'une responsabilité solidaire des membres identifiés d'un groupe pour un dommage causé par un membre indéterminé de ce groupe.

Recommandation n° 15 – Consacrer le régime général de la responsabilité du fait des choses.

Recommandation n° 16 – Remettre en cause la jurisprudence subordonnant la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur à un simple fait causal de ce dernier, au profit de l'exigence d'une faute.

Recommandation n° 17 – Lier la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs au seul exercice de l'autorité parentale en supprimant l'exigence d'une cohabitation.

Recommandation n° 18 – Maintenir la règle prétorienne suivant laquelle la responsabilité civile du préposé ne peut être recherchée que s'il a commis un abus de fonction ou certaines infractions pénales.

Recommandation n° 19 – Écarter la consécration de l'existence d'une responsabilité sans faute du fait d'un état de dépendance économique.

Recommandation n° 20 – Instituer l'obligation pour la victime d'un préjudice non corporel de diminuer ou de ne pas aggraver son dommage, cette obligation n'étant qu'une obligation de moyens, appréciée in concreto eu égard aux circonstances et à la personnalité de la victime.

Recommandation n° 21 – Clarifier les règles applicables aux clauses relatives à la réparation, en les autorisant par principe en matière de responsabilité délictuelle sans faute et en prévoyant leur révision judiciaire lorsqu'elles remettent en cause l'exécution d'une obligation essentielle du contrat.

Recommandation n° 22 – Favoriser une meilleure indemnisation du préjudice par le juge pénal saisi de l'action civile.

Recommandation n° 23 – Envisager l'introduction d'actions collectives en responsabilité en cas de fautes lucratives commises à l'égard d'une pluralité de victimes et générant des dommages individuels de faible montant.

Recommandation n° 24 – Autoriser les dommages et intérêts punitifs en cas de fautes lucratives dans certains contentieux spécialisés, versés par priorité à la victime et, pour une part définie par le juge, à un fonds d'indemnisation ou, à défaut, au Trésor public, et dont le montant serait fixé en fonction de celui des dommages et intérêts compensatoires.

Recommandation n° 25 – Sauf pour les dommages de plus faible montant, imposer au juge de procéder à une évaluation distincte pour chaque chef de préjudice allégué, et de motiver sa décision s'il rejette la demande.

Recommandation n° 26 – Prévoir l'adoption, par décret, d'un barème national d'invalidité, faisant l'objet d'une révision régulière, qui puisse servir de référence au juge dans son évaluation du dommage.

Recommandation n° 27 – Privilégier le versement de la réparation sous forme de capital pour les dommages de plus faible ampleur.

Recommandation n° 28 – Conforter la possibilité offerte au juge, lorsqu'il décide le versement d'une rente indexée, de déterminer cet indice et de prévoir, le cas échéant, les conditions dans lesquelles la rente sera révisée en cas de diminution ou d'aggravation du dommage.

A propósito dessa recomendação, observou-se que:

No que diz respeito à teoria da culpa coletiva, pensou-se, inicialmente, em generalizar as hipóteses atualmente reconhecidas pelos tribunais franceses (essencialmente, danos causados por membros não identificados durante atividades de lazer, como a caça, ou esportes coletivos). A reação, contudo, foi bastante desfavorável, chegando-se mesmo a cogitar que certas liberdades públicas, tais como o direito de manifestação ou o direito de greve, poderiam ser inibidas com a aplicação indiscriminada da teoria da culpa coletiva.

A recomendação, então, foi no sentido de evitar-se a generalização dessa teoria, mantendo-se a aplicação restritiva que atualmente se observa na jurisprudência francesa. (SAMPAIO JÚNIOR; PAULINO, 2012, p.412).

A análise empreendida pelos senadores franceses cai como luva à situação que se verificou no Brasil em decorrência das manifestações de junho de 2013, durante a Copa das Confederações. De fato, membros indeterminados, misturados aos manifestantes, aproveitaram-se da situação caótica e promoveram vários distúrbios, enfrentando as forças de segurança e depredando patrimônio público e privado. Em tese, a teoria da causalidade alternativa permitiria a responsabilização solidária dos manifestantes identificados por atos praticados pelos manifestantes não identificados.

Com o recurso a essa teoria, seria possível que um particular, que teve seu estabelecimento comercial depredado durante manifestação organizada pelos *black blocs*, pudesse voltar-se contra essa organização e responsabilizá-la pelos danos por ele suportados. Todavia, o mesmo raciocínio se aplicaria ao denominado *Movimento do Passe Livre*, que também organizou manifestações, mas de cunho pacifista.

Já se depreende, portanto, que a cautela sugerida na Recomendação 14 realmente tem sua razão de ser, pois se de um lado a teoria da causalidade alternativa permite o pleno ressarcimento das vítimas pela responsabilização dos participantes identificados – o que certamente atende a um critério bastante razoável de justiça – por outro lado poderia, dita teoria, ser utilizada como forma de inibir os movimentos sociais e as manifestações populares, o que, em última análise, pode ser compreendido como uma ofensa à própria concepção de cidadania.

O dano é certo e inquestionável, mas a dificuldade na identificação do ofensor privará a vítima da indenização a que faria jus.

Foi exatamente com o intuito de coibir essa situação que se desenvolveu, paulatinamente, a teoria da causalidade alternativa, também denominada da culpa coletiva, que permite a responsabilização solidária das pessoas identificadas pelos danos causados por pessoas não identificadas. A ponderação que se faz é entre o interesse da vítima e o daquela

pessoa identificada, que será obrigada a arcar com prejuízo a que não deu causa – a menos que demonstre a impossibilidade de ter causado aquele dano. Essa inversão do ônus da prova certamente dificulta a posição jurídica do réu, a quem, não raro, se imputará prova diabólica.

Se, em tese, a teoria da causalidade alternativa serviria para viabilizar o ressarcimento daqueles que sofreram danos no transcorrer das manifestações sociais, o estudo depositado junto ao Senado Francês apresenta outra faceta: tal prática poderia limitar as liberdades públicas, restringindo, em última análise, a própria expressão da cidadania, com inenarráveis prejuízos à esfera pública e, por conseguinte, à democracia.

Finalmente, deve-se registrar que mesmo a análise casuística da situação – solução proposta pelo estudo francês - poderia acarretar uma aplicação ideologizada do Direito. Afinal, uma manifestação tida como legítima para os integrantes de certo movimento social, como o MST, poderia ser tida como excessiva – ou ilegítima - pelo magistrado. A análise, então, se daria com fundamento na orientação política e ideológica do julgador, encarregado de verificar se determinada manifestação social efetivamente representaria os interesses da sociedade. Os riscos dessa análise, é desnecessário dizer, justificam uma elaboração teórica mais sólida da teoria da causalidade alternativa, especialmente no que diz respeito às situações em que se admitiria a sua aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o direito das famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades.** Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_23134327_A_RESPONSABILIDADE_CIVIL_PELA_PERDA_DE_UMA_CHANCE_SUA_INTERSECCAO_COM_O_DIREITO_DAS_FAMILIAS_E_O_ESTABELECIMENTO_DAS_RELACOES_PARENTAIS_INVESTIGANDO_POSSIBILIDADES.aspx>. Acesso em: 12 dez. 2013.

BRASIL, Tribunal Superior de Justiça. Processo: Recurso Especial n. 26.975 – RS. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 20 mai. 2002.

BRASIL, Tribunal Superior de Justiça. Processo: Recurso Especial n. 788.459 – BA. Relator Ministro Fernando Gonçalves. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 13 mar. 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 5. ed. aum. atual. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004. 559 p.559.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. – 11. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aum. por Rui Berford Dias. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1.176 p.

FRANÇA. **Code civil**. Disponível em: <<http://codes.droit.org/cod/civil.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

GIUSTINA, Vasco Della. **Responsabilidade civil dos grupos**. Rio de Janeiro: Aide Ed, 1991. 170 p.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. 347 p.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 195116827. Relator: Rui Portanova. **Rio Grande do Sul**. Julgado em 23 nov. 1995

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto; PAULINO, Daniella Bernucci. O futuro da responsabilidade civil. Análise do rapport d'information nº. 558, submetido ao senado francês, e seus possíveis reflexos sobre o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Nova Lima, n. 25, p. 405-418, 2012.

SHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 278 p.