

A SOCIALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: A EVOLUÇÃO DO SUBJETIVO-LIBERAL AO OBJETIVO-SOCIAL*

Fábio Anderson de Freitas Pedro**

RESUMO: A responsabilidade civil tem experimentado alterações quanto a função social e até mesmo quanto aos efeitos nela contidos. As alterações sociais ao longo da história, deixando um viés patrimonialista, passando por uma noção de Estado Social, impregnaram neste instituto uma abordagem solidarizante, em que a vítima deixou de ter a obrigação de demonstrar a culpa do causador do dano para a necessidade de demonstrar a existência do dano e a ocorrência do nexo causal. A verdadeira evolução do instituto representa a valorização do ser, colocando a dignidade humana em primeiro plano.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil objetiva. Responsabilidade civil subjetiva. Risco integral. Risco proveito.

Nota introdutória

Os danos constituem reflexos inerentes da vida em sociedade. A questão a ser enfrentada é como a sociedade irá reparar o dano existente, isso porque o individualismo que representou o norte teórico do liberalismo cedeu espaço a uma visão mais solidarista do direito e das próprias relações intersubjetivas.

O presente ensaio tem como proposta estudar o sistema dual de responsabilidade e de que modo a evolução do pensamento jusfilosófico repercutiu nos *standards* de responsabilidade civil.

A jurisprudência hoje tem consagrado a objetivação da responsabilidade, promovendo uma verdadeira inversão do que era aclamado há apenas um século.

A economia teve papel relevante nessa acomodação em busca de uma justiça mais distributiva, pois justamente foi estudando as contradições sociais criadas com a revolução no sistema produtivo humano. Foram concebidas novas hermenêuticas em que se deixou de buscar o causador do dano e se teve a preocupação voltada aos vitimados. Buscou-se, também, definir quem seria o responsável por implementar a reparação; foi crescente a ideia de coletivização do risco e distribuição dos ônus sociais.

1 Noções gerais de responsabilidade civil

Hodiernamente, na evolução da discussão sobre a responsabilidade civil, percebemos uma valorização da vítima, fruto de um Estado social no qual uma concepção

* Enviado em 2/6, aprovado em 19/7, aceito em 2/12/2011.

** Mestre em Direito - Universidade Gama Filho; professor do curso de Direito e da pós-graduação *Jato sensu* - Centro Universitário da Cidade; professor do curso de administração da Faculdade São José (RJ); Especialista em Direito Aeronáutico - Universidade Estácio de Sá (RJ); membro da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial; membro da Associação Latino Americana de Aeronáutica; membro da Academia Brasileira de Direito Civil; advogado. Faculdade de Direito, pós-graduação. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: fabioafpedro@domain.com.br.

solidarista assume destaque, urgindo o cumprimento dos princípios de eticidade e socialidade. Para Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 33), “a tendência, hoje, facilmente verificável, de não se deixar irressarcida a vítima de atos ilícitos sobrecarrega os nossos pretórios de ações de indenizações das mais variadas espécies”.

A responsabilidade civil tem por premissa restabelecer uma situação de equilíbrio abalada em razão de dano causado a uma pessoa, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Nesse sentido, escreve Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 13): “O princípio da responsabilidade civil encontra larga ressonância como fonte obrigacional, independentemente de fundada na ideologia da *common law* ou centrada na elaboração legislativa”.

No período de vigência do Código Civil de 1916, poder-se-ia dizer que o Direito brasileiro apresentava, com *standard* de responsabilidade, a responsabilidade com base na culpa. De fato, a concepção que permeava nossa legislação teve influência dos valores liberais emanados na Revolução Francesa, em que a culpa do agente deveria ser verificada como pressuposto da responsabilidade civil. Nesse sentido, Aguiar Dias estabelece a definição de culpa:

A culpa é a falta de diligência na observância de certa norma de conduta, isto é, desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude. (DIAS, 1960, p. 120)

O sistema da responsabilidade civil baseado na análise da conduta do agente recebeu a insígnia de responsabilidade subjetiva e trazia para a vítima o ônus de demonstrar em juízo toda a prova necessária para a responsabilização do autor do fato.

Com o processo de urbanização na Europa, consequência da Revolução Industrial, o número de acidentes cresceu exponencialmente por causa do natural adensamento de pessoas, que passaram a formar os centros urbanos próximos às unidades fabris. Com isso, houve também um aumento substancial da teia de relações jurídicas interpessoais.

A multidão que deixou o campo em razão do processo de mecanização passou a vislumbrar os centros urbanos por conta de oportunidades de emprego e renda capazes de satisfazer suas necessidades mais básicas. Todavia, o grau de instrução e treinamento era normalmente baixo, levando esses novos operários aos mais baixos estratos sociais, além de baixa renda, jornada e condições de trabalho desumanas. Começaram a surgir, com grande incidência, os acidentes de trabalho e, com isso, a busca por uma reparação em razão do infortúnio. Sobre esse período, Marco Fabio Morsello assevera que:

O impacto geral da Revolução Industrial gerou inúmeros efeitos socioeconômicos, destacando-se, dentre outros, a urbanização, a interdependência, a alteração radical do caráter do trabalho e das relações trabalhistas, a formação de empresários no âmbito do capitalismo produtivo, a produção em massa, com os efeitos correlatos nos aspectos da responsabilidade civil e no modo de formação dos contratos. Ademais, os mecanismos jurídicos existentes, escudados em realidade social diversa, por óbvio denotavam anacronismo, máxime e se considerando as dificuldades probatórias engendradas na teoria da culpa, o lapso de tempo para tal desiderato e

a inexistência de meios de sobrevivência para o empregado acidentado, ou sua família, durante longo iter processual, já que a rescisão do contrato era automática, inexistindo qualquer tipo de seguro. (MORSELLO, 2006, p. 3-4)

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira:

Costuma-se acentuar que a evolução industrial do século passado percutiu enormemente na responsabilidade civil 'A multiplicação dos acidentes, materiais ou corporais, gerados pelo desenvolvimento prodigioso dos maquinismos fixou a sua marca (Weill e Terré). (PEREIRA, 1997, p. 16)

A jurisprudência teve papel decisivo para dar novos contornos à responsabilidade civil e reduzir o fardo processual incidente sobre a vítima, em especial sobre a carga do ônus probatório, Maria Celina Bodin de Moraes (2008) recorda que "em 1896, a Corte de Cassação Francesa, na chamada decisão 'Teffaine', ao determinar a reparação pelo patrão dos danos causados a um empregado pela explosão de uma caldeira". Esse aresto inaugura a discussão da teoria do risco, em que o empresário passa a assumir os riscos e ônus derivados de sua atividade, com a noção de risco criado, risco proveito, questão que será abordada no decorrer deste estudo.

No Brasil, algumas normas trouxeram inovação ao cenário da responsabilidade civil. Podemos citar a Lei nº 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), que estabelece, de forma coordenada, duas espécies de responsabilidade.

Art. 246. A responsabilidade do transportador (art. 123, 124 e 222 parágrafo único), por danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte (arts. 233, 234 § 1º, 245) está sujeita aos limites estabelecidos neste título (arts. 257, 260, 262 e 277).

.....
Art. 248. Os limites de indenização, previstos neste Capítulo, não se aplicam se for provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos.

§ 1º Para efeitos deste artigo, ocorre o dolo ou culpa grave quando o transportador ou seus prepostos quiseram o resultado ou assumiram o risco de produzi-lo.

§ 2º O demandante deverá provar, no caso de dolo ou culpa grave prepostos, que estes atuavam no exercício de suas funções. (BRASIL, Lei nº 7.565/1986)

Para José da Silva Pacheco (1998, p. 32), o Código Brasileiro de Aeronáutica, observando a diretriz da Convenção de Varsóvia de 1929, assumiu uma posição intermediária no trato da responsabilidade civil, pois, com a redação insculpida no artigo 246, manteve a concepção de culpa, mas adotou uma espécie de culpa presumida. Nesse sentido, caberá ao transportador o encargo de demonstrar que não contribuiu para o evento danoso ou que a culpa foi exclusiva da vítima. Esse mesmo diploma legal, no artigo 248, volta a instrumentalizar a clássica responsabilidade civil decorrente de culpa se o passageiro almejar uma indenização superior aos limites estabelecidos na própria lei para fins de reparação. Podemos perceber um sistema complexo de responsabilidade civil.

2 Responsabilidade civil subjetiva

Quando tratamos da responsabilidade civil na modalidade subjetiva, o que se deve ter como núcleo desse instituto é a necessidade de demonstrar o elemento culpa para a responsabilização do causador do dano.

Ao praticar um ato considerado como ilícito civil, o agente pode pretender o resultado danoso. Nessa hipótese, o dano teve origem na vontade de alguém dirigida para causar prejuízo de outrem; e o elemento subjetivo será denominado dolo, não havendo sombra de dúvidas que aquele que age com dolo para prejudicar - caso ocorra dano, tem a obrigação de reparação. Por exemplo, se um indivíduo, ao perceber que seu desafeto está atravessando a rua, busca direcionar seu carro no sentido de lhe provocar lesão ou fim mais trágico, responderá na esfera penal. E, caso venha a causar dano ao transeunte, também responderá civilmente com o dever de reparar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais resultantes de sua conduta reprovável.

Por outro lado, a responsabilidade civil pode ser o resultado de uma conduta humana na qual não havia a intenção de provocar qualquer tipo de prejuízo a terceiros, mas sua ocorrência deriva da negligência, imprudência ou mesmo imperícia. Nesses casos em que não havia a intenção do dano, a hipótese não é dolosa, mas sim culposa. Por exemplo, um condutor que, ao conduzir seu veículo, não observa a mudança de sinalização do semáforo e vem a colidir violentamente com o veículo que ia à sua frente e estava parado em atenção às regras de circulação. Nessa hipótese, o causador do dano responderá em razão da responsabilidade civil subjetiva culposa, devendo indenizar os prejuízos experimentados pela vítima.

No Código Civil de 1916, segundo André Cleófas Uchôa Cavalcanti (2002, p. 29), poucas eram as hipóteses de responsabilidade civil que não eram baseadas na análise da existência ou não de culpa.

A responsabilidade civil baseada na existência do elemento decorre da inobservância de um dever geral de cautela. Nesse sentido, José Acir Lessa Giordani (2007, p. 21-22) defende que os seguintes elementos devem ocorrer na incidência da culpa: erro de conduta, previsibilidade do resultado e a falta de cuidado ou omissão da diligência exigível. No tocante às modalidades, Giordani as relaciona: culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando*, culpa *in custodiendo*. Em todas essas modalidades consagradas pela doutrina, o que podemos perceber como elemento comum e que os fazem integrantes de uma mesma categoria é o fato da inobservância de um cuidado mínimo que se espera do agente na execução ou avaliação e a falta de previsibilidade de que o ato praticado viria a causar dano.

O Código Civil de 2002 trata da responsabilidade civil subjetiva no artigo 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” (BRASIL, 2002). Embora algumas críticas sejam erigidas quanto ao tratamento dispensado à responsabilidade civil subjetiva, o que deve se ter em mira é a própria mudança principiológica adotada no Código Civil em vigor.

A responsabilidade subjetiva deixa de ser o centro gravitacional do sistema de jurídico brasileiro, dando espaço para a responsabilidade civil objetiva, embora Miguel Reale (2003), em seus comentários sobre as diretrizes teóricas do Código Civil, tenha estabelecido que deve haver uma complementaridade entre os dois modelos de responsabilidade.

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que se fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental. (REALE, 2003)

3 Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil objetiva, segundo Sérgio Cavalieri Filho (1998, p. 141), também resulta de um ilícito civil. Todavia, o elemento subjetivo pode ou não ser identificado. Para a existência da obrigação de reparar, basta a configuração do dano e a percepção do nexo causal.

Na verdade, a responsabilidade civil, sem indagar a existência ou grau de culpa, resulta de uma visão que substituiu o patrimonialismo do século XIX, fruto dos ideais iluministas. Veio, então, a visão mais solidarizante da sociedade, na qual há a valorização da dignidade do ser, que está contemplado como interpretação de matriz constitucional, que não deve ser vista como um mero enunciado, mas como elemento de interpretação das normas infraconstitucionais. Nesse sentido, Aguiar Dias (2007, p. 33) estabelece que a responsabilidade objetiva pode derivar de um ilícito civil assim como também das condutas conforme a lei, mas que venham a ferir os postulados principiológicos tratados no atual códex civil.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, a objetivação da responsabilidade é baseada no fenômeno da solidarização do direito:

A transformação da responsabilidade civil em direção à objetivação corresponde a uma mudança sociocultural de significativa relevância que continua a influenciar o direito civil neste início de século. Ela traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do Código de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código Civil de 2002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se hoje se a vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado (MORAES, 2008, p. 857)

A vertente da responsabilidade objetiva não se baseia na análise da culpa para estabelecer a obrigação de indenizar. De forma subsidiária, porém, pode aplicar a obrigação do direito de buscar mensurar o grau de culpa envolvido para lastrear sua decisão

no tocante à quantia indenizatória. Portanto, ao tratar da responsabilidade objetiva não se aniquila a questão da culpa, porém esta não pode servir de vinculação para estabelecer o dever de indenizar. Como bem observou Claudio Luiz Bueno de Godoy (2009, p. 16), a questão hodiernamente não é buscar o culpado, mas sim o responsável pela indenização. Não se perquire a culpa, mas o risco da conduta e a lesão que dela resulta.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) apresentou como elemento importante na defesa daqueles mais frágeis na cadeia de consumo a noção da objetivação da responsabilidade. É bem verdade que o CDC veio a preencher uma lacuna, em razão do sistema civil incompleto que era o Código Civil de 1916. Como já comentamos, esse diploma pregava a completude das normas. Contudo, suas deficiências em razão da dinâmica social fizeram surgir vários microsistemas, o que foi chamado de “Era dos Estatutos”.

Destarte, seja no Código de Defesa do Consumidor, seja no Código Civil de 2002, a responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco criado, ou teoria do risco-proveito, estabelece o fundamento jusfilosófico para a expansão da responsabilidade objetiva.

José Acir Lessa Giordani traz uma ilustração que permite a compreensão da base filosófica desse instituto.

O trabalhador que exerce sua profissão manuseando máquinas perigosas de determinada indústria, e termina sofrendo um acidente com a amputação de um membro ou a perda da visão. Neste caso, a grande vantagem auferida da utilização do maquinário é obtida pelo dono da indústria e não pelo trabalhador, porém o perigo da atividade recai todo sobre o último. Neste sentido é que a máxima latina *ubi emolumentum, ibi onus* começa a inspirar os estudos em favor da teoria do risco. (GIODANI, 2007, p. 37)

Nesse sentido, voltamos a um trecho já salientado, pois não há a busca pelo culpado, mas a determinação de quem será o responsável pela indenização. A empresa é aquela que colhe o lucro, explorando o risco ao qual seu funcionário está exposto; nesse sentido, na valorização do indivíduo, com espedeque na dignidade da pessoa humana, constitui um dever indenizar.

A teoria do risco subdivide-se em: teorias do risco-proveito, teoria do risco profissional, teoria do risco integral e a teoria do risco criado, que, como explica Giordani (2007, p. 48), é considerada uma evolução na teoria do risco-proveito.

Algumas questões são polêmicas e causam embates entre os defensores da responsabilidade objetiva, como a provocação suscitada por José Acir Lessa Giordani.

A questão é instigante: relacionar a utilização de veículo automotor como sendo uma atividade que, potencialmente em seu bojo, deriva risco e, por conseguinte, gera uma responsabilidade sem culpa, fruto da teoria do risco. Não há neste enunciado indicação se a utilização do veículo compõe uma cadeia produtiva ou se trata de veículo de passeio, embora a teoria do risco criado ultrapasse a teoria do risco-proveito, por não indagar se há ou não proveito econômico direto na atividade.

Ao buscar subsídio na jurisprudência pátria, em especial dos arestos provenientes do Superior Tribunal de Justiça, percebemos que na seara dos acidentes automobilísticos

a teoria do risco é adotada em nossos tribunais para veículos coletivos, explorados comercialmente ou para veículos pertencentes à administração. As relações que envolvem pessoas físicas são conduzidas pela análise do artigo 186 do Código Civil, havendo o questionamento sobre a incidência ou não de culpa por parte do autor do fato.

Sobre a responsabilidade civil e as questões atinentes ao nexos causal quando, Gisela Sampaio da Cruz afirmou:

O vínculo causal não se exclui apenas por ação da vítima ou de terceiro, mas também quando outros fatores estranhos à atuação do agente impossibilitam a atribuição do dano ao sujeito. É o evento danoso também pode resultar de uma fatalidade. Trata-se do imponderável que quebra o desdobramento normal dos acontecimentos, razão pela qual não se deve imputar o dever indenizatório a quem quer que seja, pelo menos em princípio. (SAMPAIO DA CRUZ, 2005, p. 93)

Convém, entretanto, lembrar as lições de Anderson Schreiber (2007, p. 67), as quais apontam que a jurisprudência tem, em alguns casos, relativizado o fator de rompimento do nexos causal, com a cristalina finalidade de assegurar ao acidentado alguma espécie de reparação.

A gradual perda de rigor na apreciação do nexos de causalidade, extraída de tantos expedientes empregados pela jurisprudência, com maior ou menor apoio na doutrina, efetivamente assegura às vítimas em geral a reparação dos danos sofridos. Até aqui, o que vem sendo apontado como relativização da prova do nexos causal parece legitimar-se por aquilo que já foi denominado como “o imperativo social da reparação”. (SCHREIBER, 2007, p. 94-95)

A análise das decisões em sua totalidade revela, no entanto, o efeito negativo dos expedientes empregados pela jurisprudência. A ampla margem de discricionariedade na aferição da causalidade jurídica não apenas produz decisões incoerentes, mas também resulta, por toda parte, em certa insegurança no que concerne às próprias responsabilidades. Pior: a liberdade com que o Poder Judiciário trata a questão do nexos causal estimula pedidos de reparação, fundados mais na desgraça a vítima que em uma possibilidade jurídica de imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável. Fala-se, neste sentido, em vitimização social ou *blame culture*.

A própria jurisprudência ainda não está pacificada sobre a incidência da responsabilidade civil objetiva, em razão da teoria do risco. Trazemos, então, a ementa do Recurso Especial nº 185.659, de processo originário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ementa: Responsabilidade civil. Teoria do risco (presunção de culpa). Atividade perigosa (transportador de valores). Acidente de trânsito (atropelamento de terceiro). Inexistência de culpa da vítima (indenização).

É responsável aquele que causa dano a terceiro no exercício de atividade perigosa, sem culpa da vítima.

Ultimamente vem conquistando espaço o princípio que se assenta na teoria do risco, ou do exercício de atividade perigosa, daí há de se entender que aquele que desenvolve tal atividade responderá pelo dano causado.

A atividade de transporte de valores cria um risco para terceiros. “Neste quadro”, conforme o acórdão estadual, “não parece razoável mandar a família do pedestre atropelado reclamar, dos autores não identificados do latrocínio, a indenização devida, quando a vítima foi morta pelo veículo da ré que explora atividade sabidamente perigosa, com o fim de lucro”. Inexistência de caso fortuito ou força maior.

Recurso Especial, quanto à questão principal, fundado no art. 1058 e seu parágrafo único do Código Civil, de que a Turma não conheceu por maioria de votos.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, não conhecer do recurso especial. Vencido o Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Ari Pargendler. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 185.659/SP*, j. 26/6/2000)

A ementa transmite a informação que a teoria do risco refere-se à culpa presumida, o que, em efeito, se demonstra equivocado. A tese que obteve maioria de votos manifesta a filiação à teoria do risco-proveito, uma vez que o que foi levado em consideração pelos ministros foi o fato de a atividade ser considerada perigosa e gerar uma vantagem para a empresa que explora essa atividade; portanto, a questão não está atrelada à culpa presumida.

4 Textura aberta do Código Civil: a cláusula geral de responsabilidade

O sistema de cláusulas abertas ou cláusulas gerais constitui um modelo que promove uma ruptura com o sistema que prevaleceu até meados do século XX, em que a segurança jurídica residia na positivação do direito por meio de normas escritas que buscavam tutelar todas as relações jurídicas existentes na sociedade. Admite-se que a norma não é capaz de prover todas as necessidades humanas e há a necessidade de uma flexibilização para permitir ao Estado tratar de forma justa os conflitos de interesse.

Norberto Bobbio (2010, p. 278) ressalta que, conforme as legislações envelheciam, percebia-se as insuficiências do sistema e ficava patente a inexistência de um dogma da completude. Para o autor, nesse quadro o legislador, sem o dom da onisciência, não podendo prever os fatos, normatiza todas as condutas.

As cláusulas abertas permitem uma oxigenação do sistema jurídico, com a aplicação de princípios norteadores para a solução de conflito, como os princípios constitucionais que representam a constitucionalização do direito privado com a adoção de princípios como a dignidade da pessoa humana, entre outros.

Procurou-se, com a nova codificação, reformular a linguagem hermética do Código Civil de 1916, baseando-se preponderantemente em tipo, e não em princípios, apesar da diretriz de se preservar ao máximo a atual redação, a menos que houvesse mudança profunda ou em virtude das variações semânticas ocorridas desde o Código passado (MAGALHÃES, 2006, p. 153).

A questão da insegurança jurídica é discutida por alguns juristas. José de Oliveira Ascensão (2002, p. 145) indaga se teria o Novo Código Civil seguido o caminho certo. Numa vida jurídica caracterizada por um acentuado desprendimento da lei, quase um desprestígio prático desta, a mudança operada na ordem normativa não iria, afinal, agravar os males presentes, como da própria justiça que se aspira a alcançar?

A crítica suscitada leva à seguinte reflexão: os poderes de integração da norma pelos magistrados não se tornam excessivos ao depositar neles toda a confiança na realização de justiça? Ronald Dworkin (2010, p. 287) questiona o papel solitário do “juiz Hércules” - um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas que aceita o direito como integridade.

Sobre as cláusulas gerais, Francisco dos Santos Amaral Neto (2004, p. 17) afirma que são preceitos jurídicos vazios ou incompletos que, graças à sua generalidade e abstração, podem abranger um vasto grupo de situações, de modo lacunar e com a possibilidade de ajustamento a uma consequência jurídica. Seriam normas jurídicas muito amplas, até indeterminadas.

No sistema das cláusulas abertas, como explicita Fátima Nancy Andrichi:

O juiz sem provocação nada poderá fazer. De nenhuma valia será a disponibilidade da chave-mestra da cláusula geral se o advogado, companheiro indispensável à administração da Justiça, não provocar o juiz com pedidos dessa ordem. Nesse contexto, há uma responsabilidade na mudança e na própria realização da justiça dos advogados na elaboração de peças e teses que rompam com as limitações estabelecidas em normas positivadas e rígidas que procuram abrir os olhos dos magistrados para situações que mereçam um olhar crítico para a decisão mais justa. Deve, pois promover os necessários recursos quando a utilização das cláusulas não representar uma decisão justa e equânime. Por outro lado, os Juízes devem estar libertos das amarras e grilhões que por séculos nortearam sua liberdade de julgar. Os operadores do Direito assumem papel de relevância, pois são aqueles que manejam ferramentas jurídicas na busca pela Justiça. (ANDRIGHI et al., 2008, p. 294-295)

5 Variáveis interpretativas do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro de 2002

A regra de responsabilidade civil contida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro constitui uma cláusula aberta; e, nesse sentido, vários doutrinadores criticam que os conceitos ficaram excessivamente abertos, gerando uma série de interpretações possíveis.

Acreditamos que essa norma foi forjada exatamente com essa missão de compor um dispositivo que pudesse ser moldado de acordo com os preceitos de culturalismo impregnados por Miguel Reale (2002). A dogmática e a jurisprudência ainda não estabeleceram seus contornos, o que torna extremamente válida essa discussão, com o objeto de contribuir com o debate e buscar a interpretação mais adequada para os valores sociais atualmente cultivados.

Noutro vértice, juristas como Álvaro Villaça Azevedo (2008, p. 262) consideram a dicção do artigo 927 do Código Civil “reedição do sentido da indenização por ato ilícito e

por abuso de direito constante dos arts. 186 e 187” sendo, porém, espécie de responsabilidade objetiva integrada a teoria do risco criado, em que a crítica reside exatamente de parâmetros definidos em lei.

Para Aguiar Dias (2007, p. 49), “o risco projetou-se em duas subespécies: risco-possibilidade e risco-probabilidade”. O risco não se coaduna com a mera possibilidade de dano, pois, caso contrário, a responsabilidade objetiva consistiria em um instituto cujo alargamento abarcaria praticamente todas as atividades humanas; com isso, estaríamos aniquilando a ideia de responsabilidade subjetiva.

A seu turno, Giordani (2007) entende que a regra insculpida no parágrafo único do artigo 924 adotou não a teoria do risco-proveito, mas a teoria do risco criado, sem qualquer restrição quanto à atividade desenvolvida – podendo ser econômica ou não. E o autor ainda estabelece que, doravante, o sistema da responsabilidade objetiva constitua a regra; e a responsabilidade subjetiva, sua exceção. Entretanto, da própria consequência das razões expostas por Giordani, ou mesmo pelas ilustrações por ele apresentadas, percebe-se claramente uma mitigação nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, com a utilização elástica da responsabilidade objetiva.

Em uma análise que se aproxima da argumentação de Roger da Silva Aguiar, temos a tese defendida por Claudio Luiz Bueno de Godoy (2009, p. 97-98), o qual entende que toda prática organizada de atos produz em maior ou menor escala um risco. Nesse sentido, deve ser percebido se a atividade é essencialmente perigosa. Promove-se, assim, uma classificação entre um risco comum e um risco especial; e este é o alvo do legislador do parágrafo único do artigo 927. Cremos que essa posição mantém o equilíbrio entre a existência da responsabilidade objetiva e subjetiva, que Miguel Reale já havia sinalizado como necessário.

A questão é buscar identificar quando uma atividade apresenta esse risco especial capaz de gerar a responsabilização sem culpa. Godoy (2009, p. 99) propõe uma análise estatística para aferir o grau de sinistralidade, isto é, se a atividade desenvolvida deixaria o campo de um risco comum para esse risco especial.

Embora deva ser creditado o mérito pelo enfrentamento do tema, cremos que a solução ainda enfrente os problemas de uma análise pragmatista, uma vez que o se propõe é um estudo estatístico; o casuismo ou interesses contrapostos poderiam questionar o arco temporal para a mensuração dessa sinistralidade. Por exemplo, o transporte aéreo regular, que ostenta entre os modais de transporte os melhores índices quanto à baixa ocorrência de infortúnios, é considerado o meio de transporte mais seguro do mundo.

Nesse sentido, foi publicado recentemente, pela instituição alemã Jet Airliner Crash Data Evaluation (AERO MAGAZINE, 2011), seu tradicional *ranking* anual de segurança. A companhia aérea brasileira TAM foi incluída nesta rol, o que demonstraria ser a atividade desenvolvida por esta empresa isenta de um risco especial, estando em nível de segurança operacional comparável às maiores empresas do mundo. Todavia, é inegável o risco dessa atividade, que merece em seu trato diário a imposição das mais rígidas regras de segurança. Nesse sentido, os esforços convergem em legislações domésticas

e tratados internacionais que buscam normatizar tanto a problemática envolvida nas investigações de acidentes aéreos (Convenção de Chicago de 1944, anexo XIII) e também a questão da indenização (Convenção de Varsóvia de 1929, substituída pela Convenção de Montreal de 1999).

A responsabilização pelo risco tratado tanto na doutrina nacional quanto internacional deve ser estabelecida pelo julgador diante do caso concreto com base em um juízo de razoabilidade e ponderação, a fim de evitar que o instituto deixe o leito da reparação e venha a ser utilizado com fins subalternos, ou fomente o que Maria Celina Bodin de Moraes (2009), citando Todorov, denominou “vitimização social”.

Nesse sentido, ainda que não haja o dano moral, o legislador, em um complexo de Robin Hood, busca sempre vislumbrar um algoz e uma vítima, concedendo à reparação não um aspecto de justiça social ou um aspecto pedagógico, mas um instrumento para minorar a desigualdade social.

Nota conclusiva

A responsabilidade civil constitui um instituto que sofreu grande variação em razão das próprias alterações observadas no tecido social: sua utilização na época da Revolução Francesa representou a dogmática de modelo liberal, individualista; a visão patrimonialista superava o contexto social no qual estava inserido. E o sistema da responsabilidade baseado na culpa como regra representava um ônus para a vítima, que, além de suportar a lesão que lhe foi imposta pelo causador, ainda enfrentava as vicissitudes de um processo judicial burocrático e que lhe sobrecarregava com o encargo de demonstrar a existência da falta de um dever geral de cautela. Em regra, representava para a burguesia em ascensão um sentimento de imunidade quanto aos atos danosos praticados.

Incumbe à jurisprudência e à doutrina o papel de mola propulsora para buscar, ainda que gradativamente, ajustar a responsabilidade civil para um elemento de verdadeira justiça social. Coube à responsabilidade por culpa presumida ser o modelo de transição no qual o sistema da culpa continuou sendo a tônica da responsabilização. Porém, isso ocorreu com um abrandamento em favor da vítima, que passou a contar com uma presunção de veracidade em suas alegações, deslocando o ônus da prova para o causador do dano, que deveria, este sim, demonstrar que não obrou com culpa ou que presentes estavam uma das excludentes de responsabilidade.

A responsabilidade por culpa baseava-se na existência de um ilícito civil. Ou seja: embora ainda não desejasse o resultado, surgia um vínculo obrigacional ligando o lesante ao lesionado, impondo a reparação do dano patrimonial ou extrapatrimonial resultante.

Já a responsabilidade sem indagação de culpa, chamada de responsabilidade civil objetiva, não significa dizer que não existe culpa: na verdade, a mensuração da culpa sobrejacente tem o condão de mensurar o *quantum* indenizatório, porém sua ocorrência ou não é de certa forma irrelevante para o surgimento do dever de indenizar. Nesse caso, a responsabilidade civil não está circunscrita à existência de um ilícito civil, mas deriva da própria noção de risco resultante da atividade desempenhada pelo autor do fato.

O Código Civil brasileiro foi interpretado à luz dos princípios constitucionais, erigidos não mais em um Estado liberal, mas no chamado Estado social; os ideais patrimonialistas foram sendo substituídos por princípios solidarizantes baseados na boa-fé, que necessariamente deve nortear as relações humanas, a ética que coteja o ser como primado sobre o ter.

Nesse sentido, a evolução do pensamento jurídico ultrapassou a noção de risco-proveito, a qual abarcou a concepção de risco criado. Nesse sentido, no Brasil a responsabilidade baseada na culpa não constitui mais o *standard* de responsabilização. Contudo, ainda que a valorização da responsabilidade objetiva represente uma espécie de justiça distributiva, em que os riscos da atividade humana devem ser fracionados por toda a sociedade, não significa que haja o aniquilamento da responsabilidade baseada na culpa, como instituto decadente, mesmo que parte da doutrina considere que houve mitigação de seu alcance, até mesmo com a valorização da boa-fé como ensejadora de responsabilidade civil.

A doutrina tem debatido o conteúdo aberto do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, em razão de um dever de segurança que deriva desse dispositivo legal. O cuidado na interpretação desse artigo é de não estabelecer, como bem colocado por Aguiar, que o risco deva ser subdividido em risco-possibilidade e risco-probabilidade, a fim de dar exato contorno e não promover uma completa objetivação da responsabilidade, considerando que toda conduta humana, em regra, implica um variável grau de risco.

O regime dual de responsabilidade continua existindo, e a maior ou menor incidência da responsabilidade sem culpa baseada no risco da atividade será norteadada pela interpretação sistêmica que necessariamente é fruto de um sistema de cláusulas abertas.

THE SOCIALIZATION OF CIVIL RESPONSABILITY: FROM SUBJECTIVE-LIBERALISM TO THE SOCIAL IDEAL

ABSTRACT: The liability has experienced changes as the social and even the effects it contains. Social changes throughout history, leaving a way through a patrimonial notion of social state, ingrained in our institute solidarizing approach where the victim no longer has the obligation to prove the guilt of causing damage to the need to demonstrate the existence of damage and the occurrence of a causal connection. The real evolution of the institute represents the valuation of the putting human dignity in the foreground.

KEYWORDS: Objective liability. Subjective Liability. Integral risk. Profit risk.

Referências

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Objetiva: Do Risco à Solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007.

AERO MAGAZINE. Disponível em: <<http://aeromagazine.uol.com.br>>. Acesso em: 17 maio 2011.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Equidade no Código Civil Brasileiro. *Cadernos do CEJ*. Brasília, n. 25, abr./jun. 2004.

- ANDRIGHI, Fátima Nancy et al. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas Gerais e a Segurança Jurídica no Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, ano 7, v. 28, out./dez. 2006.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 185.659/SP. Rel.: ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Relator designado: ministro Nilson Naves. J.: 26/6/2000.
- CAVALCANTI, André Cleofas Uchôa. *Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- GIORDANI, José Acir. *A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MAGALHÃES, Joseli Lima. *Da Recodificação do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MORAES, Maria Celia Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O Direito e o Tempo Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- REALE, Miguel. *Emendas Absurdas ao Código Civil*. 26 abr. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/absncc.htm>>. Acesso em 15 fev. 2011.
- SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos*. São Paulo: Atlas, 2007.