

FUNÇÕES E PRINCÍPIOS JUSTIFICADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O ART. 927, § ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL

Flavia Portella Püschel¹

FUNCTIONS AND PRINCIPLES OF TORT LAW: THE ART. 927
§ ÚNICO OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE

RESUMO

O PRESENTE ARTIGO TEM COMO OBJETIVO REFLETIR SOBRE POSSÍVEIS PARÂMETROS PARA A INTERPRETAÇÃO DO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC – QUE INTRODUZIU NO DIREITO BRASILEIRO UMA NORMA GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA – COM BASE NAS FUNÇÕES NORMALMENTE ATRIBUÍDAS À RESPONSABILIDADE E NOS PRINCÍPIOS DESENVOLVIDOS PELA DOUTRINA PARA JUSTIFICAR A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SEM CULPA.

PALAVRAS-CHAVE

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA / NOVO CÓDIGO CIVIL / FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

ABSTRACT

THIS PAPER HAS THE GOAL TO REFLECT UPON POSSIBLE GUIDELINES FOR THE INTERPRETATION OF ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, OF THE NEW BRAZILIAN CIVIL CODE, WHICH HAS INTRODUCED A GENERAL STRICT TORT LIABILITY RULE INTO BRAZILIAN LAW. IN ORDER TO DO THAT, THE AUTHOR ANALYZES THE FUNCTIONS NORMALLY ATTRIBUTED TO TORT LIABILITY, AS WELL AS THE PRINCIPLES DEVELOPED TO JUSTIFY STRICT LIABILITY IN GENERAL.

KEYWORDS

STRICT TORT LIABILITY / NEW BRAZILIAN CIVIL CODE / FUNCTIONS OF TORT LIABILITY

A responsabilidade civil objetiva, isto é, sem culpa, não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Pelo contrário. Anteriormente à entrada em vigor do Código Civil (CC) de 2002, diversas leis já a previam, desde, por exemplo, o Dec. 2.681, de 07.12.1912, sobre as estradas de ferro (determinando a responsabilidade objetiva por danos causados a passageiros e proprietários marginais) até – dentre as mais recentes – o Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8078, de 11.09.1990).

O próprio CC de 1916, embora consagrasse como regra geral a responsabilidade fundada na culpa, previa também diversos casos de responsabilidade objetiva.²

Ainda assim, pode-se dizer que o CC de 2002 apresenta, em termos de responsabilidade civil, uma tendência à objetivação.

Os casos de responsabilidade sem culpa previstos pelo Código anterior foram

mantidos (art. 938, por exemplo); ao seu lado foram incorporados expressamente casos de responsabilidade objetiva desenvolvidos pela jurisprudência (art. 932, I, II, III), presunções *iuris tantum* de culpa foram abandonadas (art. 936) e, principalmente, incluiu-se o parágrafo único do art. 927, dispositivo sem correspondente no Código anterior.

Estabelece o art. 927, parágrafo único, do CC:

“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” (grifos nossos).

O art. 927, parágrafo único, é especialmente interessante por tratar-se de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva.

Até o advento do CC de 2002, a responsabilidade subjetiva era a regra, prevista pelo art. 159 do CC de 1916. Os casos de responsabilidade objetiva, considerados excepcionais, eram previstos por normas específicas.

O art. 927, parágrafo único, não prevê uma hipótese específica de responsabilidade objetiva. Ao contrário, trata-se de norma bastante ampla, na qual o legislador empregou termos cujo sentido é ainda indefinido.

O que é *atividade*? Quando se considera que alguém a *desenvolve normalmente*? Como saber o que se deve considerar atividade de *risco por natureza*?

Tais questões foram deixadas em aberto pelo legislador e serão respondidas pelo Poder Judiciário.³

A proposta deste texto é refletir sobre possíveis parâmetros para a interpretação do art. 927, parágrafo único, com base nas funções a serem cumpridas pela responsabilidade civil e na tradição doutrinária e jurisprudencial sobre a responsabilidade objetiva em geral.

I FUNÇÕES (E LIMITES) DA RESPONSABILIDADE CIVIL

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.⁴

A partir do século XIX, a responsabilidade sofreu transformações importantes, que alteraram o modo como se enxergam suas funções.

Em primeiro lugar, como resultado das pesquisas desenvolvidas no campo da criminologia, a partir dos positivistas do século XIX, desapareceram os fundamentos de três dessas funções tradicionais da responsabilidade: a punição, a vingança e o restabelecimento da ordem social.⁵

Além disso, mudanças sociais levaram a um grande aumento dos casos de danos

acidentais, a partir, principalmente, do final do século XIX, como conseqüência da industrialização. Em situações de danos causados acidentalmente, isto é, sem culpa, não faz sentido a punição do autor do prejuízo, nem o restabelecimento da ordem social. Nesse contexto, o mais importante é cuidar da indenização da vítima.⁶

A isso aliou-se o desenvolvimento dos seguros. O seguro oferece uma forma de reparação coletiva dos danos que, ao mesmo tempo em que modificou o modo como se encarava o problema da reparação da vítima, contribuiu ainda para o enfraquecimento das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, uma vez que, havendo seguro, o causador do dano não é quem o indeniza.⁷

Atualmente, pode-se afirmar serem três as principais funções exercidas pela responsabilidade civil: indenização da vítima, distribuição dos danos entre os membros da sociedade e prevenção de comportamentos anti-sociais.⁸

A maior ou menor adequação da responsabilidade civil para a realização dessas três funções varia de acordo com o caso e com o modo como o direito a regula. Nem sempre a atribuição de responsabilidade civil é o meio mais adequado para atingir os objetivos de prevenir comportamentos anti-sociais, garantir a indenização da vítima e distribuir danos.

Ademais, a realização simultânea desses objetivos pode ser difícil, pois, em alguns casos, para atingir um deles, compromete-se a realização do outro. O estabelecimento de seguros de responsabilidade civil obrigatórios, por exemplo, facilita a indenização das vítimas, pois distribui os danos entre todos os segurados, diminuindo o risco de o prejudicado ficar sem indenização por insolvência do responsável, mas, por outro lado, compromete a função preventiva da responsabilidade.⁹

Na realidade, a responsabilidade civil é simplesmente uma das ferramentas por meio das quais a sociedade persegue esses objetivos. Além da responsabilidade, esses mesmos fins são buscados também por meio, por exemplo, de controle e sanções administrativas e penais (para prevenção de comportamentos anti-sociais), da criação de um sistema previdenciário ou da realização de seguros obrigatórios (para indenização da vítima e distribuição de danos).¹⁰

Diante disso, é interessante analisar um pouco mais de perto essas três principais funções da responsabilidade civil nos dias de hoje e algumas de suas limitações.

1.1 INDENIZAÇÃO DA VÍTIMA

Desde que, historicamente, a responsabilidade civil se dissociou da idéia de crime, sua função de indenização ganhou destaque.¹¹

Trata-se de uma função inegável da responsabilidade civil, mas que apresenta limitações importantes.

Em primeiro lugar, a responsabilidade civil faz correr por conta da vítima o risco da insolvência do responsável. O seguro diminui esse risco e torna a responsabilidade um meio mais eficiente de indenização.¹²

Além disso, ela implica um custo alto, devido ao longo processo judicial normalmente necessário, tornando-se inacessível para a vítima em muitos casos.¹³ A existência de seguro não resolve esse problema, pois não elimina o processo judicial.

1.2 DISTRIBUIÇÃO DOS DANOS

Em certos casos – especialmente naqueles de danos acidentais¹⁴ – ao mesmo tempo em que se faz necessário indenizar a vítima, não é justo atribuir o fardo da indenização ao autor do fato danoso. Nessas situações, é conveniente distribuir o dever de indenizar entre os membros de uma coletividade, diminuindo o ônus individual.

A responsabilidade civil pode ser um instrumento direto ou indireto de distribuição de danos.¹⁵ É meio direto quando o responsável pode repartir o valor da indenização diretamente entre um grupo de pessoas, como o fornecedor que incorpora ao preço de seu produto o valor correspondente às indenizações por danos causados por bens defeituosos. É meio indireto quando o responsável realiza um seguro de responsabilidade civil, hipótese em que os danos são distribuídos entre todos os segurados.

Aqui, mais uma vez, a responsabilidade é somente um dos instrumentos disponíveis. A previdência social, por exemplo, é outro meio para diluição dos riscos de danos entre os membros da sociedade.¹⁶

Além disso, algumas vezes, a distribuição de danos por meio da responsabilidade civil pode ter um efeito preventivo geral indesejável, tornando economicamente inviável uma atividade socialmente importante.¹⁷

1.3 PREVENÇÃO DE COMPORTAMENTOS ANTI-SOCIAIS

A responsabilidade civil pode ter dois tipos de efeitos preventivos.¹⁸ Um efeito preventivo específico, decorrente da ameaça da sanção de reparação. E um efeito preventivo geral, consistente na eliminação de certas atividades perigosas como consequência da imposição de responsabilidade em uma economia de mercado.¹⁹

O efeito preventivo específico da responsabilidade civil não é o mesmo em relação a todos os comportamentos anti-sociais. A experiência comprova, por exemplo, que a ameaça de imposição de uma obrigação de indenizar não previne a prática de ilícitos violentos. Por outro lado, a responsabilidade civil pode ser uma forma de dissuasão bastante útil em outras situações, como no caso de violações ao direito à privacidade praticadas pelos meios de comunicação.²⁰

No caso dos danos causados acidentalmente, isto é, sem culpa, o efeito preventivo da responsabilidade civil tende a ser limitado, mas existe.

Se uma atividade oferece riscos inevitáveis, de modo que mesmo o comportamento mais cuidadoso de quem a exerce não é capaz de impedir a ocorrência de danos, a imposição de responsabilidade não poderá mudar essa realidade. Por outro lado, mesmo nesses casos, é claro que o comportamento *descuidado* é capaz de *aumentar* os riscos oferecidos pela atividade. Sendo assim, a imposição de responsabilidade

civil terá o efeito de prevenir a ocorrência de danos até o limite em que o exercício cuidadoso da atividade em questão pode evitá-los.²¹

De todo modo, a responsabilidade deve ser apenas um dos mecanismos em uma política de prevenção de acidentes. A experiência comprova que há outros meios, muitas vezes mais eficazes, de prevenção desse tipo de dano, como o controle e a fiscalização efetivos das atividades perigosas.²²

Tomando o exemplo de A. Tunc,²³ o paciente confia no médico porque sabe que ele não pode exercer sua atividade sem possuir um diploma, e não por causa de sua responsabilidade pelos danos que eventualmente causar à saúde dos clientes.

2 PRINCÍPIOS JUSTIFICADORES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

As normas de responsabilidade civil não têm o poder de desfazer o acontecido. Isso significa que, uma vez ocorrido um dano, o direito, por meio das normas de responsabilidade civil, cuida apenas de estabelecer quem deve *suportá-lo*.

Desde que o tema da responsabilidade sem culpa passou a ocupar os civilistas, muitas foram as justificativas apresentadas pela doutrina para a atribuição desse ônus a uma ou outra pessoa.

A questão da responsabilidade sem culpa, embora já houvesse sido tratada anteriormente,²⁴ ganhou grande importância teórica e prática na Europa no final do século XIX, em virtude da relevância que adquiriram nessa época alguns problemas típicos das sociedades industrializadas, começando pelos acidentes de trabalho e envolvendo, posteriormente, os acidentes de trânsito e de consumo.²⁵

A doutrina alemã foi pioneira neste tema.²⁶ G. Marton²⁷ identifica o penalista alemão K. Binding como o primeiro a ocupar-se dos fundamentos teóricos da responsabilidade civil objetiva, em obra publicada em 1872.

Na Itália, o precursor da teoria da responsabilidade objetiva foi G. Venezian, que publicou obra a respeito do tema em 1884.²⁸

Na França, são considerados fundadores da teoria da responsabilidade objetiva R. Saleilles e L. Josserand.²⁹

R. Saleilles partiu da análise da jurisprudência em matéria de acidentes de trabalho. Após haver demonstrado que os tribunais franceses vinham alargando cada vez mais o conceito de culpa (*faute*), com o objetivo de proteger os trabalhadores, o autor demonstrou que as soluções jurisprudenciais não se adequavam mais à teoria da culpa e estavam mais de acordo com a idéia de que os prejuízos decorrentes de uma atividade devem ser atribuídos a quem a controla e dela extrai vantagem.

Ele defendeu ainda que tal raciocínio não se aplicava apenas aos acidentes de trabalho, mas a toda atividade individual, considerando ser a concepção da responsabilidade por risco – como se denominou a nova teoria – a inspiração do art. 1.384 do CC francês.

L. Josserand, que se juntou a R. Saleilles na defesa da teoria do risco a partir de 1897, defendia a aplicação da responsabilidade objetiva a todos os acidentes decorrentes do fato de uma coisa.

A teoria do risco, de R. Saleilles e L. Josserand, obteve grande repercussão e foi adotada gradativamente pela jurisprudência e pela legislação francesas.³⁰

No doutrina brasileira encontramos a matéria tratada de modo muito bem sintetizado por C. M. da Silva Pereira,³¹ segundo o qual, diversas modalidades de teoria do risco inspiraram os diversos autores, resultando na formação de subespécies da teoria do risco.

O autor apresenta uma sinopse dessas subespécies da teoria do risco: teoria do risco integral, teoria do risco-proveito, teoria do risco profissional e teoria do risco criado.

De acordo com a teoria do risco integral, todo fato que provoque um dano deve resultar na responsabilização do agente. Essa teoria não obteve repercussão no direito privado.

Segundo a teoria do risco profissional, há dever de indenizar “quando o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado”.³²

A teoria do risco profissional sujeita o empregador a ressarcir danos resultantes de acidentes envolvendo seus empregados, no trabalho ou por ocasião dele.

A teoria do risco-proveito teve ampla repercussão. Baseia-se na idéia de que a responsabilidade deve ser imputada a quem retira proveito ou vantagem do fato causador do dano: *ubi emolumentum, ibi onus*.

Problema dessa teoria é definir o que se deve considerar como proveito ou vantagem.

Por fim, o próprio C. M. da Silva Pereira³³ defende a teoria do risco criado, segundo a qual se atribui a responsabilidade ao sujeito que cria o risco.

Ela é, segundo o autor, mais ampla do que a teoria do risco proveito, pois não depende do fato de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente.

A crítica que G. Marton³⁴ dirige à doutrina francesa pode ser feita igualmente a esta doutrina brasileira. Quando procuram se filiar a alguma das subespécies da teoria do risco, os autores acabam por adotar apenas um princípio para fundamentar a responsabilidade objetiva. Ainda que o princípio adotado seja de fato fundamental, encarar a questão de um único ponto de vista impede que se compreenda o problema da responsabilidade civil. Para compreendê-lo, é preciso tratar os princípios apontados pela doutrina como um *conjunto* de idéias justificadoras da responsabilidade objetiva.³⁵

A percepção do modo como vários princípios se combinam para justificar a imposição de responsabilidade objetiva depende de se ter em mente o papel das normas de imputação de responsabilidade, que é interromper o fluxo infinito dos acontecimentos – um novelo confuso de múltiplas relações de causalidade – em um ponto determinado, para atribuir a uma pessoa – o responsável – um certo

fato e suas conseqüências.³⁶

A interrupção do fluxo dos acontecimentos em um determinado ponto e a imputação de alguns fatos a um indivíduo não é a única forma de lidar com a questão da responsabilidade. O novelo das relações de causalidade pode ser interrompido em pontos diversos e os fatos podem ser atribuídos a uma pessoa, a outra pessoa, a uma coletividade, ao destino etc.

De modo que a imputação de um fato determinado a uma pessoa considerada responsável por ele e suas conseqüências é uma *opção* feita dentre várias soluções possíveis.³⁷ É essa opção que precisa ser justificada, se não se quer que ela seja totalmente arbitrária. Naturalmente, a opção pode variar de acordo com o caso. Pode-se escolher atribuir certo fato ao destino, deixando a cargo da vítima os danos dele decorrentes e optar por imputar um outro fato a um indivíduo determinado, que será então condenado a indenizar a vítima.³⁸

Muitas vezes, essa opção é feita bastante claramente pelo legislador. Diante da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, no entanto, conclui-se que tal tarefa foi atribuída ao juiz.

Os vários princípios desenvolvidos pela doutrina para justificar a imputação de responsabilidade objetiva podem ser sintetizados da seguinte maneira e relacionam-se estreitamente com as funções da responsabilidade civil, como se percebe facilmente.³⁹

2.1 PRINCÍPIO DA CORRESPONDÊNCIA ENTRE RISCO E VANTAGEM

A visão mais antiga e mais disseminada da responsabilidade objetiva a justifica com base na idéia de que o beneficiado por uma atividade deve arcar com os prejuízos dela decorrentes (*ubi emolumentum, ibi onus*).⁴⁰

Trata-se do princípio fundamental da teoria do risco-proveito, referida acima.

A maior dificuldade relativa a esse princípio, como já se disse, é estabelecer o que deve ser considerado benefício: apenas vantagens pecuniárias ou quaisquer vantagens.

No limite, é possível considerar, como G. Marton,⁴¹ que “todos os que agem livremente, por vontade própria, o fazem em seu próprio interesse” (tradução nossa), obtendo, portanto, um benefício.

O princípio da correspondência entre risco e vantagem é especialmente convincente como fundamento da responsabilidade de profissionais, pois estes podem distribuir o risco entre seus clientes, igualmente beneficiários da manutenção da fonte de risco, por meio do preço.⁴²

2.2 PRINCÍPIO DO RISCO EXTRAORDINÁRIO

Toda atividade humana envolve riscos. Dirigir um automóvel, praticar um esporte, até andar a pé envolve o risco de sofrer danos.⁴³ O próprio fato de ocorrer um acidente qualquer é a comprovação de que a atividade em questão envolvia algum risco.

O ordenamento jurídico, ao regular a responsabilidade civil, define o modo como esses riscos deverão ser distribuídos. Ao estabelecer a responsabilidade subjetiva, o legislador atribui à vítima os riscos envolvidos em dada situação, a não ser que haja dolo ou culpa de quem deu causa ao dano.⁴⁴ Ao estabelecer a responsabilidade objetiva, por outro lado, o direito desloca da vítima para uma outra pessoa o ônus de arcar com os riscos da situação.

Uma justificativa para esse tratamento diferenciado dos riscos envolvidos nas mais diversas situações da vida é a idéia de risco extraordinário (*besondere Gefahr*, na doutrina alemã),⁴⁵ isto é, um risco acima do normal.⁴⁶

O caráter extraordinário do risco pode ser determinado pela grande probabilidade da ocorrência de danos, pelo valor elevado dos prejuízos potenciais ou pelo desconhecimento do potencial danoso da situação ou atividade regulada.⁴⁷

2.3 PRINCÍPIO DA CAUSA DO RISCO

De acordo com o princípio da causa do risco, a responsabilidade deve ser atribuída a quem deu causa ao dano, isto é, ao sujeito que mantém a fonte do risco.⁴⁸

Esse princípio relaciona-se de modo íntimo com o princípio da prevenção, tratado abaixo, pois, normalmente, o sujeito que mantém a fonte de risco é quem a conhece melhor e está na melhor posição para evitar, na medida do possível, a ocorrência de danos.

Como já se disse, há uma teoria que baseia toda a responsabilidade objetiva unicamente na relação de causalidade (teoria do risco integral).⁴⁹

Embora esse princípio não seja suficiente para justificar sozinho a responsabilidade objetiva, ele é certamente fundamental.⁵⁰ Além da sua relação com o princípio da prevenção, o princípio da causa do risco garante a existência de um vínculo entre o evento danoso e o responsável.

2.4 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

De acordo com o princípio da prevenção, a responsabilidade se atribui ao sujeito em melhores condições para controlar e reduzir os riscos de dano.⁵¹

A responsabilidade objetiva tem um papel preventivo reduzido, quando se aplica a fatos cuja ocorrência independe do comportamento cuidadoso do agente.⁵² No entanto, embora não seja possível eliminar todos os riscos, é certo que eles podem ser maiores ou menores, dependendo do modo como a atividade é exercida.

O sujeito que controla a fonte de risco pode, por meio de certas medidas, reduzir o risco ao nível mais baixo possível. A imposição de responsabilidade é um incentivo para que ele o faça.⁵³

2.5 PRINCÍPIO DA DISTRIBUIÇÃO DOS DANOS

De acordo com esse princípio, tendo em vista que uma das funções da responsabilidade

é distribuir os danos, ela deve ser atribuída ao sujeito em melhores condições para repartir o prejuízo, de modo que um número maior de pessoas o suporte e seja diminuído o fardo individual.⁵⁴

2.6 PRINCÍPIO DA EQUIDADE

Segundo o princípio da equidade (referido às vezes pela expressão *richesse oblige*), a responsabilidade se atribui a quem tem as melhores condições de suportar o prejuízo do ponto de vista econômico.⁵⁵

Naturalmente, este princípio não é justificativa suficiente para a responsabilidade objetiva, se considerado isoladamente.⁵⁶

No entanto, pode ser considerado uma justificativa complementar para a atribuição deste tipo de responsabilidade.

2.7 EXEMPLOS DE COMBINAÇÕES DE PRINCÍPIOS

Para demonstrar como os vários princípios acima se combinam de modo variado para justificar a responsabilidade civil objetiva em situações diversas, pode-se ilustrar o problema com alguns exemplos do direito brasileiro.

A imputação de responsabilidade sem culpa ao dono ou detentor de animal (CC, art. 936) pode se considerar justificada principalmente pelos princípios da causa do risco e da prevenção e, em menor medida, pelo princípio da correspondência entre risco e vantagem, entendida a vantagem em sentido amplo.

A responsabilidade por acidentes nucleares (Lei 6.453, de 17.10.1977), por outro lado, justifica-se principalmente pelo princípio do risco extraordinário, mas também pelos princípios da causa do risco, da distribuição dos danos, da correspondência entre risco e vantagem e, em menor medida, pelo princípio da prevenção.

A responsabilidade pelo fato do produto (CDC, art. 12), por sua vez, justifica-se essencialmente pelos princípios da correspondência entre risco e vantagem, da distribuição dos danos e da causa do risco, bem como, de modo secundário, pelos princípios do risco extraordinário, da prevenção e da equidade.

Já na justificação da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes (CF, art. 37, XXI, § 6.º, e CC, art. 43) predomina o princípio da distribuição, secundado pelo princípio da equidade.

Mesmos nas situações em que um mesmo princípio justifica a atribuição de responsabilidade, sua relevância varia em cada caso. Assim, por exemplo, a importância do princípio da prevenção é muito maior no caso da responsabilidade do dono ou detentor de animal do que no caso da responsabilidade por acidentes nucleares, já que a possibilidade de prevenção de danos por meio do comportamento do responsável é muito maior no primeiro caso do que no segundo, tendo-se em vista que a tarefa de vigiar e controlar um animal é bem menos complexa do que a de controlar uma instalação nuclear.

O princípio da correspondência entre risco e vantagem é muito mais relevante para justificar a responsabilidade do fornecedor por fato do produto do que para justificar aquela do dono ou detentor de animal. O fornecedor, como exerce uma atividade econômica profissionalmente, busca necessariamente vantagens econômicas. Já o dono ou detentor de um animal nem sempre o explora economicamente.

O princípio do risco extraordinário é claramente determinante para justificar a responsabilidade por danos decorrentes de acidentes nucleares, uma vez que os riscos trazidos por essa atividade são especialmente altos e podem resultar em danos gravíssimos a um grande número de pessoas. Já no caso da responsabilidade do Estado, estabelecida de maneira genérica para as mais variadas atividades, que oferecem também riscos variados, o princípio do risco extraordinário não é determinante.

Por outro lado, o princípio da distribuição do dano, praticamente irrelevante quando se trata da responsabilidade do dono ou detentor de animal – já que o simples fato de ser proprietário ou detentor de um animal não implica condições favoráveis para a distribuição de prejuízos pela coletividade –, é determinante para justificar a responsabilidade do Estado por atos de seus agentes.

A combinação variada de princípios justificadores em cada caso de responsabilidade objetiva evidencia também o modo diverso como se perseguem os objetivos de indenização, distribuição e prevenção em cada situação.

Assim, por exemplo, a atribuição de responsabilidade ao dono ou detentor de animal busca mais claramente o propósito de prevenção de comportamentos anti-sociais do que a imputação de responsabilidade objetiva ao Estado.

A responsabilização do fornecedor por danos decorrentes de seus produtos é um mecanismo de distribuição que atinge a finalidade de indenização da vítima de modo que tende a ser mais eficaz do que a imputação de responsabilidade ao dono ou detentor de animal – caso em que, pela ausência de mecanismo de distribuição de danos, o risco de insolvência do responsável é maior.

3 BREVES CONCLUSÕES

Percebe-se que a norma geral de responsabilidade objetiva do art. 927, parágrafo único, do CC está ainda em grande medida por fazer. O legislador fixou alguns parâmetros para a imputação dessa responsabilidade, mas bastante amplos e vagos.

A imputação de responsabilidade a uma pessoa, constituindo uma opção dentre várias alternativas possíveis, possui um caráter político intrínseco. Muitas vezes as opções são feitas bastante claramente pelo legislador. Não é o caso do art. 927, parágrafo único, do CC.

Caberá ao Poder Judiciário, portanto, a realização dessa opção, ao definir o que, de fato, se deve considerar como atividade naturalmente perigosa de modo a imputar responsabilidade ao sujeito que normalmente a exerça.

A aplicação dos princípios justificadores da responsabilidade objetiva, à luz das funções da responsabilidade civil e de sua inserção no âmbito mais amplo da regulação dos danos acidentais, pode ser um bom guia para a realização desta tarefa.

Embora seja ainda difícil prever a extensão que a jurisprudência dará à norma do art. 927, parágrafo único, do CC, é possível imaginar que, não havendo em prática outros meios eficazes para buscar a indenização, a prevenção e a distribuição de prejuízos acidentais na sociedade,⁵⁷ a jurisprudência seja levada a assumir em grande parte o papel de definir uma política para tratamento dos danos acidentais em geral, por meio do instrumento que lhe concedeu o legislador: a amplitude do parágrafo único do art. 927 do CC.⁵⁸

: ARTIGO CONVIDADO

NOTAS

1 A autora agradece a José Rodrigo Rodriguez pela leitura atenta e pelas críticas feitas às primeiras versões deste trabalho, aos membros do *Workshop de Pesquisadores* da Direito GV, aos Professores Ricardo Terra e Marcos Nobre e membros do *Núcleo Direito e Democracia* do Cebrap, pelas críticas feitas por ocasião das discussões de versões anteriores deste texto.

2 Além de hipóteses expressas de responsabilidade sem culpa, como a do art. 1.529 (responsabilidade do habitante de uma casa ou parte dela por dano proveniente de coisas que dela caísem ou fossem lançadas em lugar indevido), o CC de 1916 previa casos de culpa presumida, como aquele do art. 1.527 (responsabilidade do dono ou detentor do animal por danos causados por este), em que se invertia o ônus da prova, ficando a cargo do imputado responsável a comprovação de não ter agido com culpa. Além disso, a jurisprudência brasileira já havia reconhecido a existência de responsabilidade sem culpa em certos casos, por meio da interpretação do antigo Código. Assim é que a Súmula 341 do STF, por exemplo, já determinava ser presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto, para os efeitos do art. 1.521, III, do CC de 1916.

3 Essa circunstância é devida ao fato de ser o parágrafo único do art. 927 uma cláusula geral. Como técnica legislativa, a cláusula geral se opõe à casuística. Enquanto na casuística o legislador procura prever do modo mais completo e detalhado possível as hipóteses de aplicação da norma, tipificando condutas, as cláusulas gerais não pretendem dar previamente resposta a todos os problemas da realidade, deixando à jurisprudência a tarefa de sua construção progressiva. Sobre o estado atual do debate acerca das cláusulas gerais, cf. J. Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: RT, 2000. Esse espaço que a cláusula geral abre para a atuação judicial levanta a questão do seu controle institucional democrático. Para uma reflexão sobre a relação entre cláusulas gerais e *Rule of Law*, cf. J. R. Rodriguez, Franz Neumann, o direito e a teoria crítica, *Lua Nova*, n. 61, p. 53-73, 2004.

4 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989. p. 133.

5 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 133.

6 Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 133.

7 Cf. *Idem*, p. 133-134; P. S. Atiyah. *The damages lottery*. Oxford: Hart, 1997. p. 108.

8 A distribuição de danos, no entanto, pode ser vista como um meio de facilitar a realização da função de indenização da vítima. Alguns autores incluem entre as funções contemporâneas da responsabilidade civil também a garantia dos direitos dos cidadãos. Cf., a respeito, A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 149-155.

9 De acordo com B. Starck (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: Rodstein, 1947. p. 491-492), manter o efeito preventivo da responsabilidade civil, sem diminuir a garantia para as vítimas é o ponto nevrálgico do seguro de responsabilidade civil. Há meios de realizar essa conciliação – como o estabelecimento de franquias e a variação do prêmio de acordo com a conduta do segurado – mas todos apresentam problemas. A franquia, por exemplo, é desvantajosa para a vítima, que corre o risco da insolvência do autor do dano com relação a esse valor.

10 É possível até mesmo imaginar um sistema em que esses objetivos sejam perseguidos sem recurso à responsabilidade civil. Na Nova Zelândia, por exemplo, desde a década de 70, todos os danos acidentais são indenizados com recursos de um fundo constituído especialmente para esse fim (trata-se do *Accident Compensation Scheme*, administrado pela *Accident Compensation Corporation* e regulado, principalmente, pelo *Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act*, de 2001), tendo a responsabilidade civil perdido nesse campo a sua função de indenização e distribuição de dano. Lá admite-se, por outro lado, a responsabilidade civil com fim puramente punitivo. Sobre a experiência neozelandesa, cf.: A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 79-83; J. Y. Gotanda. Punitive damages: a comparative analysis. *Colum. J. Transnt'l L.*, 42, p. 415-420, 2004; J. Manning. Reflections on exemplary damages and personal injury liability in New Zealand. *NZ Law Review*, p. 143-184, 2002.

11 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 142. A função indenizatória da responsabilidade civil é amplamente reconhecida pela doutrina (em geral, ela não é nem discutida, mas pressuposta pelos autores). Cf., entre outros: C. M. da Silva Pereira. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 10; J. de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 16; S. Rodrigues. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 4-6; M. H. Diniz. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7, p. 6-8; O. Gomes. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 337; S. Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 36.

12 Mas, como dito acima, compromete a sua função preventiva.

13 Na verdade, há outros meios de indenização da vítima, muitas vezes mais adequados do que a responsabilidade civil, como a previdência social. Lembre-se também, a título de exemplo, do mencionado *Accident Compensation Scheme* neozelandês. Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 143.

14 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 147.

15 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 146; S. Rodrigues, *Direito civil: responsabilidade civil* p. 4.

16 Cf. A. Tunc, *ibidem*, p. 146; O. Gomes, *Obrigações*, p. 337.

17 Cf. A. Tunc, *ibidem*, p. 147.

18 A função de prevenção de comportamentos anti-sociais será referida como função punitivo-preventiva, pois o efeito preventivo atribuído à responsabilidade civil considera-se derivar da imposição de uma sanção punitiva. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil é admitida por parte da doutrina brasileira. A favor da função punitivo-preventiva da responsabilidade civil, cf., entre outros: C. M. da Silva Pereira *Responsabilidade civil*, p. 11; S. Rodrigues, *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 4 (pelo menos quando se trata de dano causado dolosamente); C. A. Bittar. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 232-239. Pela admissibilidade do caráter punitivo-preventivo apenas em casos específicos, cf. M. C. Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263. Contra o caráter punitivo-preventivo da responsabilidade civil, cf. W. Melo da Silva, *O dano moral e sua reparação*, Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 346-347. Na doutrina francesa, a obra de B. Starck (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, p. 11 e 354-482), em defesa da função punitivo-preventiva da responsabilidade civil, foi um marco, tendo o tema sido retomado recentemente por S. Carval (*La responsabilité civile dans as fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995. p. 379-384). No Brasil, existem muitas decisões judiciais admitindo expressamente a função punitivo-preventiva da responsabilidade civil em tema de indenização por danos extrapatrimoniais. Assim, por exemplo: STJ – 4.ª T. – REsp

246258 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 18.04.2000; STJ – 4.ª T. – REsp 215607 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 17.08.1999; STJ – REsp 445646 – 4.ª T. – Rel. Ruy Rosado de Aguiar – 03.10.2002; STJ – REsp 389879 – 4.ª T. – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 16.04.2002; STJ – REsp 173366 – 4.ª T. – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 03.12.1998. Não é possível prever o modo como doutrina e jurisprudência serão afetadas pelo art. 944, *caput*, do CC, que expressamente determina medir a indenização pela extensão do dano. Note-se que no parágrafo único do mesmo art. 944, ao vincular a possibilidade de redução da indenização ao grau de culpa do agente, o próprio CC parece pressupor a lógica punitivo-preventiva, considerando injusto punir alguém cuja conduta é apenas levemente reprovável. Se o CC considerasse apenas a função de indenização, tal norma não faria sentido. Afinal, independentemente do grau de culpa do agente, o dano está feito e, se não é indenizado, fica a carga da vítima, “condenada”, a suportá-lo em definitivo. De qualquer forma, o reconhecimento de um efeito punitivo-preventivo da responsabilidade, ainda que secundário, não implica necessariamente a possibilidade de condenação a reparações que ultrapassem o valor do prejuízo sofrido pela vítima. Em situações que geram para o responsável ganhos superiores ao valor do dano provocado, é certo que o efeito punitivo-preventivo só pode ser obtido por meio da condenação a pagar valor superior à extensão do dano (por exemplo, no caso em que o aumento das vendas de uma revista ultrapassa o valor do dano causado pela violação à privacidade decorrente da publicação de certa notícia). Mas, nos demais casos, a simples obrigação de indenizar o prejuízo causado continuará a ter algum efeito punitivo-preventivo.

19 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 135; F. Pessoa Jorge. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999. p. 48. Segundo F. Pessoa Jorge, há autores que defendem possuir a responsabilidade civil função *exclusivamente* punitivo-preventiva. Essa posição não se sustenta no direito civil brasileiro, em primeiro lugar, pelo fato de prever o CC, em seu art. 927, *caput*, que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a *repará-lo*” (grifos nossos). Além disso, o art. 944 estabelece que a indenização se mede pela extensão do dano, excluindo seu caráter exclusivamente punitivo-preventivo. Por fim, como aponta F. Pessoa Jorge (*ibidem*), se a responsabilidade civil desempenhasse função exclusivamente punitivo-preventiva, seria preciso admitir sua aplicação em caso de tentativa de lesão, bem como excluir a transmissão *mortis causa* da obrigação de indenizar.

20 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 135-136.

21 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 137-138. Naturalmente, desde que não haja seguro de responsabilidade civil, caso em que o sujeito causador do dano não é quem efetivamente arca com o custo total da indenização, sendo este distribuído entre todos os segurados.

22 Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 141.

23 *Ibidem*, p. 141.

24 G. Marton (*Les fondements de la responsabilité civile*. Paris: Sirey, 1938. p. 156-157) identifica em certos autores da Escola do Direito Natural do século XVIII os primeiros representantes conscientes da idéia de que o autor de um dano pode ser considerado responsável, mesmo na ausência de qualquer culpa de sua parte. Em virtude das condições de vida daquela época, foi a responsabilidade das pessoas privadas de discernimento (menores e alienados) que ocupou esses autores. O próprio G. Marton adverte, no entanto, que essas primeiras construções da responsabilidade sem culpa não chegaram a obter grande repercussão, tendo o problema reaparecido na literatura jurídica com força e importância teórica apenas ao final do século XIX.

25 Cf.: G. Viney. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995. p. 82; G. Marty e P. Raynaud. *Droit civil: les obligations*. 2. ed. Paris: Sirey, 1988. t. 1, p. 434; P. Trimarchi. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, p. 12; J. de M. Antunes Varela. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 631-634. Segundo G. Viney [*Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris: LGDJ, 1965, ora in S. Carval (Org.), *La construction de la responsabilité civile*, Paris: PUF, 2001, p. 333], foi determinante para a superação da culpa como critério de imputação o desenvolvimento de técnicas de indenização coletiva, como os seguros. No mesmo sentido, S. Rodrigues, *Direito civil: responsabilidade civil* p. 5.

26 Cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 157; G. Viney, *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, p. 82-83. Também é alemã a primeira lei a atribuir claramente a responsabilidade civil à empresa com fundamento no risco envolvido em sua atividade: a *Lei Prussiana sobre Estradas de Ferro (Preussisches Eisenbahngesetz)*, de 1838, promulgada em uma época em que a Prússia contava com menos de cem quilômetros de trilhos instalados [sobre essa lei, cf.: H. Kötz. *Deliktrecht*. 8. ed. Neuwied: Luchterhand, p. 136; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva* p. 12;

G. Alpa e M. Bessone. *La responsabilità del produttore*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 96; A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 68].

27 *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 161.

28 G. Marton, *ibidem*, p. 169.

29 Segundo G. Viney [*Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, p. 83], na França, J.-E. Labbé, em 1890, já se havia manifestado de modo favorável ao princípio segundo o qual, quem obtém vantagem por meio do uso de uma máquina capaz de prejudicar terceiros deve reparar os prejuízos causados. Isso não tira, no entanto, de R. Saleilles e L. Josserand, o mérito de haver dado a essa idéia, em trabalhos publicados alguns anos depois, a dimensão de uma verdadeira teoria, capaz de explicar e justificar toda uma nova orientação da responsabilidade civil. A doutrina francesa é, sem dúvida, aquela que maior influência teve sobre os autores brasileiros, como se percebe pelas referências feitas pelos doutrinadores nacionais às obras francesas. A relação entre a doutrina francesa e a alemã, mais antiga, não é totalmente clara. Segundo G. Marton [*Les fondements de la responsabilité civile*, p. 206] é certo que R. Saleilles e L. Josserand conheciam as teorias alemãs. Apesar disso, afirma G. Marton, ambos mantiveram em suas obras plena independência com relação à doutrina germânica.

30 Para uma exposição acerca do desenvolvimento da teoria do risco na França, cf. G. Viney, *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, p. 83-93. Paradoxalmente, como informa esta autora, ao mesmo tempo em que a teoria do risco foi gradativamente adotada pela jurisprudência e pela legislação, ela começou a perder adeptos entre os doutrinadores, passando rapidamente a enfrentar uma verdadeira hostilidade. Como opositores da teoria do risco na França, a autora menciona, entre outros: M. Planiol, H. Mazeaud e L. Mazeaud. Hoje, após grande polêmica havida em torno da obra de A. Tunc na década de 60, G. Viney aponta dominar na França uma posição intermediária. Há casos de responsabilidade objetiva consagrados, muitos autores são favoráveis à extensão da responsabilidade objetiva à maioria das atividades perigosas, mas, ao mesmo tempo, têm ainda uma ligação forte com a noção de culpa, à qual desejam conservar um lugar como fundamento da responsabilidade civil. Sobre a teoria do risco na França, cf. também: G. Marty e P. Raynaud, *Droit civil: les obligations*, p. 433-443; J. de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil* pp. 58-75; W. Melo da Silva. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962., p. 92-113.

31 *Responsabilidade civil*, p. 281-285. Sobre a doutrina brasileira, cf. também W. Melo da Silva, *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*, p. 127-138.

32 C. M. da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, p. 270.

33 *Ibidem*, p. 284.

34 *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 212-213.

35 G. Marton [*Ibidem*, p. 156-222] demonstra que nenhum desses princípios é capaz de justificar por si só a responsabilidade objetiva. Como afirmam K. Larenz e C.-W. Canaris [*Lehrbuch des Schuldrechts*. 13. ed. München: C. H. Beck, 1994. v. 2, t. 2, p. 606], no direito positivo (os autores referem-se ao direito positivo alemão, mas a afirmação pode ser considerada válida para a responsabilidade objetiva em geral) os vários princípios que fundamentam a responsabilidade pelo risco não aparecem todos sempre da mesma forma, nem com a mesma força. Eles se combinam de modo variável, de forma que a fraqueza de um é compensada pela força de outro.

36 Cf. K. Günther. *Responsabilização na sociedade civil*. Tradução de F. P. Püschel. *Novos Estudos* 63, p. 109, 2002.

37 Sobre as conseqüências ambivalentes dessa opção, no que se refere aos espaços de liberdade do indivíduo, cf. K. Günther, *ibidem*, p. 109-110.

38 Não é demais lembrar, mais uma vez, que a responsabilidade civil não tem o poder de desfazer o acontecido. Uma vez ocorrido um dano, o direito cuida apenas de definir quem deverá suportá-lo, se a vítima, outra pessoa, uma coletividade de pessoas etc. Em outras palavras, alguém sempre paga.

39 Assim, por exemplo, o princípio da prevenção se relaciona diretamente com a função de prevenção de

comportamentos anti-sociais, o princípio da distribuição dos danos com as funções de indenização da vítima e de distribuição dos danos, os princípios da correspondência entre risco e vantagem e da causa do risco com as funções de indenização e prevenção de comportamentos anti-sociais e o princípio da equidade, com a função de indenização. A exposição que se fará apresenta as principais justificativas da responsabilidade por risco invocadas pela doutrina. Ela não se pretende exaustiva e não exclui a eventual existência de outros fundamentos para a responsabilidade objetiva. Cf., a respeito, K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 606.

40 Cf. R. Saleilles. La responsabilité du fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada. *Rev. Trim. Dr. Civ.* 10, p. 48 e 51, 1911; L. Josserand. *Cours de droit civil positif français*. 2. ed. Paris: Sirey, 1933. v. 2, p. 215; G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 173-174; C. M. da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, p. 281; K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 605; G. Marty e P. Raynaud, *Droit civil: les obligations*, p. 436; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, p. 13; G. Alpa e M. Bessone, *La responsabilità del produttore*, p. 96; A. Lima. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960. p. 120-121; J. de M. Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, p. 633.

41 *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 178: "(...) il faut supposer que tous ceux qui agissent librement, par leur propre volonté, le font dans leur propre intérêt".

42 Cf. K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 605-606. Ver também o que se diz sobre o princípio da distribuição do prejuízo, abaixo. G. Marton [*Les fondements de la responsabilité civile*., p. 174-176] identifica o austríaco V. Mataja como o primeiro a chamar atenção, em obra publicada em 1888, para os efeitos econômicos da adoção de uma responsabilidade subjetiva ou objetiva, apontando a necessidade de se considerarem os prejuízos decorrentes da atividade econômica como débito no balanço, sem o que se tem uma falsa percepção dos resultados econômicos da empresa. Se ao empresário é permitido transferir os prejuízos causados por sua atividade a terceiros (como ocorre na responsabilidade subjetiva) ele recebe na verdade uma espécie de subvenção oculta e corre-se o risco de manter em funcionamento empresas que são na verdade prejudiciais ao conjunto da sociedade. Tais considerações de política econômica, pondera G. Marton, aumentam o valor intrínseco do princípio da correspondência entre risco e vantagem.

43 Cf., por exemplo, A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 150-151.

44 Segundo J. de M. Antunes Varela [*Das obrigações em geral*, p. 630], o fato de a vítima ter de suportar um dano advindo de caso fortuito, força maior ou fato não culposo de terceiro, "é uma espécie de preço que cada um tem que pagar por estar no mundo ou viver em sociedade".

45 O princípio do risco extraordinário teve grande desenvolvimento na literatura alemã e constituiu a idéia fundamental para a consolidação teórica da responsabilidade objetiva naquele país. Cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 196.

46 Cf. K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 607. Já R. Saleilles, em artigo datado de 1911 [La responsabilité du fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada., p. 53-54] reconhecia a existência de riscos inerentes à vida e à liberdade, devendo a responsabilidade deles resultante fundar-se na apuração de culpa. Segundo o autor, a responsabilidade não deve ser objetiva em qualquer circunstância, mas apenas naqueles casos em que a atividade se afasta do que se considera normal, criando riscos extraordinários. Cf. também, do mesmo R. Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3. ed., Paris: LGDJ, 1925, p. 440.

47 Cf. K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 607.

48 Cf. L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, p. 215 e 307.

49 Para uma crítica a essa teoria, cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 163-168.

50 Como afirma G. Marton [ibidem, p. 168-169], o princípio da causalidade não pode ser considerado como único fundamento da responsabilidade, mas tem a função de determinar a direção da atribuição de responsabilidade. Não se deve esquecer, como também adverte o mesmo autor [ibidem, p. 169, n.8], que a exigência de relação de causalidade não é exclusividade da responsabilidade objetiva, mas se exige também na responsabilidade subjetiva.

51 Cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 178-179; K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des*

Schuldrechts, p. 605; G. Marty e P. Raynaud, *Droit civil: les obligations*, p. 437.

52 Cf. K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 609. Para uma crítica da função preventiva da responsabilidade civil em geral, cf., entre outros, A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 141-142.

53 Cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 178-179; K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 605; G. Marty e P. Raynaud, *Droit civil: les obligations*, p. 437.

54 Cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 192; A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 147-149; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, p. 14; G. Alpa e M. Bessone, *La responsabilità del produttore*, p. 96. De acordo com J. de Aguiar Dias [*Da responsabilidade civil*, p. 50.], a distribuição do ônus do prejuízo atende ao interesse da paz social. Segundo K. Larenz e C.-W. Canaris [*Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 354 e 607-608], a responsabilidade objetiva é uma manifestação da justiça distributiva, em contraposição à justiça comutativa, de que é exemplo a responsabilidade subjetiva. A justiça distributiva não tem caráter de compensação por algo devido. Isso não quer dizer que a indenização no caso da responsabilidade objetiva não tenha a função de, na medida do possível, recompor a situação anterior ao dano (essa função da indenização está presente tanto na responsabilidade objetiva quanto na responsabilidade subjetiva). A diferença é que, na responsabilidade subjetiva, isto é, nos casos de manifestação da justiça comutativa, trata-se de entregar à vítima algo que o ofensor lhe tirou, algo que lhe é devido. A justiça comutativa trata da correção da injustiça (*Unrecht*), enquanto a justiça distributiva cuida da distribuição do infortúnio (*Unglück*). De acordo com G. Viney (*Le déclin de la responsabilité individuelle*, p. 333), a possibilidade de distribuição de danos é fundamental para justificar o deslocamento – feito pela responsabilidade sem culpa – do ônus de arcar com o prejuízo dos ombros da vítima para aqueles de alguém que não agiu com nenhuma culpa. Nas palavras da autora: “Si les conditions physiques, économiques et sociales de la civilisation moderne ont donc contribué à libérer l’indemnisation de la condition d’une faute prouvée (...), c’est uniquement grâce au développement des techniques d’indemnisation collective qui ont donné au déplacement de l’incidence naturelle du préjudice, en dehors de la culpabilité, une justification théorique et pratique” [“Se as condições físicas, econômicas e sociais da civilização moderna contribuíram para libertar a indenização da condição de uma culpa provada (...), foi unicamente graças ao desenvolvimento das técnicas de indenização coletiva, que deram à transferência da incidência natural do prejuízo, na ausência de culpabilidade, uma justificação teórica e prática” (tradução nossa)].

55 Cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile* p. 188-189.

56 Cf. Idem, *ibidem*, p. 188-189. Como pondera este autor, se a simples equidade fosse suficiente para fundar a responsabilidade, todas as pessoas ricas poderiam ser obrigadas a indenizar todo prejuízo sofrido por qualquer indivíduo pobre.

57 Como o controle e fiscalização de atividades perigosas, com a aplicação de sanções administrativas, para a prevenção e o sistema previdenciário para a função de reparação.

58 Um exemplo da influência que a falta de outros mecanismos de indenização, distribuição e/ou prevenção pode ter sobre a jurisprudência em tema de responsabilidade civil nos dá o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em acórdão no qual o STJ decidiu pelo aumento do valor da indenização de um prejuízo extrapatrimonial: “Como não há outro modo eficaz de se obter algum tipo de reparação diante da omissão dos órgãos administrativos, o resultado da concessão de sanções irrisórias pelo descumprimento da regra do Código de Defesa do Consumidor (...) consistirá em estímulo ao abuso” (STJ – REsp 445646 – 4.ª T. – Rel. Ruy Rosado de Aguiar – 03.10.2002).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALPA, Guido; BESSONE, M. *La responsabilità del produttore*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.
- ATIYAH, P. S. *The damages lottery*. Oxford: Hart, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- CARVAL, S. (Org.). *La construction de la responsabilité civile*. Paris: PUF, 2001.
- . *La responsabilité civile dans as fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995.
- CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- GOTANDA, J. Y. Punitive damages: a comparative analysis. *Colum. J. Transnt'l L.*, n. 42, p. 415-420, 2004.
- GÜNTHER, K. Responsabilização na sociedade civil. Tradução de F. P. Püschel. *Novos Estudos*, n. 63, p. 109, 2002.
- JORGE, F. Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999.
- JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. 2. ed. Paris: Sirey, 1933.
- KÖTZ, H. *Deliktsrecht*. 8. ed. Neuwied: Luchterhand, 1998.
- LARENZ, Karl; CANARIS, C.-W. *Lehrbuch des Schuldrechts*. 13. ed. München: C. H. Beck, 1994.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960.
- MANNING, J. Reflections on exemplary damages and personal injury liability in New Zealand. *NZ Law Review*, p. 143-184, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.
- MARTY, G.; RAYNAUD, P. *Droit civil: les obligations*. 2. ed. Paris: Sirey, 1988.
- MARTON, G. *Les fondements de la responsabilité civile*. Paris: Sirey, 1938.
- MORAES, M. C. Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann, o direito e a teoria crítica. *Lua Nova*, 2004.
- SALEILLES, R. *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1925.
- . La responsabilité du fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, n. 10, p. 48 e 51, 1911.
- SILVA, W. Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- . *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.
- STARCK, B. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: Rodstein, 1947.
- TRIMARCHI, P. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961.
- TUNC, A. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989.
- VARELA, J. de M. Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- VINEY, G. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris: LGDJ, 1965.
- . *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995.

Flavia Portella Püschel

PROFESSORA DA DIREITO GV,
DOUTORA EM DIREITO CIVIL NA USP
E PESQUISADORA DO NÚCLEO DIREITO
E DEMOCRACIA DO CEBRAP

