

# PRESSUPOSTOS E FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NA ATUALIDADE: UM EXAME A PARTIR DO DIREITO COMPARADO

Ana Frazão\*

## 1 – INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é o de oferecer, a partir da análise do direito comparado, algumas considerações sobre os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva na atualidade, notadamente no que diz respeito às suas funções e aos seus pressupostos.

O estudo inicia-se pelo resgate histórico da construção dos principais modelos de responsabilidade civil – o francês, o alemão e o inglês –, que influenciaram, em maior ou menor grau, o tratamento do assunto em praticamente todos os países ocidentais, incluindo o Brasil<sup>1</sup>.

Apesar de cada um dos referidos modelos ter estruturado a responsabilidade civil subjetiva de forma própria e sob diferentes perspectivas, a evolução dos três possibilitou uma progressiva convergência. Tais aproximações intensificaram-se na atualidade, diante da preocupação comum de expandir a responsabilidade civil sem negligenciar a necessidade de distinguir o dano indenizável das perdas insuscetíveis de reparação<sup>2</sup>.

---

\* *Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB); professora de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília (UnB).*

- 1 De acordo com Cees van Dam (2006, p. 7-8), França, Alemanha e Inglaterra representam as três maiores tradições jurídicas sobre o assunto, tendo o modelo alemão influenciado diretamente a Áustria, Grécia e Portugal e o modelo francês influenciado diretamente a Bélgica, Itália, Holanda, Polônia e Espanha. Já o modelo inglês influenciou os países de *common law*. No Brasil, é nítida a influência do modelo francês e, em alguns aspectos, do modelo alemão.
- 2 Vale ressaltar a seguinte lição de Cees van Dam (op. cit., p. 115): “The scope of application of fault liability needs to be limited since it is undesirable that each kind of loss or harm and each kind of harmful negligent conduct can give rise to liability”. Em sentido próximo, conclui Christian von Bar (2005, p. 6) que todos os sistemas europeus diferenciam o prejuízo ou perda (*harm* ou *loss*) do dano (*damage*) para efeitos da responsabilidade civil.

A partir da compreensão das semelhanças e das diferenças entre os modelos, procurar-se-á, em uma segunda etapa, propor reflexão sobre a responsabilidade civil subjetiva na atualidade, atenta ao fato de que a matéria é das que sofre mais diretamente os impactos das constantes mudanças sociais<sup>3</sup>, além de se sujeitar cada vez mais à influência recíproca entre os diferentes ordenamentos de um mundo globalizado<sup>4</sup>.

Daí porque o estudo do direito comparado, nessa seara, é de fundamental importância para a identificação das possibilidades e perspectivas que se abrem para a responsabilidade civil, tanto no âmbito do direito estrangeiro como no direito brasileiro.

## 2 – A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA NO DIREITO OCIDENTAL

### 2.1 O modelo francês

O modelo francês foi elaborado a partir da influência direta do jusnaturalismo moderno, que vinculou a responsabilidade civil à finalidade ressarcitória e à culpa<sup>5</sup>. Nesse sentido, o Código Civil francês de 1804 baseou-se essencialmente em duas cláusulas gerais que, em seu conjunto, refletiram o princípio básico da culpa (*faute*) como fundamento da responsabilidade civil<sup>6</sup>, tornando desnecessária a tipificação dos atos ilícitos civis, tal como havia no direito romano.

É por essa razão que o modelo francês é classificado como principiológico ou conceitualista<sup>7</sup>, pois foi alicerçado essencialmente sobre o princípio ou o

3 Destaca-se a seguinte lição de Castronovo (2006, p. 100): “La dottrina, da canto suo, ha reso la responsabilità civile consciente di questo sue essere l’istituto giuridico di primi impatto sul quale si riflette in presa diretta il mutamento sociale”.

4 De acordo com Deakin, Johnston e Markesinis (2008, p. 15), “tort law is becoming by the day a more complex set of rules than it ever was, where national law mixes with legal ideas which emanate from foreign jurisdictions”. Não é sem razão que, como adverte Wagner (2006, p. 1.004), a responsabilidade civil tem sido uma das áreas de maior interesse do direito comparado.

5 Zeno-Zencovich (2005, p. 275) mostra que o jusnaturalismo, especialmente em razão da influência de Grocio e Pufendorf, deixou claro que a responsabilidade civil teria finalidade reparatória e seria baseada no princípio geral de que a culpa obriga o ressarcimento do dano, ao contrário do que ocorria no direito romano, no qual os ilícitos eram típicos. Patrice Jourdain (2000, p. 9) mostra que tal processo chegou ao ápice com Domat, que formulou, em termos gerais, o princípio segundo o qual não há responsabilidade sem falta (“il n’y a pas de responsabilité sans faute”).

6 O art. 1.382 prevê que “tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par le faute duquel il est arrivé, à le réparer”. Já o art. 1.383 dispõe que “chacun est responsable du dommage qu’il a cause non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence”.

7 Wagner (op. cit., p. 1009) define o modelo francês como principiológico, enquanto que Cees van Dam (op. cit., p. 46 e 114) o classifica como conceitualista em sentido amplo, esclarecendo que o art. 1.382, do Código francês, é uma das mais gerais previsões sobre atos ilícitos jamais redigida.

conceito de *faute*. Tal noção, embora apresente inúmeros sentidos<sup>8</sup> e englobe simultaneamente a ideia de ilicitude e de culpabilidade, acabou sendo mais associada à culpa em seu sentido moral<sup>9</sup>.

De qualquer forma, o Código Napoleônico não definiu a *faute* nem condicionou a responsabilidade civil à violação de direitos subjetivos ou de interesses previamente definidos, tal como ocorreria com o modelo alemão. Consequentemente, o modelo francês sempre apresentou grande maleabilidade, até porque coube à jurisprudência, especialmente à Corte de Cassação francesa, papel importantíssimo na construção dos pressupostos da responsabilidade civil, por meio da identificação da *faute* e da densificação dos requisitos específicos para a indenização<sup>10</sup>.

Com efeito, para compensar a elasticidade da noção de *faute*, a jurisprudência francesa lastreou os fundamentos da responsabilidade civil em importantes parâmetros objetivos, tais como o dano direto e o nexos causal, analisados a partir de cuidadoso balanceamento dos interesses envolvidos<sup>11</sup>.

Não obstante tais mecanismos de controle, o modelo francês mostrou-se idôneo para considerar como dano a violação de qualquer interesse, ainda que meramente econômico, desde que fosse legítimo e certo<sup>12</sup>. É inequívoca, portanto, a relação entre a estrutura flexível do modelo francês e a indeterminação dos interesses protegidos por meio da responsabilidade civil, o que possibilitou a sua fácil adaptação às transformações sociais pela via jurisprudencial.

- 8 Adverte Cees van Dam (op. cit., p. 48) que Rabut havia contado, em 1948, pelo menos 23 diferentes definições de *faute* na literatura jurídica francesa.
- 9 Marton (1938, p. 42-46) reconhece, com desagrado, que, diante da omissão do Código Napoleônico em prever a ilicitude do ato como elemento constitutivo da responsabilidade civil, parte expressiva da doutrina francesa adotou a *faute* em seu sentido subjetivo de reprovabilidade moral ou culpa, o que, no seu ver, seria fortemente criticável, diante da necessidade de se valorizar igualmente o descumprimento de um dever. Para Menezes Cordeiro (1997, p. 430), embora a *faute* abrangesse a ilicitude, a culpa e o nexos causal, foi muitas vezes apropriada pelo direito estrangeiro tão somente como culpa. Todavia, uma conclusão parece certa: como asseveram Zweigert e Kötz (1995, p. 313), os juristas franceses não chegaram a distinguir com clareza a antijuridicidade da culpabilidade.
- 10 Este aspecto é pacífico na doutrina, sendo bem explorado por autores como Zweigert e Kötz (op. cit., p. 310) e Cees van Dam (op. cit., p. 43).
- 11 É o que ensinam Alpa e Bessone (2001, p. 38-39), para os quais a jurisprudência francesa procurou compensar a insuficiência da culpa como fonte única de responsabilidade por meio de outros elementos objetivos (natureza do interesse lesado, certeza do dano, nexos causal e excludentes de responsabilidade), realizando, desde o século XIX, um atento balanceamento dos interesses a serem compostos pela responsabilidade civil. Daí a conclusão de Cees van Dam (op. cit., p. 42) de que os pressupostos da responsabilidade civil na França são a *faute*, o dano e a relação de causalidade.
- 12 Alpa e Bessone (op. cit., p. 38-39), com base na lição de Viney, concluem que os autores franceses mais modernos acabaram alargando progressivamente a vocação indenizatória da responsabilidade, a fim de estendê-la a qualquer interesse, desde que certo. Para Christian von Bar (op. cit., p. 32), o exame do direito francês sugere que nem todos os danos econômicos estão protegidos pela cláusula geral de responsabilidade, exigindo-se o requisito do interesse legítimo.

Outra característica importante do modelo francês é a sua preocupação fundamental de possibilitar a mais ampla reparação e proteção da vítima<sup>13</sup>. Somente no que diz respeito à concepção de culpa é que o modelo pode ser considerado restritivo, pois, pelo menos no século XIX, considerava apenas o aspecto subjetivo da conduta, relacionado à reprovabilidade moral da vontade do agente e à previsibilidade dos efeitos do seu comportamento<sup>14</sup>.

## 2.2 O modelo alemão

Segundo Cees van Dam (op. cit., p. 8), o modelo alemão de responsabilidade civil é o mais elaborado e sistematizado da Europa. Uma das explicações para tal sofisticação é a influência da Pandectística, que, dentre outros aspectos, concebia o ato ilícito extracontratual sob dupla perspectiva: (i) a ilicitude, vista a partir da violação das normas jurídicas, e (ii) a culpa, vista a partir da reprovabilidade da conduta<sup>15</sup>.

O modelo alemão jamais lidou, portanto, com uma categoria tão abrangente como a *faute*<sup>16</sup>. É precisa a conclusão de Fromont (2001, p. 59) de que aquilo que os franceses viam como *faute* os alemães desdobravam em *Rechtswidrigkeit* (ilicitude) e *Verschulden* (culpabilidade)<sup>17</sup>. Mesmo a noção de culpa era distinta do modelo francês, sendo entendida sob viés objetivo, em

- 
- 13 A ênfase primordialmente compensatória e voltada para a proteção da vítima do modelo francês é enfatizada por vários autores, tais como Christian von Bar (op. cit., p. 243) e André Tunc (1965, p. 1091). Para Cees van Dam (op. cit., p. 186), a preocupação primária do direito francês é a de realizar a justiça prática em cada caso.
  - 14 É o que se observa pela seguinte lição de Carbonnier (2004, p. 2.257): “La faute est une défaillance dans la conduite, qui suppose une défaillance dans la volonté; elle ne peut être reprochée, imputée, qu’á celui que a une volonté, rasoinnable et libre. La réparation du dommage, dans ce système, est subordonnée à une recherche psychologique et à une appréciation morale”.
  - 15 Zeno-Zencovich (op. cit., p. 278) ensina que, enquanto o Código Napoleônico constituiu uma síntese do modelo romanístico revisto pelo pensamento jusnaturalista, o BGB é reflexo do modelo romanístico revisto pelo pensamento da Pandectística. Menezes Cordeiro (op. cit., p. 433-434 e 458) ressalta que o modelo alemão foi bastante influenciado por Jhering, para quem os pressupostos da responsabilidade seriam: (i) a ilicitude, como elemento objetivo, voltada para a inobservância das normas jurídicas, e (ii) a culpa, como elemento subjetivo, referente à censura à ação ou omissão.
  - 16 Segundo Menezes Cordeiro (op. cit., p. 423-427), a responsabilidade civil extracontratual no século XIX desenvolveu-se no sistema romano-germânico a partir de dois modelos: a *faute* e o critério duplo da culpa e da ilicitude. A diferença essencial entre as duas abordagens é que, enquanto a francesa (*faute*) baseia-se em um juízo envolvente que verifica simultaneamente a desconformidade da conduta do agente com o direito e a censurabilidade desta, a alemã identificava primeiramente a ilicitude e depois o juízo de censurabilidade (culpa em sentido estrito). Por essa razão, o autor refere-se ao sistema francês como monista e o alemão como dualista.
  - 17 De acordo com Cees van Dam (op. cit., p. 115), embora o conceito de antijuridicidade esteja no coração de cada sistema delitual – inclusive no direito anglo-saxão, que o conhece como *unlawfulness* ou *wrongfulness* –, apenas os alemães ousaram falar abertamente sobre tal mistério, em razão do seu caráter extremamente problemático.

razão do qual a reprovabilidade do ato era constatada por meio da sua comparação com o padrão de comportamento esperado<sup>18</sup>.

Outra importante peculiaridade do modelo alemão foi a de adotar estrutura intermediária entre as cláusulas gerais abrangentes do modelo francês, consideradas perigosas por possibilitarem grande subjetividade à apreciação judicial<sup>19</sup>, e a tipificação das condutas ensejadoras de responsabilidade civil existente no modelo anglo-saxão<sup>20</sup>.

Por essa razão, o BGB, que entrou em vigor em 1900, além de conter disciplina mais pormenorizada e técnica do que a francesa<sup>21</sup>, previu três cláusulas gerais de responsabilidade, que abarcavam os seguintes tipos de atos ilícitos:

“(i) uma cláusula central<sup>22</sup>, que considerou dano suscetível de reparação a violação dolosa ou culposa praticada contra a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, os bens ou outros direitos de um indivíduo fixados pela lei (§ 823, I);

(ii) uma cláusula supletiva<sup>23</sup>, que considerou dano suscetível de reparação o decorrente da violação culpável de norma de proteção estabelecida em favor de outrem (§ 823, II)<sup>24</sup>, e

- 
- 18 Ensinam Zweigert e Kötz (op. cit., p. 286) que, no sistema alemão, a análise da reprovabilidade da conduta, como requisito do ato ilícito, tinha como pressuposto, portanto, a comparação entre a conduta examinada e a conduta que se esperaria, em situação objetiva idêntica, de um homem consciencioso.
- 19 Cees van Dam (op. cit., p. 66-67) mostra que a primeira redação do BGB alemão continha duas cláusulas gerais de responsabilidade, o que foi visto como algo perigoso, por deixar muita liberdade para os tribunais. Daí a solução de se ter três pequenas cláusulas com um escopo mais restrito de aplicação. Em sentido semelhante, Zweigert e Kötz (op. cit., p. 285) concordam com o fato de que a solução adotada pelo BGB procurou evitar os abusos que se identificavam em numerosas sentenças dos tribunais franceses diante de uma cláusula de responsabilidade muito geral.
- 20 Segundo Wagner (op. cit., p. 1.008), o sistema alemão decorreu de um compromisso entre uma estrutura de *torts* específicos e uma cláusula geral, opção última que preocupava os legisladores em razão da sua incerteza, motivo pelo qual queriam especificar os escopos de proteção a fim de conferir ao juiz certos *standards* objetivos para suas decisões.
- 21 Do ponto de vista quantitativo, o BGB trata do tema do § 823 ao § 851, enquanto que o Código Napoleônico disciplina a matéria em apenas cinco artigos: do 1.382 a 1.386.
- 22 A proeminência do § 823, I, do BGB, no direito alemão, é explorada por Dannemann (1993, p. 55-56), dentre outros.
- 23 Markesinis e Unberath (2002, p. 885-886) advertem que a norma do § 823, II, é uma hipótese adicional de responsabilidade.
- 24 Esclarece Dannemann (op. cit., p. 60) que, para efeitos do § 823, II, do BGB, não importa se a norma de proteção pertence ao direito público, privado ou criminal, desde que tenha a finalidade de proteger a vítima como indivíduo ou como parte de certo grupo de indivíduos, não se destinando ao público em geral. Markesinis e Unberath (op. cit., p. 885) ensinam que o termo *Gesetz* (lei), utilizado pelo § 823, II, do BGB, é considerado em sentido amplo, a fim de abarcar todo tipo de lei de direito público ou privado, bem como atos normativos infralegais, tais como decretos governamentais e atos normativos locais, desde que pretendam proteger direitos legais essenciais ou valores, proibam determinados comportamentos considerados perigosos ou pretendam proteger determinadas situações pessoais, incluindo interesses econômicos.

(iii) uma cláusula residual<sup>25</sup> que considerou dano a conduta dolosa e violadora dos bons costumes (§ 826), assim considerados também a ordem econômica, a ordem jurídica e o interesse público.<sup>26</sup>

Diante desse quadro normativo, é fácil compreender porque o modelo alemão ficou conhecido pela peculiaridade de especificar os interesses protegidos pelas normas de responsabilidade civil, circunstância que revela certa aproximação com o sistema romano de atos ilícitos típicos<sup>27</sup>.

Outra característica importante do modelo alemão é que, embora seja normalmente associado à violação de direitos absolutos<sup>28</sup>, também adota como pressuposto da responsabilidade a violação culpável de normas de proteção de determinado grupo de pessoas ou a violação dolosa dos bons costumes.

Como as últimas duas hipóteses não se referem à violação de direitos subjetivos, pelo menos do ponto de vista apriorístico, tem-se a possibilidade de ressarcimento dos chamados danos puramente econômicos no direito alemão<sup>29</sup>. Entretanto, subsiste a necessidade de que haja a violação de algum interesse

- 
- 25 Para Cees van Dam (op. cit., p. 70), a hipótese do § 826 é nitidamente residual, pensada para situações de inaplicabilidade das hipóteses anteriores. Markesinis e Unberath (op. cit., p. 889) concordam com o caráter residual da norma, advertindo que a sua finalidade principal foi a de acomodar futuras expansões da responsabilidade civil na Alemanha.
- 26 Cees van Dam (op. cit., p. 70-71) ensina que a expressão “bons costumes” sempre foi interpretada extensivamente, para o fim de abarcar condutas contrárias à ordem econômica e jurídica e mesmo à ordem pública, admitindo até mesmo fundamentação conexa com os direitos fundamentais. Markesinis e Unberath (op. cit., p. 889-890) ressaltam a possibilidade do dolo eventual e esclarecem que, após um breve interlúdio durante o período do nazismo, quando tal previsão foi subvertida para servir à causa do nacional-socialismo, o conceito de bons costumes tem recebido uma constante definição, estando associado ao que o direito inglês chama de *public policy* ou ao que o direito francês chama de *ordre publique*. Dentre os exemplos de sua aplicação, Markesinis e Unberath (op. cit., p. 890-892) destacam a prestação de falsas informações, a elaboração de falsos balanços por diretores de companhias para atrair potenciais investidores, a obtenção de decisões judiciais mediante fraude, a indução de quebra de contrato, a atuação desleal nos negócios e até mesmo o abuso de direitos.
- 27 Daí a acertada conclusão de Zweigert e Kötz (op. cit., p. 285), segundo os quais o BGB acabou adotando uma solução intermediária entre a casuística do direito comum de origem romana e a adoção de apenas uma cláusula geral.
- 28 Tal conexão é reconhecida, dentre outros, por Zeno-Zencovich (op. cit., p. 279) e Menezes Cordeiro (op. cit., p. 437), até porque, como advertem Zweigert e Kötz (op. cit., p. 286-287), o § 823, I, do BGB sempre foi interpretado no sentido de que apenas se cogitaria da responsabilidade civil na hipótese de lesão a um dos bens jurídicos elencados na norma, ou seja, a vida, a pessoa, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito. Segundo Alpa e Bessone (op. cit., p. 5), as exigências da maior liberdade empresarial possível, em razão do *laissez-faire*, faziam com que nem todos os danos pudessem ser ressarcíveis, mas tão somente aqueles identificados com os valores mais importantes da sociedade e que, exatamente por isso, seriam absolutos: a propriedade e a pessoa humana.
- 29 É o que defendem Markesinis e Unberath (op. cit., p. 886) em relação ao § 823, II, do BGB, Gordley (2006, p. 163) em relação ao § 826 e Cees van Dam (op. cit., p. 70) em relação a ambos os dispositivos.

previamente tutelado, pelo menos no que diz respeito aos atos culposos<sup>30</sup>. Daí a conclusão de Christian von Bar (op. cit., p. 31) de que, no modelo alemão, saber se alguém é responsável civilmente por determinados danos depende largamente dos interesses qualificados que foram violados.

Outro aspecto curioso do modelo alemão é que a expansão da responsabilidade civil ocorreu principalmente por meio da criação de novos direitos subjetivos<sup>31</sup>, tais como o direito geral da personalidade<sup>32</sup>, o direito de exercer empresa e o direito de manter o emprego diante de terceiros<sup>33</sup>.

### 2.3 O modelo inglês

O modelo inglês foi formado a partir das influências dos *writs* medievais para a defesa de direitos<sup>34</sup>. Daí o surgimento dos *torts*, termo que não encontra correspondência no direito romano-germânico<sup>35</sup>, já que não significa propriamente atos ilícitos, mas sim condutas ensejadoras de responsabilidade extracontratual. Com efeito, alguns *torts* são considerados *per se*, no sentido de que não exigem a análise da culpa e, em muitos casos, nem mesmo a prova do dano, já que a ação correspondente visa mais a assegurar o direito do que a compensar a vítima<sup>36</sup>.

- 
- 30 A ressalva dos atos culposos deve-se ao fato de que alguns autores, tais como Zeno-Zencovich (op. cit., p. 280) e Peter Stein (1995, p. 277), concluem que o direito alemão aceitou o princípio da responsabilidade geral por todos os danos causados dolosamente (§ 826 do BGB), mas, no caso dos danos decorrentes da culpa, condicionava a responsabilidade à violação de alguns dos interesses expressamente previstos na norma.
- 31 É esta a opinião de Cees van Dam (op. cit., p. 70), segundo o qual o modelo alemão evoluiu principalmente em razão da interpretação extensiva do § 823, I, do BGB, principalmente em matéria de propriedade. Markesinis e Unberath (op. cit., p. 889) destacam que, ao lado do reconhecimento de novos direitos, houve igualmente a expansão da responsabilidade contratual em área que poderia ser definida como província da responsabilidade extracontratual.
- 32 Em 1954, foi criado jurisprudencialmente o direito geral de personalidade (*das Allgemeine Persönlichkeitsrecht*) para a melhor proteção dos interesses ligados à pessoa (Cees van Dam, op. cit., p. 72).
- 33 Dentre os novos direitos que foram sendo reconhecidos, para o fim de justificar a responsabilidade civil extracontratual, Zeno-Zencovich (op. cit., p. 280) aponta o direito de empresa, que tutela os empreendedores dos inúmeros atos que prejudicam sua atividade, como a concorrência desleal. Christian von Bar (op. cit., p. 56) destaca o direito de manter o emprego diante de terceiros, bem como a liberdade de associação.
- 34 Segundo Wagner (op. cit., p. 1008), o direito inglês dos *torts* corresponde ao direito romano, ainda que uma recepção total nunca tenha havido.
- 35 Para Cees van Dam (op. cit., p. 4), “*tort* is a typical common law term which does not have a proper parallel in the continental legal systems”.
- 36 Ensina Christian von Bar (op. cit., p. 13) que o dano (*damage*), no direito anglo-saxão, é de difícil definição, até porque há *torts* acionáveis *per se*, em relação aos quais é dispensável a prova do dano. Segundo Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 30), é melhor falar em *law of torts* do que em *law of tort*, pois não há um conjunto comum de características que todos os *torts* possuam. Alguns poucos são aperfeiçoados sem dano, como é o caso do *trespass* e *libel*, motivo pelo qual são considerados *per se*, hipótese em que a função do *Tort Law* é de assegurar os direitos e não necessariamente compensar a vítima, ainda que ela possa ser compensada se tiver sofrido danos. Outros *torts* são aperfeiçoados sem *fault* (*blameworthiness*), embora seja uma exceção.

Esse aspecto já revela características importantes do modelo inglês, pois ele foi arquitetado sem ter a finalidade compensatória como essencial em todos os *torts*, bem como em contexto no qual não havia identificação precisa entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva<sup>37</sup>, apesar da tendência mais recente de se exigir a culpa mesmo para os *torts* “objetivos”<sup>38</sup>.

Não obstante algumas diferenças entre o direito norte-americano e o inglês<sup>39</sup>, ambos estruturaram os seus modelos de responsabilidade na tipificação das condutas, vinculando-as às ações correspondentes<sup>40</sup>. Somente a partir da segunda metade do século XIX, em razão de grande esforço sistematizador por parte da doutrina, é que se tornou possível falar de um regime de *torts*<sup>41</sup>.

É considerável, pois, a distância entre o regime de *torts* e o regime de responsabilidade civil encontrado no direito romano-germânico, especialmente em razão da inexistência, no primeiro, de cláusulas gerais. Consequentemente, a evolução da responsabilidade civil no direito anglo-saxão ocorreu principalmente por meio da adaptação dos *torts* já existentes às modificações econômicas e sociais, para o fim de criar novas obrigações de ressarcir danos.

Outro fator fundamental para o desenvolvimento da responsabilidade civil no modelo anglo-saxão foi a consolidação e a expansão da *negligence, tort* que, em seu sentido original, tinha como pressuposto a violação (*breach*) de um preciso dever de cuidado (*duty of care*) do qual resultasse um dano (*damage ou*

---

37 Vale ressaltar a seguinte lição de Gordley (op. cit., p. 165): “As Milsom and Fifoot have pointed out, the question is misleading because, traditionally, the common lawyers did not clearly distinguish fault-based and strict liability”. Prosseguindo, o autor afirma que, em relação a vários *torts*, não há resposta clara para a exclusão da responsabilidade em razão da inexistência de culpa.

38 Como explica Christian von Bar (op. cit., p. 206-207), há *torts* que exigem apenas o ato voluntário e não propriamente a intenção. Outros que exigem que o autor tenha consciência das consequências da sua ação. Há, todavia, uma tendência dos últimos cem anos para que mesmo *torts* considerados objetivos (*strict*) venham exigir a culpa.

39 Uma das principais diferenças, apontadas por Zeno-Zencovich (op. cit., p. 288), diz respeito às funções da responsabilidade civil, já que o direito norte-americano estrutura a responsabilidade civil principalmente nas suas funções afliativa e de desestímulo, por meio dos *punitive damages*. Segundo Ponzanelli (1992, p. 35), as funções punitiva e preventiva são um dos objetivos primários da responsabilidade civil nos Estados Unidos.

40 Daí a dificuldade, apontada por Zweigert e Kötz (op. cit., p. 294), de se considerar o direito dos *torts* como uma matéria unitária não apenas para efeitos acadêmicos, mas também judiciais. Acresce que, como destaca Gordley (op. cit., p. 164), o jurista do *common law* pensa mais em termos de *actions* do que de *torts*.

41 Vale ressaltar a lição de René David (2006, p. 109), segundo a qual, apesar das peculiaridades do regime de *torts*, a doutrina acabou conseguindo elaborar uma “verdadeira parte geral” sobre os mesmos, especialmente no que diz respeito às causas de exoneração de responsabilidade, à natureza do dano, ao montante da indenização e às ações respectivas.



*injury*)<sup>42</sup> normalmente relacionado à vida, à integridade física e à propriedade<sup>43</sup>. Com o passar do tempo, a exigência de específico dever de cuidado foi sendo flexibilizada para abarcar deveres mais gerais<sup>44</sup>, possibilitando que a *negligence* evoluísse para se tornar um tipo mais flexível ou residual<sup>45</sup>.

Diante de tal plasticidade, a *negligence* passou a ter posição central na primeira metade do século XX<sup>46</sup>, absorvendo outros *torts*<sup>47</sup>. Em decorrência, assumiu função equiparada à de uma cláusula geral de responsabilidade extracontratual<sup>48</sup>, possibilitando a expansão da responsabilidade civil em diversos setores, tais como nas atividades empresariais<sup>49</sup>.

Para a constatação da *negligence*, o aspecto fundamental é a existência do *duty of care*<sup>50</sup>, que jamais foi considerado *erga omnes*, mas dependente de rela-

---

42 Por essa razão, Epstein (1999, p. 110) afirma que os elementos da negligência são: *duty, breach, cause e damage*. Este princípio é bem lembrado na seguinte lição de Lord Atkin em *Demogue vs. Stevenson*, de 1932 (Zweigert e Kötz, op. cit., p. 300).

43 Segundo Zeno-Zencovich (op. cit., p. 284), o espectro de proteção do dever de cuidado abrange essencialmente a vida, a integridade física e a propriedade, sendo mais incerta a sua extensão a outros interesses, sobretudo se não materiais.

44 De acordo com Ponzanelli (op. cit., p. 14), a evolução do conceito de *negligence* possibilitou a sua extensão não somente para os casos de omissão de um dever preexistente específico, mas também para abarcar a violação de um *standard* generalíssimo.

45 Zweigert e Kötz (op. cit., p. 299) asseveram que tal tipo de *tort* começou a ser reconhecido no curso do século XIX como título autônomo para o ressarcimento do dano aquiliano, a partir do princípio da responsabilidade por culpa (*no liability without fault*). Por essa razão, conclui Arsenault (op. cit., p. 15) que o tipo da negligência evoluiu até se tornar uma forma de ação geral e residual.

46 Assim como ocorreu nos países de *civil law*, a culpa ou *negligence* passou a ser progressivamente uma posição central na responsabilidade civil (Ponzanelli, op. cit., p. 56).

47 Segundo Wagner (op. cit., p. 1.009), a *negligence* brilha sobre os demais *torts*, constituindo o próprio *tort*, na medida em que vai abarcando outros, como *assault e battery*.

48 Vale destacar a seguinte lição de René David (op. cit., p. 109): “Todavia, a característica mais marcante do novo direito talvez seja a elaboração pelas Cortes, numa obra comparável à que foi realizada na França pela jurisprudência em relação ao art. 1384 do Código Civil, de um novo delito civil, o *tort* de negligência, graças ao qual os ingleses não estão distantes de ter estabelecido um princípio geral de responsabilidade”.

49 Vale ressaltar a seguinte lição de Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 113): “The tort of negligence forms one of the most dynamic and rapidly changing areas of liability in the modern common law”. Zeno-Zencovich (op. cit., p. 283 e 287) mostra que, nos Estados Unidos, partindo do fundamento comum da *negligence*, houve um desenvolvimento jurisprudencial muito vasto e incisivo, com larga aplicação sobretudo nas atividades empresariais.

50 Segundo Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 33 e 97), a noção de dever ocupa um papel cardinal no *common law of torts*, até porque, no *tort* da *negligence*, a primeira pergunta é saber se há o *duty of care* e se houve a violação correspondente. Daí porque ensina Christian von Bar (op. cit., p. 41) que a questão principal no direito inglês não é a de saber se um direito absoluto foi violado, mas sim se houve a quebra do dever de cuidado.

ção prévia entre o ofensor e a vítima<sup>51</sup>. Daí se explica a preocupação do direito anglo-saxão em delimitar o *duty of care*<sup>52</sup>, depurando os deveres específicos que justificariam a responsabilidade civil com base na *negligence*, inclusive para o fim de haver maior controle sobre as decisões judiciais<sup>53</sup>. A imposição do *duty of care* a determinadas situações também sempre veio cercada de considerações relacionadas à previsibilidade do dano, à justiça e à razoabilidade de tal exigência e também à implementação de determinadas políticas<sup>54</sup>.

Já no que se refere à constatação da violação do dever de cuidado, nunca houve maior preocupação com os aspectos subjetivos da conduta analisada<sup>55</sup>, mas sim com padrões objetivos, por meio dos quais se poderia comparar a atuação do agente com o *standard* do *reasonable man*<sup>56</sup>.

### 3 – AS PRINCIPAIS APROXIMAÇÕES E DISTINÇÕES ENTRE OS MODELOS DE RESPONSABILIDADE

#### 3.1 Pressupostos e funções

Apesar das distinções apontadas, é fácil observar que existe grande similitude entre os pressupostos básicos da responsabilidade civil nos três modelos:

- 
- 51 Zeno-Zencovich (op. cit., p. 282) mostra que um dos problemas fundamentais do dever de cuidado era exatamente o de delimitar quais seriam os destinatários deste. Para isso, o direito anglo-saxão desenvolveu a ideia de que um dos seus pressupostos era a existência de uma prévia relação entre o ofensor e a vítima (Ponzanelli, op. cit., p. 62-63). Arsenault (op. cit., p. 18-24) aponta a importância de Lord Atkin para o desenvolvimento da noção de proximidade suficiente, como pressuposto da existência do dever de diligência. Uma boa ideia desta relação de pertinência entre o ofensor e a vítima é dada por Gevurtz (2000, p. 274): “The idea is that persons, who engage in conduct which creates a risk of harm to others, have, as a general proposition, a duty to act as a reasonably prudent person would act under the same circumstances to avoid such harm”.
- 52 No caso do direito inglês, adverte Zeno-Zencovich (op. cit., p. 280), que foi em torno do *duty of care* que se concentrou a maior atenção dos estudiosos da matéria.
- 53 Arsenault (op. cit., p. 18) mostra que, até diante da tendência do júri popular indenizar sempre as vítimas, o dever de cuidado tornou-se importante mecanismo de controle da negligência, ainda que os tribunais admitissem facilmente este dever.
- 54 Segundo Cees van Dam (op. cit., p. 93-95), três requisitos foram estabelecidos pela *House of Lords* para a identificação da violação do *duty of care*: (i) que o dano seja razoavelmente previsível, (ii) que haja proximidade entre o autor e a vítima e (iii) que a imposição do *duty of care* seja *fair, just and reasonable*. Prossegue o autor (*idem*) mostrando que é preciso uma boa razão para a existência do *duty of care*, sendo certo que tal motivação, que funciona como limite para a responsabilidade civil, está igualmente associada a determinadas políticas. Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 128) mencionam igualmente a necessidade da proximidade e que o *duty of care* precisa atender ao padrão do *fair, just and reasonable*.
- 55 Zeno-Zencovich (op. cit., p. 284) sustenta que o direito inglês não seguiu a tendência continental de distinguir entre os elementos objetivos (conduta, causalidade e dano) e os elementos subjetivos (culpa e dolo), já que a inobservância do comportamento devido determinaria automaticamente a existência do ato ilícito. Já em relação ao direito norte-americano, sustenta o autor (op. cit., p. 287) que o *tort* é, essencialmente, a violação objetiva de uma obrigação socialmente reconhecida.
- 56 Nesse aspecto, a semelhança com o direito alemão é clara, embora a identificação de parâmetros objetivos de comportamento sempre tenha sido objeto de controvérsias no *common law*, como ensina Epstein (op. cit., p. 110).

(i) na França, são requisitos da responsabilidade a *faute*, o dano e o nexo causal; (ii) na Alemanha, a *faute* é desdobrada em seus aspectos de antijuridicidade e culpabilidade, sendo igualmente exigíveis o nexo causal e o dano associado à violação de direitos ou de interesses juridicamente protegidos e (iii) no modelo anglo-saxão, a maioria dos *torts* exige a culpa, o dano e o nexo causal, com a ressalva de que, na *negligence*, é necessária a violação de um dever de cuidado previamente existente entre as partes<sup>57</sup>.

Diante de tantas aproximações, Cees van Dam (op. cit., p. 113) conclui que a *faute* francesa é comparável tanto à combinação inglesa do *duty of care* e *breach of duty* como aos requisitos de ilicitude e culpabilidade exigidos pelo direito alemão. A diferença é que os dois últimos modelos contêm exigências adicionais.

Já no que se refere às funções da responsabilidade civil, as diferenças são maiores, pois os sistemas europeus continentais, como é o caso do francês e do alemão, priorizam essencialmente a compensação e o desestímulo, enquanto que o modelo anglo-saxão, especialmente o norte-americano, adota mais abertamente a função punitiva<sup>58</sup>.

Ainda se pode observar algumas diferenças relacionadas aos objetivos últimos da compensação e desestímulo, já que os modelos francês e alemão preocupam-se mais com a situação da vítima e com a inserção da responsabilidade civil no contexto das políticas sociais, enquanto que o modelo inglês está mais focado na proteção das liberdades individuais e do mercado<sup>59</sup>.

---

57 É o que ensinam Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 30 e 113), para os quais a maioria dos *torts* exige a conduta (comissiva ou omissiva), o nexo causal, a culpa e o dano, equação já consolidada de forma programática no famoso art. 1.382 do código francês. No que diz respeito à *negligence*, a culpa é vista a partir da violação do *duty of care*.

58 Ressalta-se a lição de Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 49): “The aims of the law of tort have changed throughout its history: appeasement, justice, punishment, deterrence, compensation and loss-spreading can be counted amongst them. None of them has offered a complete justification for the law”. De qualquer maneira, conclui Christian von Bar (op. cit., p. 13), com base na análise comparativa do direito europeu, que ainda se pode afirmar que a função principal da responsabilidade civil é a compensatória.

59 Segundo Cees van Dam (op. cit., p. 127-129), enquanto o direito inglês dos *torts* preocupa-se predominantemente com a justiça comutativa e a regulação de condutas, o direito francês tem como foco a proteção da vítima, inclusive por meio da ampliação crescente da responsabilidade objetiva, e o direito alemão adota uma postura intermediária. Acrescenta o autor (op. cit., p. 129) que a abordagem na França e na Alemanha é determinada por um conjunto de políticas sociais e de mercado, enquanto que a abordagem inglesa é predominantemente orientada para o mercado e para a liberdade.

Todavia, nota-se uma tendência geral, comum aos três modelos, de analisar a responsabilidade civil a partir do balanceamento dos interesses conflitantes e da busca por justiça e equidade<sup>60</sup>.

### 3.2 Estrutura e finalidades

O breve exame dos três modelos possibilitou a percepção de diferenças sensíveis no que se refere à estruturação da responsabilidade civil:

“(i) o modelo francês está lastreado em cláusulas gerais amplas, que não se referem nem mesmo a direitos ou a interesses protegidos;

(ii) o modelo anglo-saxão, de forma oposta, baseia-se na tipificação das condutas ensejadoras de responsabilidade civil (*torts*), ainda que a *negligence* possa ser considerada uma cláusula geral de responsabilidade e

(iii) o modelo alemão, adotando solução intermediária, estrutura-se em cláusulas gerais de responsabilidade mais pormenorizadas e que exigem requisitos específicos, tais como a violação de direitos absolutos ou de normas de proteção.”

Do ponto de vista estrutural, há autores que consideram o modelo alemão até mais próximo do direito inglês do que do francês. É o caso de Cees van Dam (op. cit., p. 114), que classifica os modelos alemão e inglês como casuísticos, nos quais a fundamentação dos juízes tende a ser indutiva, e o modelo francês como conceitualista, no qual a fundamentação dos juízes tende a ser dedutiva.

Outra similitude entre os modelos alemão e anglo-saxão diz respeito à importância do dever de cuidado, utilizados por ambos como parâmetro, embora o primeiro tradicionalmente se concentre na situação da vítima, enquanto o segundo destaca essencialmente a situação do ofensor, a fim de verificar que

---

60 Christian von Bar (op. cit., p. 223 e 244) mostra que a questão da responsabilidade ultimamente depende dos fatos do caso individual e de se saber se a atribuição do dano é equitativa, justa e razoável, motivo pelo qual até mesmo a culpa demanda uma análise dos interesses conflitantes. Em sentido semelhante, vale destacar a seguinte lição de Cees van Dam (op. cit., p. 125-126): “Tort law is not just a system. It is about balancing the interests of individuals, private, and public bodies. It distributes rights, duties, and money. In this sense, tort law has a high policy impact and it goes without saying that there are diverging views on this topic throughout Europe”. Daí porque o autor conclui que as cortes, ao decidirem casos, não estão apenas tratando dos requisitos formais de responsabilidade, mas também estão sendo dirigidas por seu senso de justiça. Acrescenta ele (op. cit., p. 181) que a ideia de antijuridicidade não pode ser baseada na violação de um direito, mas sim como algo decorrente do balanceamento dos interesses do autor e da vítima, motivo pelo qual “this makes tort law a special branch of the fine art of balancing”.

extensão do dever de cuidado dele poderia ser exigida<sup>61</sup>. Porém, como a situação da vítima e do ofensor estão necessariamente interligadas na responsabilidade civil, é fácil constar que, mesmo adotando enfoques distintos, os diferentes modelos acabaram tendo, neste tópico, reflexões que mais se aproximam do que se distanciam.

Isso mostra que a tipicidade característica do modelo anglo-saxão não impossibilitou sua progressiva convergência com os modelos continentais, especialmente o alemão<sup>62</sup>. Da mesma maneira, a progressiva aproximação entre os modelos foi possível porque a generalidade do direito francês não foi óbice ao surgimento de “casos sintomáticos”, assim como a *negligence* acabou ocupando o papel de cláusula geral de responsabilidade no direito anglo-saxão<sup>63</sup>. Não é sem razão que existem, na atualidade, inúmeras correspondências entre os *torts* e os atos ilícitos que vão sendo depurados nos demais modelos<sup>64</sup>.

### 3.3 A questão do dano e de sua vinculação com a violação de direitos e interesses previamente delimitados

Se, como ensina Castronovo (2006, p. 103), a renovação da responsabilidade civil ocorre sobretudo na área do dano, é importante verificar que respostas os três modelos encontraram para tal questão, especialmente no que diz respeito à expansão dos danos indenizáveis.

Neste ponto, mesmo pertencentes à família romano-germânica, o direito alemão e o direito francês distanciam-se, pelo menos aprioristicamente.

---

61 Segundo Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 116-117), o conceito de *duty of care* não tem equivalente preciso nos demais sistemas europeus. Os demais sistemas procuram fazer a triagem entre os danos ressarcíveis e as meras perdas por meio de uma determinação prévia dos interesses protegidos ou usando a noção de *faute*, causa ou dano. Sobre o tema, merece destaque a análise de Zeno-Zencovich (op. cit., p. 281), cuja conclusão principal é a de que o direito inglês estruturou o *duty of care* concentrando-se prioritariamente na posição do ofensor, o que explica a cautela dos juízes em relação ao alargamento do referido dever. Já o *civil law* acabou focando-se mais na situação da vítima, enfatizando a violação de direitos ou interesses que justificariam a responsabilidade civil.

62 Sobre o exagero do contraste entre o direito continental principiológico e o *common law* casuístico, assim conclui Wagner (op. cit., p. 1.009-1.010): “In fact, the two systems could easily be merged by simply abandoning the variety of intentional torts kept alive in England without much practical use”.

63 Segundo Zweigert e Kötz (op. cit., p. 318-319), mesmo os modelos francês e alemão tendendo a definir grupos de casos sintomáticos, a abordagem sistemática não é de todo estranha ao direito anglo-saxão, até mesmo em razão da “cláusula geral” reconduzível ao tipo da negligência. Wagner (op. cit., p. 1.012) também sustenta que a expansão da *negligence* acabou ocupando o espaço de uma cláusula geral de violação descuidada de direitos de outras pessoas.

64 Ensina Christian von Bar (op. cit., p. 41) que muitos atos ilícitos do direito europeu continental correspondem a *torts*. Dannemann (1993, p. 55) também mostra que diversos tipos de *torts*, como *negligence*, *assault*, *battery*, *trespass*, *conversion*, *libel*, *slander*; *false imprisonment* estão cobertos pelo § 823, I, do BGB.

Enquanto o primeiro é mais analítico e identifica os direitos e interesses protegidos de cuja violação decorreriam os danos, o segundo baseia-se na noção amplíssima de *faute*<sup>65</sup>.

Todavia, muitos autores já consideravam, mesmo no século XIX, que não haveria diferenças significativas entre os modelos francês e alemão, na medida em que a violação de direitos subjetivos ou interesses legítimos seria um pressuposto implícito da *faute*<sup>66</sup>.

Ressalta-se que a noção de interesses protegidos, que tanto caracteriza o modelo alemão, vem ganhando repercussão no direito francês e mesmo no direito anglo-saxão, especialmente no que diz respeito à *negligence*<sup>67</sup>. Porém, enquanto o direito alemão prioriza o interesse protegido para depois pensar no dever de cuidado, o direito inglês valoriza essencialmente este último, no qual se funde o próprio interesse protegido<sup>68</sup>.

- 
- 65 Christian von Bar (op. cit., p. 242-243) mostra que os doutrinadores franceses já se depararam com a noção de ilicitude (*illicéité*), mas tendem a evitá-la, considerando-a inútil ou mesmo perigosa. Logo, continuam trabalhando com a noção de *faute*, por entenderem que é impossível listar todos os deveres cuja quebra constituiria um ato ilícito, bem como que é possível haver ilicitude mesmo sem a violação de um direito ou de um estatuto.
- 66 Nesse sentido, Alpa e Bessone (op. cit., p. 35) mostram que, para os primeiros intérpretes do Código Napoleônico (Baudry-Lacantinerie, Larombière), era evidente que as disposições sobre a responsabilidade civil deveriam ser aplicadas somente quando fosse violado o direito da vítima ou alguma norma posta à sua proteção. Citam (op. cit., p. 35-38) o trabalho de Sacco, que conclui haver uma equivalência entre o art. 1.382 do Código francês e o § 823 do BGB, advertindo que a relação entre o ressarcimento e a violação de direitos absolutos da vítima estava presente na lição de importantes juristas franceses, tais como Laurent, Planiol e Demogue. Não é sem razão que Jourdain (op. cit., p. 148) sustenta que, durante um longo período, a jurisprudência francesa subordinou a indenização das vítimas à lesão de um interesse legítimo juridicamente protegido. No que se refere à jurisprudência, Carbonnier (op. cit., p. 2.271) mostra que, de acordo com a Corte de Cassação francesa, o dano consiste em lesão de interesse legítimo juridicamente protegido, pressupondo um direito subjetivo violado. Todavia, o autor considera que bastaria a violação de um interesse desde que este seja legítimo, não contrário nem à lei nem aos bons costumes.
- 67 Segundo Cees van Dam (op. cit., p. 141-143), a ideia de interesses protegidos está associada ao § 823, I, do BGB, mas pode ser igualmente reconhecida na exigência inglesa do *duty of care* e, em menor extensão, na *faute* francesa. No caso dos *torts*, eles geralmente não focam na proteção de interesses, mas sim no remédio processual. Todavia, a questão dos interesses que estão sendo infringidos é relevante em alguns *torts*, não apenas no da *negligence*. Já o direito francês não proporciona uma definição *a priori* dos interesses protegidos, mas tal questão vem ganhando força na França, como nos casos do direito à segurança corporal (*droit a la sécurité corporelle*), das obrigações contratuais de segurança (*obligations de sécurité*) e do direito à privacidade.
- 68 Segundo Wagner (op. cit., p. 1.014), o *common law* também não tem um catálogo claro de direitos e interesses protegidos. Ao contrário do direito alemão, que identifica o interesse protegido para então aplicar o dever de cuidado, o direito inglês toma uma abordagem alternativa e limita o escopo do *duty of care* a certos interesses, integrando a questão do escopo da proteção no conceito de *duty of care*. Já o modelo francês não dá maior atenção a tal parâmetro pois, como adverte Cees van Dam (op. cit., p. 47), “*faute does not imply the notion of duty of care*”.

Não obstante todas as aproximações já destacadas, a maleabilidade da *faute* possibilitou a expansão da responsabilidade civil na França de forma mais livre. Para atingir o mesmo objetivo, a jurisprudência alemã teve que ampliar o rol de bens e direitos protegidos, bem como o espectro do dever de cuidado<sup>69</sup>, assim como o modelo anglo-saxão teve igualmente que estender o dever de cuidado para novas situações.

Por essa razão, o modelo francês é o mais aberto à possibilidade de indenização de danos meramente econômicos, até porque não os distingue dos demais tipos de danos<sup>70</sup>. Já os modelos alemão e inglês são mais refratários a esse reconhecimento, pois precisam justificar, no primeiro caso, o interesse tutelado e, no segundo caso, o dever de cuidado<sup>71</sup>.

Contudo, por diferentes estratégias, tanto o modelo alemão como o inglês chegaram a soluções que igualmente possibilitam a indenização de danos puramente econômicos, sendo que, no caso alemão, isso ocorreu principalmente por meio da ampliação dos direitos subjetivos previstos pelo § 823, I, e da utilização da cláusula residual de responsabilidade prevista no § 826 do BGB<sup>72</sup>.

69 Para Fromont (op. cit., p. 60-61), os feitos mais audaciosos da jurisprudência alemã sobre responsabilidade civil foram (i) o alargamento da lista dos bens e direitos protegidos, a partir da interpretação das palavras “ou um outro direito” que constava do § 823, I, do BGB, bem como (ii) o de associar o ato ilícito à violação do dever de diligência ou prudência, de forma a modificar a própria noção de ato ilícito, que deixou de ser a violação inescusável de certos direitos, passando a ser a violação de uma obrigação de diligência ou prudência.

70 Segundo Christian von Bar (op. cit., p. 53), os juristas franceses e oriundos dos demais países influenciados pelo modelo, tais como Bélgica, Luxemburgo e Espanha, nem entendem o que vem a ser mero interesse econômico. Afinal, não atrelam a responsabilidade à violação de direitos subjetivos. Cees van Dam (op. cit., p. 171) trata da questão com ironia, advertindo que os advogados franceses ergueriam suas sobrancelhas ao lerem sobre danos puramente econômicos, já que tal tópico não existe no direito francês, que autoriza a compensação do dano econômico tanto quanto outros tipos de danos.

71 Segundo Dannemann (op. cit., p. 55), o modelo alemão é mais refratário ao reconhecimento da responsabilidade civil por mero dano econômico (*reiner Vermögensschaden*), no que se distancia do modelo francês e se aproxima do anglo-saxão. Ao mesmo tempo, sistemas baseados em cláusulas gerais, como o francês, têm maiores dificuldades para justificar porque em certos casos não deve o réu ser responsável por puros prejuízos econômicos. Para Cees van Dam (op. cit., p. 170), o direito francês é aquele que tem uma abordagem mais aberta sobre esta questão, aparentemente autorizando a compensação por puras perdas econômicas.

72 Dannemann (op. cit., p. 57) mostra que as cortes justificaram a responsabilidade civil pelos puros danos econômicos ampliando o rol de direitos absolutos, tal como ocorreu com a criação do dever de estabelecer e exercer determinada atividade empresarial (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*), para o fim de justificar a responsabilidade em casos em que o autor teve que suspender provisoriamente suas atividades depois que os réus tomaram ações legais contra eles, de forma negligente e injustificável. Todavia, o próprio Dannemann (op. cit., p. 61) reconhece que a norma do § 826 do BGB possibilita a cobrança dos danos meramente econômicos. No mesmo sentido, encontra-se Christian von Bar (op. cit., p. 53), para quem as cortes alemãs geralmente tendem a proteger os interesses puramente econômicos atenuando as exigências subjetivas do § 826 do BGB, especialmente a relativa à intenção.

Por outro lado, a abertura do modelo francês não levou à ampliação desmedida da responsabilidade civil, já que a distinção entre danos ressarcíveis e meras perdas foi realizada por meio de filtros desenvolvidos jurisprudencialmente como o nexa causal e o dano certo e direto<sup>73</sup>. Ressalta-se que o nexa causal é considerado também importante mecanismo de controle do modelo anglo-saxão<sup>74</sup>.

### 3.4 A reprovabilidade da conduta: a culpa em sua feição normativa

Um ponto no qual se observa a ampla convergência dos modelos diz respeito à concepção de culpa sob o viés objetivo ou normativo, ou seja, como um fato social, revelador de que o agente descumpriu um dever jurídico quando poderia ter agido de forma diferente<sup>75</sup>.

Tal fenômeno de “objetivação” ou “normatização” da culpa ocorreu mesmo na França<sup>76</sup>, motivo pelo qual se pode afirmar que, na atualidade, é uma tendência geral do direito ocidental a de avaliação da culpa a partir de um critério abstrato de diligência<sup>77</sup>. Logo, a análise da reprovabilidade da conduta desloca-se dos parâmetros da previsibilidade, cognoscibilidade e evitabilidade

- 73 Segundo Cees van Dam (op. cit., p. 115 e 170), os sistemas conceitualísticos desenvolvem tais restrições pela via jurisprudencial e, no caso francês, o principal mecanismo de controle para prevenir responsabilidade infinita não é nem a *faute* nem o dano (*dommage*), mas sim o nexa causal (*lien de causalité*), embora os dois primeiros sejam igualmente importantes. Christian von Bar (op. cit., p. 32) afirma que, na França, um dos filtros de responsabilidade é o caráter certo e direto do dano.
- 74 Deakin, Johnston e Markesinis (2008, p. 116) ensinam que uma das formas de controlar e confinar a responsabilidade civil no modelo inglês é o nexa causal. Daí as referências a causas remotas, causas jurídicas, dentre outras.
- 75 Segundo Wagner (2006, p. 1024), um exame superficial da maioria dos sistemas jurídicos europeus mostra que uma concepção objetiva do *standard of care*, defendida pelos alemães desde a Pandectística, domina na atualidade todos os lugares.
- 76 Com efeito, esclarecem Cees van Dam (2006, p. 47) e Wagner (2006, p. 1.024) que, também na França, a culpa deixou de ter um conteúdo moral, passando a ser um conceito social.
- 77 Essa tendência é hoje verificada em todo o direito europeu, como se verifica na lição de Christian von Bar (2005, p. 262): “Despite some marginal deviations, modern European delict law unanimously agrees on the fact that it is not the ‘fault’ (which due to its very nature cannot be determined ‘abstractly’) which bears the liability, but rather the deviation from the standard of care which should have been applied in the case”. Zweigert e Kötz (1995, p. 318-319) defendem o mesmo entendimento, afirmando que todos os sistemas estudados convergem, em princípio, para o fato de que a responsabilidade do autor do dano deve ser decorrência da violação da diligência requerida nas relações sociais, ou como comportamento diverso daquele que deveria ser cumprido por um *homme avise* ou um *reasonable man*. No mesmo sentido, Maria Elisabete Ramos (2002, p. 210), ao afirmar que “hoje parece imperar a compreensão normativa da culpa”, que “traduz uma degradação da conduta do agente perante um modelo abstracto imposto por uma regra, sendo este desvio que justifica a imputação do comportamento ao lesante”. Dentre os autores que defendem a ideia de culpa normativa, encontram-se Diez-Picazo e Gullón (2004, p. 542), Massimo Bianca (1994, p. 575), Perlingieri e Corsaro (2003, p. 615), Ponzanelli (1992, p. 85-86) e Antonio Janarelli (2004, p. 603-604). Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 67-69) cita vários autores que adotam noções semelhantes de culpa, dentre os quais se encontram Savatier, Planiol, Ripert, Colin, Capitant, Boulanger, Starck, Henri de Page, Santos Briz, Eismein e Alvinio Lima.



para a própria omissão do comportamento devido<sup>78</sup>, juízo para o qual interferirão a probabilidade e a gravidade do dano, bem como os custos para preveni-lo<sup>79</sup>.

Obviamente, tal abordagem não se confunde com a responsabilidade objetiva, pois a chamada “culpa normativa” continua vinculada ao pressuposto da ilicitude ou da reprovabilidade do ato; o que muda é o parâmetro para a aferição da ilicitude, que procura sair do “psicologismo”, em busca da averiguação dos padrões de conduta socialmente exigíveis dos agentes, ainda que em face de suas circunstâncias específicas<sup>80</sup>.

Obviamente que tal mudança facilita a questão da prova da culpa pois, como ensina Massimo Bianca (1994, p. 581), a reprovabilidade da conduta deixa de depender de aspectos psicológicos complexos, passando a ser constatada a partir do cotejo da conduta observada com padrões objetivos.

### 3.5 *O nexa causal como juízo valorativo de imputação*

É indiscutível que existem algumas diferenças de abordagem do nexa causal conforme o modelo de responsabilidade. Basta lembrar que os alemães o concebem mais sob perspectiva teórica enquanto os ingleses o analisam sob perspectiva pragmática e vinculada ao bom-senso<sup>81</sup>.

- 
- 78 Guido Alpa e Mario Bessone (2001, p. 243-251) destacam as diferenças entre as duas correntes fundamentais sobre a culpa: uma que concebe a culpa como um fato exclusivamente psicológico, realçando o aspecto da representação do evento danoso, e outra que concebe a culpa como a simples transgressão da norma. Enquanto a primeira tem como caracteres de identificação a previsibilidade, a cognoscibilidade e a evitabilidade do dano, a segunda tem como ênfase a omissão do conteúdo devido. Daí porque alguns autores falam da noção de culpa “objetiva”, o que leva a comparar a conduta do agente com parâmetros como os do bom pai de família ou a diligência exigível no tráfico social.
- 79 Segundo Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 224), as três variáveis – (i) probabilidade do dano, (ii) a gravidade do dano e (iii) os custos para a prevenção – são consideradas eficientes do ponto de vista da análise econômica, pois estabelecem um *standard* ótimo de cuidado para se evitar acidentes, partindo do princípio de que a sociedade deve tolerar certos níveis de acidentes quando os custos para os evitar superam os ganhos.
- 80 Wagner (2006, p. 1.027-1.028) adverte que tal concepção não implica a total desconsideração de aspectos subjetivos, citando o exemplo da Alemanha, onde as características pessoais são levadas em consideração por diversos meios. Alega o autor que há certo consenso entre os países europeus de que a informação média, a inteligência e as habilidades do agente devem ser consideradas na análise do *duty of care*. Em sentido próximo, Giovanna Visintini (2005, p. 52-53) ensina que aspectos subjetivos continuam sendo importantes – tais como as condições físicas, psicológicas, culturais e sociais do autor do ilícito – embora de forma mais restrita.
- 81 Segundo Dannemann (op. cit., p. 64), não há diferenças fundamentais entre o direito alemão e o inglês no que se refere ao nexa causal, mesmo sendo dito que a Europa continental tende a ver o nexa causal como uma questão de lógica, enquanto que o direito inglês vê tal questão como uma questão de bom-senso. Em sentido próximo, Markesinis e Unberath (op. cit., p. 112) destacam que a abordagem alemã é mais teórica e a inglesa mais pragmática, mas os resultados de ambas são próximos, já que a teoria da causalidade adequada, tão em voga na Alemanha, tem resultados próximos da *foreseeability theory* utilizada no direito inglês.

Todavia, os modelos acabam convergindo em relação aos resultados obtidos, na medida em que concebem o nexa causal cada vez mais como uma questão valorativa e não propriamente fática<sup>82</sup>.

Tal postura se reflete igualmente na questão da prova, para a qual se utilizam recursos como a regra do *res ipsa loquitur* (quando os fatos falam por si)<sup>83</sup> e as presunções, que são vastamente invocadas para distribuir o ônus da prova de forma mais equitativa, especialmente se houver grande desigualdade entre as partes<sup>84</sup>. Isso é facilmente perceptível na Itália, onde as presunções são formas de se dispensar a prova do nexa causal diante da regularidade estatística de determinados eventos<sup>85</sup>.

#### 4 – PRESSUPOSTOS E FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ATUALIDADE

O exame da evolução dos três modelos de responsabilidade mostra como a responsabilidade civil vem se tornando instrumento flexível para a proteção não apenas de direitos absolutos, mas também de direitos relativos, de situações jurídicas e de interesses legítimos dos mais variados<sup>86</sup>.

- 
- 82 É o que sustenta Christian von Bar (op. cit., p. 438): “Under the doctrine of legal causation or attribution, this is no longer a scientific problem but a question to be answered by evaluation”. Logo depois, adverte o autor (op. cit., p. 440) que “even factual causation is in truth legal evaluation”.
- 83 A importância da regra do *res ipsa loquitur* no direito anglo-saxão é ressaltada por van Dam (2006, p. 262), na medida em que afasta o ônus da prova que pesa sobre a vítima sempre que os fatos falam por si. Deakin, Johnston e Markesinis (2008, p. 241) ensinam que, embora caiba ao autor da ação de indenização a prova do dano e do nexa causal com base em um balanço de probabilidades, isso seria afastado quando os fatos falam por si.
- 84 Maddalena Rabitti (2004, p. 124-127) ensina que a jurisprudência italiana utiliza-se amplamente de presunções, especialmente para tutelar os interesses gerais da coletividade, realizar uma equilibrada distribuição do risco, tutelar um contraente mais débil ou mesmo para conter gastos. Segundo a autora, a importância das presunções no quadro probatório é tão significativa que viria sistematicamente invertendo o ônus da prova, determinando uma repartição do ônus bem diversa da estabilidade prevista na lei.
- 85 Perlingieri e Corsano (2003, p. 623) mencionam, com base na experiência italiana, que o nexa causal é muitas vezes afirmado com base nas regras da experiência comum, fundadas sobre a regularidade estatística de determinados eventos.
- 86 De acordo com Alpa e Bessone (2001, p. 7), a maior consequência da ampliação dos limites da responsabilidade jurídica é a impossibilidade de identificar *a priori* todos os singulares interesses merecedores de tutela, que vão sendo alargados, para abarcar direitos subjetivos relativos, bem como expectativas e interesses legítimos. Com base na jurisprudência espanhola, Díez-Picazo e Gullón (2004, p. 545) mostram que, ao lado dos ataques a direitos subjetivos ou bens jurídicos, toda agressão a interesses legítimos justifica a responsabilização civil. Em sentido próximo, conclui Cees van Dam (2006, p. 179) que o balanço geral da evolução dos modelos inglês, francês e alemão é o de que não há uma lista limitativa de interesses protegidos, já que a responsabilidade civil pode ser empregada para tutelar qualquer interesse considerado digno de proteção em determinada sociedade. Daí o acerto da lição de Carlo Castronovo (2006, p. 103) de que a renovação da responsabilidade civil ocorre principalmente no terreno do dano.

Dessa maneira, é a noção de dano injusto que passa a circunscrever o âmbito da responsabilidade civil subjetiva<sup>87</sup> e, de certa maneira, até mesmo da objetiva<sup>88</sup>. Em decorrência, ao mesmo tempo em que a jurisprudência deve encontrar critérios para distinguir o dano indenizável das meras perdas insuscetíveis de reparação, por outro, passa a ter inúmeras possibilidades para a proteção de diversificados interesses e bens jurídicos<sup>89</sup>, bem como para a criação de novos direitos e situações subjetivas<sup>90</sup>, tal como é o caso da perda de uma chance.

- 
- 87 A noção de dano injusto é de extrema importância no direito italiano, até mesmo em razão da redação do art. 2.043 do *Código Civile*, segundo o qual “qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. Comentando o referido dispositivo, conclui Guido Alpa (2005, p. 871) que “l’espressione ‘ingiustizia del danno’ è una clausola generale; gli interpreti l’hanno intesa in vari modi”. A importância desta expressão pode ser observada no ensinamento de Perlingieri e Corsaro (2003, p. 618), segundo os quais, para ampliar a esfera dos interesses protegidos, a responsabilidade civil deve ser vista como uma reação ao dano injusto, sendo que tal injustiça define o próprio âmbito da responsabilidade. Ainda sobre o dano injusto no direito italiano, aponta Giovanna Visintini (2005, p. 426) que tal noção integra cláusula geral que remete aos juízes a valoração e a seleção dos interesses mercedores de tutela. A autora (2009, p. 97-98) também esclarece que, nesse processo, os juízes devem fazer um balanceamento ente os interesses contrapostos do ofensor (*danneggiante*) e da vítima (*danneggiato*).
- 88 Com efeito, a responsabilidade objetiva está igualmente alicerçada em aspectos relacionados à equidade e à justiça distributiva, de modo que se poderia considerar que a noção de dano injusto também é a ela aplicável, embora com um sentido distinto de reprovabilidade da conduta, que é pressuposto exclusivo da responsabilidade subjetiva.
- 89 A partir da questão da injustiça do dano, Alpa e Bessone (2001, p. 6) mostram algumas das possibilidades que vêm sendo cogitadas para a justificação da responsabilidade civil: (i) a vedação de comportamentos danosos desprovidos de causa de justificação prevista na lei (Schlesinger), (ii) o princípio da solidariedade social, que proíbe a violação de interesses referentes a uma situação jurídica subjetiva, ainda que não seja expressamente tutelada pela norma (Rodotà), (iii) a lesão de bens jurídicos, atribuindo-se a tal expressão o significado mais amplo possível, a fim de compreender qualquer interesse relativo à pessoa, incluindo seus atributos morais, suas relações familiares e suas atividades econômicas (Scognamiglio) e (iv) a tutela de situações prejudiciais a um sujeito causadas por efeito da atividade de outro (Spinelli).
- 90 Geneviève Viney (2008, p. 91-93) aborda o papel da responsabilidade civil no surgimento ou transformação de direitos subjetivos, citando como exemplo a teoria dos direitos de personalidade, que foi imposta na França principalmente graças aos princípios da responsabilidade delitual, o mesmo ocorrendo com a concorrência desleal, o direito à informação dos consumidores no período pré-contratual e mesmo o direito à segurança corporal. Daí a sua conclusão de que a responsabilidade civil permite não apenas fazer respeitar os direitos já existentes, mas também afirmar direitos que ainda não são reconhecidos ou formulados, sendo um meio de completar, aperfeiçoar e renovar o sistema jurídico. Segundo Arianna Thiene (2006, p. 3-4), há uma tendência atual à criação de direitos novos, incluindo aí o emblemático direito à integridade do patrimônio, bem como à ampliação do que se considera dano injusto, a fim de se utilizar a responsabilidade civil como chave para a solução de todos os problemas. Carlo Castronovo (2006, p. 110) também menciona o exemplo do direito à integridade do patrimônio para justificar a indenização de danos meramente econômicos.

Mais do que isso, essa nova perspectiva admite que se considerem como injustos todos os danos não toleráveis pelo ordenamento jurídico<sup>91</sup>, possibilitando inclusive que o critério de averiguação da injustiça seja unicamente a conduta do ofensor<sup>92</sup>.

Nesse processo de expansão da responsabilidade civil, as diferenças entre os sistemas típicos (como o anglo-saxão) e atípicos (como o francês) tornam-se ainda mais atenuadas<sup>93</sup>, o que revela a aptidão da responsabilidade civil para, de uma forma geral, proteger interesses qualificados, tais como os constitucionalmente tutelados.

Quanto às funções da responsabilidade civil na atualidade, embora persista a importância da compensação<sup>94</sup>, vem ganhando destaque a função normativa ou de desestímulo, cuja dimensão social é evidente, já que ultrapassa a relação entre o causador do dano e a vítima que requer a indenização. Essa é uma das razões pelas quais não há ranço acentuadamente patrimonialista que impeça a responsabilidade civil de cumprir a função de tutelar os mais diversos interesses, inclusive os públicos.

---

91 É o que demonstra Guido Alpa (2005, p. 886): “Il principio espresso è formulato in questi termini: “uma volta stabilito che la normativa sulla responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del danno ingiusto, e che è ingiusto il danno che l’ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull’autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo, risulta superata in radice, per il venir meno del suo presupposto formale, la tesi che nega la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale lettura dell’art. 2043 c.c.”.

92 Segundo Christian von Bar (2005, p. 239), o direito da maioria dos países europeus hoje se ocupa mais com os deveres do ofensor do que com os direitos da vítima. Na mesma orientação, Arianna Thiene (2006, p. 7 e 89) explica que há hoje uma propensão da jurisprudência italiana para utilizar, na indagação sobre a injustiça do dano, critérios de valoração centrados na conduta do ofensor, de forma a se estabelecer uma relação entre a reprovabilidade da conduta e a injustiça do dano. Tal abordagem justifica que, nos casos de malícia, o prejuízo econômico da vítima seja transferido para o ofensor pois, como explica a autora (op. cit., p. 99-100), o critério da injustiça do dano é *in re ipsa* e não há necessidade de ser conexo à lesão de um interesse juridicamente protegido.

93 Após explicar as diferenças entre os sistemas típicos, nos quais os interesses singulares são expressamente tutelados pela lei, e os sistemas atípicos, assim conclui Guido Alpa (2005, p. 872): “Questa distinzione è però un po’ meccanica, l’evolvere dalla responsabilità civile registra un ampliamento dell’area del danno risarcibile nei sistemi tipici; nello stesso tempo, nei sistemi atipici la giurisprudenza seleziona gli interessi, ora sulla base di argomentazioni formali (relative allà natura giuridica di diritto assoluto, o relativo, che gli interessi hanno) ora sulla base del nesso di causalità. I due modelli tendono perciò a coincidire”.

94 Como explica Christian von Bar (2005, p. 13), a partir da análise comparada do direito europeu, “the general purpose of tort law is compensatory rather than confirmatory or punitive”.

Mesmo a função punitiva da responsabilidade civil, embora seja mais usual no direito norte-americano<sup>95</sup>, não é de todo estranha ao direito romano-germânico, que a vem utilizando principalmente nas hipóteses de danos morais e concorrência desleal<sup>96</sup>. Logo, não há óbices incontornáveis para a sua aplicação, ainda mais quando relacionada à equidade e ao enriquecimento sem justa causa.

Além das três funções já mencionadas, nota-se uma tendência geral, presente no direito comparado, de considerar a responsabilidade civil sob o enfoque do balanceamento de interesses conflitantes, da cessação do ilícito<sup>97</sup>, da proteção dos valores constitucionais<sup>98</sup> e da busca por justiça e equidade<sup>99</sup>. Este último aspecto reforça, inclusive, a importância da função punitiva da responsabilidade civil, para o fim de que a compensação seja proporcional ao grau de reprovabilidade da conduta<sup>100</sup>.

---

95 Ressalta-se a lição de Deakin, Johnston e Markesinis (2008, p. 49) sobre os múltiplos objetivos do *Tort Law*, incluindo a função afliitiva: “The aims of the law of tort have changed throughout its history: appeasement, justice, punishment, deterrence, compensation and loss-spreading can be counted amongst them. None of them has offered a complete justification for the law”.

96 Segundo Cees van Dam (2006, p. 303-305), também se encontram no direito europeu continental elementos de *punitive damages*, especialmente em casos de violação de direitos de personalidade, ainda que as quantias sejam muito menores em comparação com os Estados Unidos. É o caso da França, onde, apesar de a responsabilidade civil ter como principal finalidade a compensatória, a doutrina reconhece a ideia de pena privada especialmente na área dos danos morais. Em sentido próximo, alerta Geneviève Viney (2008a, p. 54-55) que “mesmo nos países que ignoram oficialmente a privação de lucros punitiva, ela existe de fato, sob o manto do poder soberano do juiz, particularmente quando o prejuízo invocado é difícil de avaliar, como é o caso do prejuízo moral ou em caso de concorrência desleal”.

97 Geneviève Viney (2008, p. 94-95) leciona que a cessação do ilícito é geralmente apresentada pela doutrina francesa como uma variante da reparação *in natura*. Renan Lotufo (2008, p. 508) menciona igualmente o chamado “efeito paralisante”, que teria importância especialmente no abuso de direito.

98 Merece destaque o ensinamento de Guido Alpa (2005, p. 872): “Attualmente, si propone di intendere l’espressione ingiustizia del danno con riferimento ai principi costituzionali: è danno ingiusto la lesione di qualsiasi interesse direttamente tutelato dalla Costituzione (diritto allá salute, diritto di proprietà), qualsiasi interesse espressamente tutelato dalla legge e, ancora, qualsiasi interesse che, comparato con quello del danneggiante, risulta maggiormente meritevole di tutela”. Tal orientação é visível nas hipóteses de violação à pessoa humana. Por essa razão, sustenta Perlingieri (2008, p. 678-679) que diante do “processo de erosão do direito subjetivo como critério de seleção dos danos ressarcíveis em razão de um fato ilícito”, a ressarcibilidade dos danos deve estar associada ao valor da pessoa humana e dos interesses legítimos a ela relacionados.

99 Ver nota de rodapé nº 61.

100 Geneviève Viney (2008, p. 87) considera que os maiores obstáculos à função dissuasiva da responsabilidade civil são a generalização dos seguros e também o princípio da reparação integral, assim se posicionando sobre este último: “En outre, le principe de la “réparation intégrale” empêche, au moins théoriquement, d’établir une correspondance quelconque entre la gravité de l’acte censure et celle de la condamnation, de telle sorte qu’une maladresse insignifiante peut entraîner une responsabilité extrêmement lourde tandis qu’une faute grave manifestant une nocivité réelle peut rester sans conséquences civiles appréciables si le dommage est peu important. À ces deux points de vue, la responsabilité civile paraît donc moins bien armée que la responsabilité pénale pour assurer une dissuasion efficace (...)”.

Não é sem motivo que mesmo princípios constitucionais podem ser tutelados pela responsabilidade civil, especialmente por meio da vedação ao abuso de direito. Logo, a violação dolosa ou culposa de princípios constitucionais pode ser considerada ato ilícito, inclusive para o fim de determinar o ressarcimento dos danos a partir daí apurados<sup>101</sup>.

Por outro lado, a valorização da responsabilidade civil como instrumento de justiça comutativa reabre a discussão sobre (i) a sua função punitiva, ao menos para fim de propiciar, além da mera compensação da vítima, a anulação de todos os ganhos do ofensor<sup>102</sup> e (ii) o nexa causal, que passa a ser visto cada vez mais como uma questão valorativa<sup>103</sup>, que diz respeito essencialmente à

- 
- 101 Arianna Thiene (2006, p. 120-126) cita interessante caso julgado pela Suprema Corte italiana em que, diante da prática de cartel, o tribunal entendeu que os consumidores teriam direito à diferença entre o preço pago e o preço que seria devido caso houvesse livre concorrência. Nessa hipótese, a Suprema Corte fundou a ação ressarcitória dos consumidores na cláusula geral de responsabilidade prevista no art. 2.043 do *Codice Civile*. Adverte a autora que a existência de eventual direito aí seria improvável, pois diria respeito ao direito à integridade do patrimônio ou ao direito do consumidor à correção, transparência e equidade nas relações contratuais. Entretanto, a Suprema Corte aderiu à interpretação extensiva de que, diante da natureza pluriofensiva do ilícito antitruste, haveria legitimação para agir não apenas em relação aos concorrentes mas também aos destinatários finais de produtos e serviços, que têm igualmente interesse no regime de livre concorrência.
- 102 Este aspecto é bem ressaltado por Ponzanelli (1992, p. 101-102), ao mostrar que há posição da doutrina norte-americana (Epstein, Robert Fletcher, Ernest Weinrib e Jules Coleman) segundo a qual a função reparatória da responsabilidade civil deveria ter papel secundário diante de aspectos de justiça comutativa, o que exigiria a anulação dos ganhos errados e também das perdas. Sobre o tema, vale ressaltar o interessante estudo de Paula Lourenço (2006) no qual, mesmo sob a perspectiva do direito romano-germânico, conclui sobre a idoneidade da função punitiva da responsabilidade civil, inclusive para o fim de absorver o escopo da pena privada. Dentre as hipóteses de aplicação da função punitiva, destaca-se precisamente a de anulação dos ganhos do ofensor já que, segundo a autora (op. cit., p. 373), seria insustentável que alguém violasse o direito de outrem e ainda lucrasse com isso. Destaca-se, ainda, a lição de Renan Lotufo (2004, p. 496-497), ao afirmar, sobre o ilícito, que “não interessa só o ressarcimento da vítima, mas prepondera tal ótica, que começou a sofrer abalos maiores justamente em razão do denominado dano moral e dos princípios da eticidade e da socialidade, que permitem sancionar com finalidade social, como se vê do parágrafo único do art. 883”.
- 103 É o que sustenta Christian von Bar (2005, p. 438), com base na experiência do direito europeu: “Under the doctrine of legal causation or attribution, this is no longer a scientific problem but a question to be answered by evaluation”. Logo depois, adverte o autor (op. cit., p. 440) que “even factual causation is in truth legal evaluation”. Segundo Galgano (2004, p. 371-372), é claro que o nexa causal não tem uma conotação apenas naturalística, mas principalmente jurídica, no sentido de que o evento danoso deve aparecer, segundo a experiência comum, como consequência imediata e direta do ato ilícito. Daí a adoção do critério da regularidade estatística, em razão do qual um determinado fato é considerado juridicamente como causa de um evento se, com base em um juízo de probabilidade *ex ante*, possa aparecer como consequência previsível e evitável deste fato.

identificação dos danos que podem ser imputáveis a alguém, de acordo com padrões de justiça e equidade<sup>104</sup>.

Daí a acertada conclusão de Ponzanelli (1992, p. 102) de que o sistema de responsabilidade civil deve assegurar não apenas a compensação e a dissuasão, mas também a repartição interna de custos, a distribuição das perdas e aspectos de punição e de justiça.

Entretanto, observa-se, no direito comparado, a preocupação comum de que a expansão da responsabilidade civil seja cautelosa, a fim de diferenciar, com um mínimo de racionalidade, os danos das perdas insuscetíveis de reparação<sup>105</sup>.

## 5 – CONCLUSÃO

O exame dos três modelos de responsabilidade mostrou não existir, na atualidade, diferenças insuperáveis entre os mesmos<sup>106</sup>, motivo pelo qual hoje já se fala inclusive em um *European Tort Law*<sup>107</sup>. Em 2005, o *European Group of Tort Law* apresentou os *Principles of European Tort Law*<sup>108</sup>, que correspondem à consolidação dos aspectos comuns da responsabilidade civil na Europa, mesclando aspectos interessantes dos três modelos.

Tanto é assim que os *Principles* fazem expressa referência à *faute*, ao mesmo tempo em que consideram dano a violação de interesses juridicamente protegidos, embora esta última expressão seja utilizada em sentido amplo, de

104 Segundo Zweigert e Kötz (1995, p. 301-302 e 316), isso ocorre claramente no direito norte-americano, no qual a análise do chamado nexa causal envolve critérios como oportunidade, equidade, certeza do direito e justiça social, motivo pelo qual o ponto crucial da responsabilidade por ato ilícito consiste em definir, dentre os inúmeros eventos danosos, quais devem ser transferidos do ofendido para o autor do dano, conforme a ideia de justiça e de equidade dominante na sociedade. Mesmo no direito europeu continental, Carbonnier (2004, p. 2.282-2.283) mostra que a causalidade não é uma simples coincidência temporal ou espacial, nem de meros critérios lógicos, mas problema resolvido pela jurisprudência empiricamente, por meio de uma noção de causalidade mais moral do que material.

105 Daí a advertência de Christian von Bar (op. cit., p. 29): “The problem we are left with is how to develop a sensible legal method of defining what can still be regarded as damage and what should be considered as mere loss”. Em sentido semelhante, destaca Cees van Dam (2006, p. 115): “The scope of application of fault liability needs to be limited since it is undesirable that each kind of loss or harm and each kind of harmful negligent conduct can give rise to liability”. Destaca-se ainda conclusão de Anderson Schreiber (2009, p. 115) de que “hoje, juristas italianos e brasileiros, alemães e franceses, americanos e ingleses, juristas, enfim, de ordenamentos típicos e atípicos defrontam-se com o mesmo problema fundamental: o de identificar critérios e métodos aptos a promover, sobretudo em matéria de dano não patrimonial, a seleção dos interesses merecedores de tutela”.

106 É a conclusão a que chega, dentre outros autores, Christian von Bar (op. cit., p. 52).

107 Dentre os autores que se referem a este direito comum europeu dos *torts* estão Christian von Bar (op. cit.) e Cees van Dam (op. cit.).

108 O texto completo pode ser encontrado no *site* <http://www.egt.org/Principles/text.htm>.

forma a abarcar até mesmo os danos meramente econômicos, ainda que, no tocante a estes últimos, com várias restrições<sup>109</sup>.

Dentre os fatores que justificam a aproximação entre os modelos está a preocupação comum de encontrar a justa medida para a expansão controlável da responsabilidade civil, o que faz com que se utilizem de categorias próximas, como a culpa em seu sentido normativo e o nexo causal como um juízo de imputação.

Outra importante razão da similitude entre os modelos diz respeito à tendência atual de se transformar a responsabilidade civil em instrumento flexível para a proteção não apenas de direitos absolutos, mas também de direitos relativos, de situações jurídicas e de interesses legítimos dos mais variados, a serem identificados de acordo com as circunstâncias e as modificações sociais e também em razão dos valores constitucionais e dos ditames da justiça<sup>110</sup>.

Afinal, partindo-se do princípio de que a responsabilidade civil deve oferecer respostas para o problema do dano injusto, por meio do devido balanceamento de interesses envolvidos, a perquirição sobre o critério da “injustiça do dano” abre inúmeras possibilidades para a proteção de interesses e bens jurídicos, para a criação de novos direitos e situações jurídicas, bem como para se deslocar o critério de averiguação da injustiça do dano para a conduta do ofensor.

Paralelamente a este processo, aumenta-se o risco de que a responsabilidade civil transforme-se em indesejável panaceia, motivo pelo qual é necessário que se dê a devida atenção aos filtros e controles desenvolvidos pelos três modelos e que, apesar de distintos, chegaram a resultados muito semelhantes.

---

109 Com efeito, a influência do modelo francês pode ser vista no art. 1:101 (2) “a”, que assim define a hipótese de responsabilidade subjetiva: “Damage may be attributed in particular to the person whose conduct constituting fault has caused it”. Já a influência do modelo alemão pode ser notada no art. 2: 101 segundo o qual “damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest”. Todavia, logo depois, esclarece o art. 2: 102 (4) que “protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim”.

110 Segundo Maiorca (1990, p. 487-493), além do modelo tradicional de responsabilidade, assentado na violação de direitos subjetivos ou interesses juridicamente protegidos, há modelo intermediário, para o qual a reparação do ilícito seria justificada por exigências da equidade ou por motivos sociais ou políticos, bem como o que o autor chama de “modelo do futuro”, que não diz respeito à técnica de seleção de interesses merecedores de tutela, mas concebe o ilícito a partir da injustiça do dano causado, o que seria aferido essencialmente pelas circunstâncias nas quais consiste o evento danoso.



Com efeito, a *faute* francesa, principalmente aliada aos parâmetros nexo causal e do dano direto, o *duty of care* anglo-saxão e a análise alemã de antijuridicidade e culpabilidade, somados à discussão sobre os direitos e interesses juridicamente protegidos, foram e continuam sendo importantes critérios para a importante função de distinguir os danos das meras perdas insuscetíveis de reparação, evitando, dessa maneira, uma expansão injustificada e caótica dos domínios da responsabilidade civil.

### 6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: Cedam, 2005.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

ARSENAULT, Pierre. *La Responsabilité Civile Délictuelle*. Quebec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 2002.

BAR, Christian von. *The Common European Law of Torts*. Volume II. New York: Oxford University Press, 2005.

BIANCA, C. Massimo. *Direito Civile*. Volume V (*La Responsabilità*). Milano: Giuffrè, 2004.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Volume II (*Les Biens. Les Obligations*). Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

DAM, Cees van. *European Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2006.

DANNEMANN, Gerhard. *An Introduction to German Civil and Commercial Law*. Glasgow: Bell & Bain, 1993.

DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and Deakin's Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume II. Madrid: Tecnos, 2004.

EPSTEIN, Richard A. *Torts*. New York: Aspen Publishers, 1999.

EUROPEAN GROUP OF TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. <http://www.egtl.org/Principles/text.htm>. Acesso em 01.06.2009.

FROMONT, Michel. *Droit allemand des affaires. Droit des biens et des obligations. Droit commercial et du travail*. Paris: Montchrestien, 2001.

GALGANO, Francesco. *Diritto Commerciale. Le società*. Bologna: Zanichelli, 2004.

GEVURTZ, Franklin A. *Corporation Law*. St. Paul: West Group, 2000.

GORDLEY, James. *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. New York: Oxford University Press, 2006.

## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

- JANARELLI, Antonio. “Struttura dell’atto illecito”. In: BESSONE, Mario. *Lineamenti di Diritto Privato*. Torino: Giappichelli Editore, 2004.
- JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2000.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MAIORCA, Carlo. *I fondamenti della responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1990.
- MARKESINIS, Basil S; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*. Oregon: Hart Publishing, 2002.
- MARTON, G. *Les fondements de la responsabilité civile. Revision de la doctrine. Essai dun système unitaire*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: LEX, 1997.
- NUNES, Pedro Caetano. *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*. Coimbra: Almedina, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense: 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro; CORSARO, Luigi. “Responsabilità da fatto illecito”. In: PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2003.
- PONZANELLI, Giulio. *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 1992.
- RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anônimas perante os credores sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2009.
- STEIN, Peter. *I fondamenti del diritto europeo*. Milano: Giuffrè, 1995.
- THIENE, Arianna. *Nuovi Percorsi della responsabilità civile. Dalla condotta allo status*. Milano: Cedam, 2006.
- TUNC, André. “The Twentieth Century Development and Function of the Law of Torts in France”. *The International and Comparative Law Quarterly*. Volume 14, p. 1089-1103. London: The British Institute of International and Comparative Law. 1965.
- VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. Paris: L.G.D.J., 2008.
- \_\_\_\_\_. “As tendências atuais do Direito da Responsabilidade Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (Organizador). *Direito Civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008a.
- VISINTINI, Giovanna. *Cos’è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell’inadempimento contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

\_\_\_\_\_. *Tratato breve della Responsabilità Civile*. Padova: Cedam, 2005.

WAGNER, Gerhard. “Comparative Tort Law”. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2006.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. “La responsabilità civile”. In: ALPA, Guido e outros. *Diritto Privato Comparato*. Roma: Editori Laterza, 2005.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Volume II. Tradução de Estella Cigna. Milano: Giuffrè, 1995.