Nelson Rosenvald
Felipe Braga Netto



RESPONSABILIDADE CIVIL

TEORIA GERAL

3ª EDIÇÃO

revista,
atualizada,
e ampliada

2027

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo VII

PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – TEORIA SUBJETIVA

1. INTRODUÇÃO

1.1 Acepções e âmbito da responsabilidade civil

> *"É boa política deixar as perdas ficarem onde se registram, exceto quando se demonstre haver uma razão especial para interferir" (Oliver Wendell Holmes).*

A responsabilidade civil extracontratual (ou extraobrigacional) pode ser conceituada como a obrigação de compensar um dano causado a outrem, seja por um ilícito, pelo risco de uma atividade, ou por outro nexo de imputação atribuível ao autor do dano ou a um terceiro a ele ligado.

Qualquer definição de responsabilidade extracontratual inclui três fatores: primeiro, no lado da vítima, um dano tido como merecedor de tutela; segundo, do lado do ofensor, um específico nexo de imputação que atribua a perda da vítima à sua conduta; terceiro, um nexo causal entre o risco ou o comportamento pelo qual o ofensor é responsável.

Ao longo dos séculos XX e XXI os institutos da responsabilidade extracontratual sofreram fundamentais alterações doutrinais e funcionais, destacadamente em três aspectos: a) a responsabilidade foi significativamente ampliada para abranger as consequências indiretas das ações e omissões: b) o princípio da culpa, pelo qual não poderia haver responsabilidade sem no mínimo um comportamento negligente, hoje é apenas um dentre os fatores de atribuição de responsabilidade; c) a responsabilidade civil do direito privado é paulatinamente integrada por um complexo sistema de seguridade social e seguro privado. Estes sistemas interagem ou até mesmo superam a tradicional responsabilidade dos particulares.[1]

1. JANSEN, Nils. *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law.* Editado por Jurgen Basedow, Klaus J. Hopt e Reinhard Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2012. v. II, p. 1038.

No Capítulo V tivemos a oportunidade de minudenciar que a responsabilidade civil detém três funções, cada qual contando com os seus pressupostos. Porém, ao adentrarmos no vasto campo das teorias subjetiva e objetiva, passamos à fase de verticalização do estudo da função reparatória da responsabilidade, que é a espinha dorsal do Código Civil e o eixo desse modelo jurídico nos dois últimos séculos. Assim, nos próximos capítulos nos distanciaremos de suas finalidades punitiva e precaucional, que apenas serão lateralmente abordadas. Sabemos que o conceito de responsabilidade civil na modernidade líquida é cambiante e assume formatos distintos conforme as múltiplas exigências de um ordenamento jurídico vocacionado à proteção e promoção do ser humano. Todavia, ao concentrarmos os nossos esforços na apreensão de conceitos como ato ilícito, culpa, abuso do direito, dano e nexo causal, estaremos precipuamente relacionando-os a uma específica função da responsabilidade civil, qual seja, a de reequilibrar o patrimônio da vítima, transferindo os danos ao agente.

Outrossim, diz-se responsabilidade civil em *sentido estrito*, pois esta obra se dedica ao exame da temática do regime geral da responsabilidade civil *extranegocial*, ou seja, da obrigação de reparar danos em que não exista uma prévia relação jurídica obrigacional entre a vítima e o causador do dano. Na responsabilidade extranegocial, o dano decorre da violação ao *neminem laedere* (não lesar ninguém), um dever geral de cuidado imposto em caráter *erga omnes* que impõe a todos os membros da sociedade a necessidade de se conduzir de forma a não violar bens alheios ou a órbita pessoal de uma ou várias pessoas, sejam esses interesses coletivos ou difusos. Quer dizer, do ato lesivo a direitos absolutos – compreendendo situações jurídicas patrimoniais (direitos reais) ou existenciais (direitos da personalidade) – emana a responsabilidade civil extranegocial.

Em sentido diverso, em face do descumprimento de um dever jurídico qualificado pela preexistência de uma relação obrigacional, vale dizer, o inadimplemento de uma prestação ou dever anexo decorrente de negócios jurídicos bilaterais ou unilaterais, surge o regime especial da responsabilidade negocial , seja pela mora, inadimplemento absoluto, ou violação de deveres emanados da boa-fé objetiva, cujos efeitos poderão englobar as perdas e danos, juros, cláusula penal e arras.

Nessa acepção bipartida da responsabilidade civil, não se perca de vista ser o inadimplemento obrigacional no âmbito de um negócio jurídico um "*ilícito relativo*" – ao contrário do "*ilícito absoluto*", consubstanciado pela violação do *neminem laedere* –, no sentido de que há uma transgressão a um preceito concebido pela autonomia privada. A despeito da consideração sobre a natureza reparatória do inadimplemento pela via das perdas e danos (art. 402, CC), quando nos referimos à cláusula penal compensatória e às arras compensatórias, aludimos a dois modelos jurídicos em que se convencionam consequências patrimoniais a uma violação prestacional, independentemente da configuração de danos. Destarte, o ilícito civil pode decorrer da transgressão de um dever jurídico originado de

duas diferentes fontes: (*i)* pode resultar de um dever proveniente diretamente do sistema jurídico, seja de normas-regras ou de normas-princípios; (*ii)* pode, ainda, resultar de um dever emanado da própria vontade individual manifestada em negócio jurídico. Fixando: embora produza, fundamentalmente, os mesmos efeitos, o ilícito civil extracontratual deflui da violação a um dever jurídico imposto pela lei, enquanto o ilícito civil contratual decorre da afronta a uma obrigação estipulada em sede negocial (contratual). Também sob o aspecto probatório os regimes não se identificam: na responsabilidade negocial, a exigência e a distribuição da prova da culpa dependerão da natureza do dever violado e da estrutura da obrigação, enquanto, na responsabilidade aquiliana subjetiva, incumbe, em regra, à vítima demonstrar a culpa do ofensor.[2]

Nessa senda, o próprio legislador cuidou de destacar dois regimes de responsabilidade civil: (a) nos arts. 389 a 420 do Código Civil afere o "inadimplemento das obrigações", vale dizer, a inobservância por uma das partes de qualquer dever emanado do processo obrigacional, em sua concepção complexa, como conjunto de direitos e deveres, ônus e sujeições emanado de uma relação constituída por dois polos colaborativos e polarizada ao adimplemento; (b) nos arts. 927 a 954 do Código Civil dá-se a regulamentação da responsabilidade civil extranegocial, doravante simplesmente designada como "responsabilidade civil", tendo como principais espécies as responsabilidades subjetiva e objetiva, cujos pressupostos serão a seguir minudenciados.

Mesmo para o direito alemão, que compreende o vocábulo *Haftung* como responsabilidade em um binômio com o débito – uma fase sucessiva da obrigação na qual o patrimônio do devedor inadimplente se sujeita à execução –, o termo é igualmente compreendido no sentido da responsabilidade pessoal por danos.

O problema central da responsabilidade civil consiste em estipular em que condições deve alguém ser chamado a indenizar por um dano sofrido por outrem. A decisão sobre essa questão depende de uma valoração de interesses fundamentais em jogo: de um lado, a proteção dos bens jurídicos do lesado e, por outro lado, a tutela da liberdade de atuação do lesante. Só há lugar ao ressarcimento do dano quando, à luz das concepções ético-jurídicas dominantes em cada sociedade, ele exceda os riscos normais da vida social. A reparação de todos os

2. Bem esclarece FERNANDO NORONHA que em sentido *lato*, a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos, sendo equivocado, todavia, tomar a dicotomia responsabilidade negocial/extranegocial pelos pares contratual/extracontratual, pelo risco de se ignorar a existência de obrigações nascidas de negócios jurídicos unilaterais cuja existência e validade se aperfeiçoam fora do contrato, mediante a manifestação de vontade de apenas uma das partes, sem que seus efeitos se submetam ao regime da responsabilidade civil em sentido *stricto sensu*, como uma promessa pública de recompensa ou a subscrição de títulos de crédito. O eventual descumprimento dessas obrigações extracontratuais se subsume ao regime da responsabilidade civil negocial. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 432.

prejuízos econômicos ocorridos no contato social – independentemente de uma relação especial entre o lesante e o lesado poderia tornar inviáveis muitas atividades socialmente úteis.[3]

O protagonismo do modelo compensatório não é uma exclusividade das jurisdições da *civil law*. Nos países que compõem a *common law*, o "princípio do dano" de JOHN STUART MILL sempre foi uma das mais vigorosas defesas epistemológicas da liberdade: "o único propósito pelo qual o poder será exercitado contra um membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade será o de evitar um dano para outros". Ou seja, o Estado só pode interferir nessa liberdade contra a vontade do indivíduo para impedir que ele cause dano a terceiros.[4]

Na medida em que critérios de utilidade social presidem o regime de imputação de danos, não se pode entronizar o brocardo latino *alterum non laedere*. Inegavelmente o princípio da segurança jurídica impulsiona a interação comunitária, na medida em que o contato social pode ser coarctado pelo temor de violação a bens jurídicos próprios, por fatos comissivos ou omissivos praticados por terceiros.

Contudo, em linha com a tutela da liberdade individual – que reclama que determinadas condutas danosas sejam infensas à obrigação de indenizar – em regra, o patrimônio da vítima suportará todos os danos. "Let the loss lie where it falls". Isso é auto evidente, cuida-se do risco geral da vida, a que todos somos expostos. Prevalece a máxima *damnum absque injuria*, ou seja, nem todo dano constitui um interesse concretamente merecedor de tutela. Se quisermos conter a responsabilidade civil dentro de limites razoáveis, antes de indagarmos pela reparação integral, cumpre afirmar a relevância do princípio *casum sentit dominus*, exigindo uma razão convincente para que se afirme uma transferência de danos da vítima para o demandado, na medida em que não exista um argumento moral de uma "compensação universal", que possa compelir alguém a compensar qualquer pessoa por qualquer prejuízo.[5]

3. VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado.* Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017. v. II, p. 396. "Paradoxalmente, quanto maior a liberdade econômica, maior tende a ser o número de situações em que se pode infligir danos a outrem; e maiores são também a claim consciousness e a pressão no sentido do "rebentamento dos diques" da responsabilidade. Esta é uma das razões pelas quais o direito da responsabilidade civil se acha particularmente desenvolvido nos países que adotaram uma economia de mercado. No mesmo sentido, opera uma intolerância ao dano (em particular o não patrimonial), o que reflete uma específica cultura da responsabilidade civil", p. 397.

4. MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2016. p. 8.

5. KOCH, Bernard. Why tort law seems to fail sometimes? In: KOZIOL, Helmut; MAGNUS Ulrich; VERLAG Jan Sramek. *Essays in honour of Jaap Spier.* Vienna: Jan Sramek Verlag, 2016. p. 157.

1.2 Sistemas de responsabilidade civil

1.2.1 Noções gerais

Ao longo deste (longo) capítulo compreenderemos os pressupostos da responsabilidade civil em sentido estrito, dita extranegocial ou, simplesmente, responsabilidade civil, em seu paradigma clássico, ou seja, compensatório.

Porém, há uma premissa indispensável para o início da pesquisa. De qual responsabilidade civil estamos tratando? Ou melhor dizendo, quais são os fatos ilícitos indutores de responsabilidade no direito civil brasileiro.

Para tanto, precisamos investigar três ordens de sistemas: a) o da tipicidade dos fatos geradores de responsabilidade; b) o da cláusula geral de responsabilidade; c) e o(s) sistema(s) intermediário(s). Cada qual realiza uma distinta ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da liberdade individual, conforme as suas concepções de justiça, organização econômica e, evidentemente, desenvolvimento legislativo e jurisprudencial.

Apesar das distinções, há uma raiz comum. Em uma breve incursão temporal, as regras gerais de responsabilidade remontam a *lex aquilia* (287/6 AC) – um plebiscito romano respeitante à responsabilidade por dano causado a coisas. As terminologias que hoje conhecemos remetem à essa origem, tais como "damage" (damnum), "unlawfulness" (injuria) e "fault/negligence" (culpa). A concepção romana do delito nem conceitualmente ou funcionalmente visava uma compensação de danos. Ao contrário, foi elaborada para propiciar uma sanção apropriada para um ilícito sofrido pela vítima. Todavia, a recepção do direito romano se fez possível para fins compensatórios pois o conceito de culpa levíssima tornou possível a reparação por danos, mesmo na ausência de um genuíno comportamento ilícito. Contudo, os desenvolvimentos subsequentes da responsabilidade civil conduziram a "trifurcação" que estudaremos na sequência.

Gaius foi o primeiro jurista romano a distinguir duas classes gerais de obrigações, *delictus* e *contractus*. Essa distinção foi provavelmente uma especificação daquela de Aristóteles, entre justiça comutativa voluntária e involuntária. Porém, Gaius não seguiu a implicação dessas definições em termos de uma busca por princípios gerais de responsabilidade civil ou contratos. Tal e qual os demais jurisconsultos romanos, ele se dedicou ao estudo de particulares tipos de ilícitos. Dois destes ilícitos se tornaram a base para o posterior direito continental: o primeiro, a ação da "lex aquilia". Ela é o ancestral remoto dos artigos 1382/3 do Código Civil Francês (1.240 e 1241 pós reforma 2016) e do 823(1) do BGB. Tais regras criaram uma responsabilidade aquiliana. Porém, havia uma segunda ordem de casos – que foram os precussores da responsabilidade objetiva – nos

quais o demandante poderia pleitear indenização, porém fora da *lex aquilia*, pois esta exigia a prova da culpa em sentido amplo.[6]

Uma característica impactante do contraste entre o *common law* e o *civil law* é a limitada recepção dos princípios romanos no direito inglês. A expressão "civil law" é utilizada para descrever as jurisdições europeias que receberam a linguagem, ideias e estruturas do direito romano pela redescoberta do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, com início na Itália no século XI, difundindo-se por todo o continente. A recepção do direito romano por doutrinadores e universidades – com o seu posterior refinamento – forjou o chamado "ius commune", ou seja, o direito comum da Europa continental. Contudo, este *revival* do direito romano não obteve o mesmo êxito na Inglaterra, onde os tribunais reais desenvolviam gradualmente o seu próprio direito – o "common law" – sem a influência acadêmica do continente.[7]

Tudo isto impacta na forma pela qual estudamos responsabilidade civil no Brasil. O "common law of torts" da Inglaterra começou com específicos típicos de ilícitos, tal e qual no direito romano. Advogados anglo-americanos aderiram ao sistema dos ilícitos fragmentados, tendendo a classificar os casos concretos com base nos tradicionais tipos de "torts", de forma a concluir se alcançam ou não as suas exigências. Enquanto isto, os acadêmicos continentais remodelaram as velhas distinções entre os vários delitos até que alcançassem um princípio geral de responsabilidade extraobrigacional.[8]

Essa divergência histórica também corresponde a diferentes modos de formação e sistematização do direito. Peter Cane caracteriza, de forma estilizada, o *common law como um law of actions*, formado originalmente a partir dos remédios, do processo e da solução de situações concretas, ao passo que a tradição continental teria se desenvolvido como um *law of the word*, apoiado na sistematização acadêmica de textos, regras e princípios. A diferença repercute no próprio modo de construção da responsabilidade civil: enquanto no modelo do *common law* o direito tende a emergir da reação judicial aos fatos dos casos, no modelo continental as categorias dogmáticas são formuladas com maior grau de abstração para posteriormente serem aplicadas às situações concretas.[9]

---

6. GORDLEY, James. *Foundations of private law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 160.
7. CARTWRIGHT, John. *Contract law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2016. p. 9. Observa o autor que "não havia uma titulação em *common law* nas universidades inglesas até o final do século XIX. A tradição era que o advogado aprendia a sua lei na prática, nos tribunais".
8. ZWEIGERT, K; KOTZ. *An introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 605. Como esclarecem os autores, deve-se a Oliver Wendell Holmes em seu livro the "common law" de 1881, a percussora iniciativa de desvelar as raízes comuns dos "torts" no sistema do *common law*.
9. CANE, Peter. In: GOUDKAMP, James; NOLAN, Donal (eds.). *Scholars of Tort Law*. Kindle Edition, p. 602-639.

Não se trata de uma competição de diferentes ordens jurídicas, entre *common law* e *civil law* aqui representadas por Inglaterra, Alemanha e França. Tal e qual enfatiza Christian Von Bar,[10] talvez a ideia de um direito privado nacional seja um anacronismo, uma repercussão do século XIX, tendo em vista que no direito comparado atual a doutrina das famílias de direito vem padecendo, pois, a delimitação entre a famílias é realizada na área do direito contratual de uma forma diferente da área do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil extracontratual. Mais do que uma comparação de codificações, em busca de uma procedência nacional, estamos mais interessados em uma procedência no tempo.

Uma perspectiva comparatista contemporânea exige, ainda, que não se restrinja a análise à arquitetura das regras substantivas. Como observam Mauro Bussani, Anthony Sebok e Marta Infantino, a responsabilidade civil também opera "à sombra" do sistema formal de adjudicação, sendo moldado por fatores como seguros, estrutura e incentivos da advocacia, custos e formas de acesso à justiça, regras processuais, cultura de litigância e percepções sociais acerca de risco. Portanto, diferenças dogmáticas entre cláusulas gerais, deveres de cuidado ou ilícitos tipificados não necessariamente se traduzem em resultados práticos igualmente distintos. A abertura ou restrição de um sistema de responsabilidade somente pode ser adequadamente compreendida quando se considera o conjunto dos mecanismos pelos quais cada ordenamento seleciona, processa, distribui e absorve os custos dos danos. Mais do que ordenar os sistemas em uma escala linear entre abertura e fechamento, parece preferível compará-los por diferentes eixos — fatores de imputação, delimitação dos sujeitos protegidos, interesses ressarcíveis, causalidade, processo e mecanismos de socialização do dano —, reconstruindo o modo pelo qual esses elementos interagem em cada experiência jurídica.[11]

1.2.2 Sistema da tipicidade dos fatos geradores de responsabilidade

Praticamente 1/3 de todas as pessoas vivem em locais onde a lei é fortemente marcada pelo "common law". Esse é o legado da Grã-Bretanha do período em que foi a maior potência colonial do mundo. A célebre expressão "common law" recolhe três significados: a) um direito comum para todos os ingleses, que no medievo substituiu o sistema de esparsas normas locais; b) um sistema fundamentalmente baseado em decisões judiciais ao invés da lei e dos costumes; c) o conjunto de países que seguem não apenas a lei inglesa substantiva e processual, mas também o seu sistema judicial, a estrutura das profissões jurídicas e o estilo de pensamento jurídico. Destaca-se o fato de que as decisões dos outros países eram

10. VON BAR, Christian. Concorrência entre as ordens jurídicas e "law made in Germany". *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXXVII, p. 441.

11. BUSSANI, Mauro; SEBOK, Anthony; INFANTINO, Marta. Common Law and Civil Law Perspectives on Tort Law. Kindle Edition, p. 1-20.

em última instância sujeitas à confirmação em Londres, o que acabou gerando uma uniformidade de longo alcance do direito, por meio da "commonwealth".[12]

Em um mundo globalizado, ainda cabe a dicotomia "common law" x "civil law"? Talvez o mais apropriado para os tempos atuais seja substituir a clássica dualidade pelo sutil contraste entre o direito inglês e as várias jurisdições da Europa continental, por duas razões: a) a expressão genérica "civil law" se refere a um número de diferentes tradições jurídicas, situadas nas famílias "romanística", "germânica" e "nórdica". Em alguns aspectos, as divergências entre as três famílias são mais significativas do que a própria polarização "civil law" x "common law"; b) as próprias jurisdições da "common law" são bastante heterogêneas. Notadamente, há uma profunda distinção estrutural entre o direito inglês e o direito norte-americano. Essa diferença é tão pronunciada, que se por um lado faz sentido cogitar de uma tradição anglo-americana no sentido histórico, qualquer insinuação sobre um direito anglo-americano é equivocada. Ilustrativamente, em sede de responsabilidade civil, nos EUA a maior parte das reparações é fruto de decisões do júri, sendo os "punitive damages" comumente aplicados. Já na Inglaterra, as indenizações são determinadas por juízes e tribunais, sendo os "exemplary damages" (nomenclatura inglesa para os "punitive damages") escassamente aplicados e, em hipóteses restritas, definidas em precedentes.[13]

Especificamente com relação ao direito inglês, alguns fatores determinam até hoje o seu peculiar estilo legal. Primeiramente, instituições especialmente características como o "trust", deveres fiduciários e a doutrina da "consideration". O princípio da liberdade contratual é venerado, havendo um forte ceticismo contra o viés funcionalista do Estado social ou mesmo da "law and economics". O coração do sistema jurídico reside na "legal certainty", que deve ser promovida mesmo que em detrimento da justiça substancial em um caso individual. A ideia da codificação nunca teve muitos adeptos, pelo ceticismo diante do método de submeter inteiras áreas do direito ao império de regras abstratas. Uma exceção foi *Jeremy Bentham*, que via os códigos como perfeito remédio para combater a tradição inglesa que ele reputava como arcaica, assistemática e inacessível ao cidadão.

Evidentemente, destaca-se o direito inglês como sendo um "judge-made law", pois por séculos a função de criação da lei era deixada aos tribunais. A ideia do direito como um sistema harmônico nunca teve prestígio na Inglaterra, pois lá

12. Dentre as Nações que formam o *common law* podemos destacar países como Austrália, Canadá (exceto o Quebec que possui um código civil e foi colônia francesa até 1763), India, Irlanda, Honk Kong, Nova Zelândia, Singapura e os estados dos EUA (com exceção da Louisiana, que possui um Código Civil e passou da França para os Estados Unidos em 1803). Destacam-se ainda as jurisdições mistas como a Escócia e África do Sul.

13. Na Inglaterra e Gales a Law Comission de 1997 intensificou o debate sobre a utilização dos exemplary damages, considerando-o um instrumento eficaz como "last resort", ou seja, quando os outros remédios fracassem por sua insuficiência ou quando o demandado descumpra a lei de forma ultrajante.

o raciocínio jurídico sempre se baseou em um procedimento indutivo ao invés de uma dedução com base em amplos princípios. Quando a prática legal e o ensino do direito são puramente empíricos, o raciocínio jurídico se move do "particular para o particular" e nunca a partir do caso particular para princípios gerais de onde a decisão daquele caso será solucionada. Um bom exemplo é a ausência de um princípio geral da boa-fé, como guia para a solução de casos individuais. Diferentemente, no direito inglês esse papel é exercido por um conjunto de doutrinas legais específicas, funcionalmente equivalentes a várias características da versão continental do princípio ("estoppel", "duty to mitigate").

De fato, *Max Weber* pontuou a enorme influência exercida pelos mais prestigiados advogados sobre o estilo legal de toda uma sociedade. Na cena inglesa, os mais notáveis causídicos nunca foram professores ou funcionários públicos, mas exclusivamente praticantes da advocacia, que não apenas desempenham atividades diárias nos tribunais, como também exercem o monopólio da educação jurídica dos jovens profissionais. Tradicionalmente, os advogados deixam de lado a teorização e se dedicam à produção de listas de contratos e ações que sejam úteis para atender às necessidades particulares dos litigantes.

E no tocante à responsabilidade civil? Em correspondência ao que no direito germânico tem-se como "lei do delito" na Inglaterra se desenvolveu "the law of torts", determinando os pressupostos da responsabilidade extracontratual. Como expressão do direito privado, emerge a responsabilidade individual pelo dano resultante de um comportamento ou atividade. Em sentido estrito, os vocábulos "delito" e "tort" designam um comportamento ilícito (*unerlaubte handlungen*). Em um sentido mais amplo e atual, incluem a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato da coisa, aproximando-se da própria etimologia francesa da palavra "tort" no sentido de algo que está "errado".

Enquanto as jurisdições do *civil law* há muito se baseiam em mais ou menos abrangentes regras gerais de responsabilidade, o *common law* originalmente consiste em um grande e fragmentado conjunto de ilícitos tipificados (*torts*), independentes uns dos outros, como o "tresspass", "negligence", "battery", "assault", "false imprisonment", "nuisance" e "defamation". Cada um destes "torts" foi desenvolvido e estudado isoladamente, em seus elementos, defesas, cada qual protegendo um interesse específico do cidadão contra uma específica forma de violação. Essa é uma inequívoca herança do direito romano, onde a responsabilidade civil foi moldada a partir da análise dos jurisconsultos sobre a concretude dos casos. As exigências da vida prática impunham obrigações de indenizar sobre hipóteses particularizadas, sem que se insinuasse em um direito tão pragmático a possibilidade de edificação de uma cláusula geral da ilicitude.

As intituladas "forms of action" consistiam nos diferentes procedimentos pelos quais uma pretensão era exercida durante grande parte da história do direito consuetudinário inglês. Dependendo do tribunal, o demandante solicitava um mandado (writ) na Chancelaria, que, em nome do Rei, determinava uma

determinada conduta ao demandado, sob pena de conduzir a um julgamento em um dos tribunais medievais de direito comum. Cada mandado implicava um conjunto diferente de procedimentos e remédios que juntos somavam a "forma de ação". Sem o mandado não haveria como acionar o réu. Daí o aforismo, "no writ, no right".

As formas de ação foram abolidas no século XIX, mas deixaram uma marca indelével no direito. No início da Idade Média, o foco estava no procedimento que era empregado para levar uma reclamação às cortes reais do *King's Bench ou Common Pleas:* era a forma de ação, não sua substância, que ocupava a discussão jurídica. Essa abordagem restritiva é uma das razões que atraíram os litigantes a peticionar diretamente ao rei, o que acabou levando ao desenvolvimento de um tribunal separado conhecido como Tribunal de Chancelaria (*chancery jurisdiction*), do qual deriva o corpo jurídico conhecido como equidade. As chamadas "courts of equity" aplicavam o direito separadamente – e paralelamente – das cortes do "common law", concedendo direitos e remédios (*remedies*) que abrandavam o rigor da estrita aplicação da lei. Esta divisão se esvaiu em 1875 e a fusão deu origem a uma única alta corte de justiça. Porém, a unificação dos tribunais não eliminou as regras do *common law* e da *equity*, que continuam a ser desenvolvidas e aplicadas nas cortes, cada vez de forma mais misturada.[14]

Portanto, o sistema dos *writs* delimitou historicamente os tipos de ilícitos determinantes da obrigação de indenizar: os *torts*. Por *tort*, entende-se um ilícito civil distinto da violação de um contrato. A maior parte do moderno sistema inglês de responsabilidade civil resultou de duas principais "forms of action": "trespass" e "action on the case". [15]A distinção entre as duas ações consiste em que nem sempre o *tort* gera obrigação de indenizar, pois a "cause of action" pode surgir sem a prova de um dano. Ilustrativamente, o "trespass of land" (nosso esbulho possessório), a reação se dá com a simples interferência, através de "injunctions",[16] que

14. Ilustrativamente, o remédio conhecido como "specific performance" (utilizado para permitir uma ordem direta contra a parte para executar uma obrigação) continua sendo visto como um "equitable remedy". Enquanto isto as indenizações (damages) são concedidas no "common law" para a violação de um contrato.

15. Atualmente existem mais de 70 conceitos de "damage" na língua inglesa, pois esse é aproximadamente o número de "torts" reconhecido no *common law*. Na raiz do "trespass" vieram três espécies que sobrevivem até hoje no direito inglês: a) "trespass to the person", dividida em (*assault, battery* e *false imprisionment*); b) "trespass to goods"; c) "trespass to land". Por outro lado, o *tort* tido como "case" não mais sobrevive, porém em sua linhagem se encontra o mais famoso tort da atualidade, conhecido como "negligence", onde o dano desempenha um papel crucial e o demandando deve ao demandante um essencial "duty of care".

16. OLIPHANT, Ken. Basic Questions of Tort Law. In: KOZIOL, Helmut (ed.). *Basic Questions of tort law from a comparative perspective*. Viena: Jan Sramek Verlag, 2015. p. 373: "Em geral, a liminar (injunction) pode ser concedida sempre que o ato ilícito tenha sido cometido, desde que haja risco de sua continuação ou repetição, mas será recusada se não houver fundamento para recear sua continuação ou repetição. Se o cometimento de um delito é antecipado, mas ainda não ocorreu, uma liminar *quia timet* pode ser concedida para impedir seu cometimento. As liminares podem ser de forma positiva ou negativa: ou tornam obrigatório que o réu execute

começaram de forma similar as ações possessórias (manutenção, reintegração e interdito proibitório), expandindo-se posteriormente para a tutela de outros bens jurídicos, como a privacidade e a reputação. Nestes casos, a violação a norma em si, já será considerada um "tort".

De qualquer forma, mesmo após a eliminação das "form of actions", remanescem as categorias criadas a partir dos precedentes vinculativos, o que definitivamente separa o *common law* de sistemas que se servem de uma cláusula geral de responsabilidade. Mesmo com a conjugação dos diferentes *torts*, fica-se aquém do regime francês. Em suma, não há na Inglaterra um direito delitual (*law of tort*), porém um direito dos delitos (*law of torts*). Um comportamento antijurídico que não conduza a um dos tipos de *torts,* não conduz à obrigação de indenizar, mesmo que constitua um ilícito criminal.[17]

Ademais, nas jurisdições do *common law* a tipicidade dos "torts" também evidenciou uma implícita preferência pela tutela de determinados interesses em detrimento de outros. Interesses na proteção da integridade física da pessoa e da propriedade mereceram a mais alta proteção. A tutela de direitos da personalidade (com exceção da reputação) e interesses puramente econômicos se colocam em um segundo plano.

Atualmente há uma clara convergência entre a "common law" e a "civil law". Ao longo do século XX o moderno common law abraça uma noção de uma responsabilidade compreensiva por negligência. Os aprimoramentos jurídicos do último quartel do século XX alteraram tanto o direito inglês como o direito europeu continental, de forma a criar uma grande convergência. O nascimento de uma doutrina jurídica, tornou o direito inglês mais acadêmico, em um ambiente em que o legislador intervém para trazer maior racionalidade as decisões dos juízes, repercutindo na "law of torts" como um sistema intelectualmente integrado por regras relacionadas. Quer dizer, cada vez mais a "law of torts" se converte realmente em uma "tort law".

Some-se a isto o fato de que por um viés instrumental – especialmente na perspectiva da *law and economics* – a responsabilidade civil se torna uma via de prevenção de acidentes. A imposição de responsabilidade incentiva uma determinação precaucional eficiente de medidas que atividades ineficientes de riscos. Nas jurisdições do *common law*, a função compensatória abre espaço para complexos sistemas de direito público e privado, como a seguridade social e seguros privados.

---

alguma ação especificada (mandatory injunction) ou o proíbem de fazê-lo (prohibitory injunction)".

17. Como anota Dário Moura Vicente, "a rigidez deste *action-minded approach* é, no entanto, atenuada pela possibilidade de a jurisprudência criar novos *torts* e alargar o âmbito dos existentes por recurso à analogia. É o que vem sucedendo sobretudo com o *tort of negligence*". VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado.* Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017. v. II. p. 400.

Por outro lado, a influência doutrinária na Europa continental é declinante e a influência do Judiciário cresce enormemente, havendo maior espaço para o método indutivo e um saudável pragmatismo para o enfrentamento de problemas reais. Assim, não é mais possível relacionar a "civil law" ao direito codificado e a "common law" com a jurisprudência: eles gradualmente se aproximam, mesmo em suas técnicas e métodos legais. A realidade das fontes legais é muito mais complexa em ambos os lados. É claro que subsistem diferenças significativas, mas o antigo ideal das diferenças irreconciliáveis em termos de mentalidades jurídicas se torna cada vez mais insustentável.

Como é sabido, o sistema norte-americano deriva do direito inglês. Portanto, nos Estados Unidos o "tort law" é fundamentalmente uma área do direito, na qual as cortes criam, desenvolvem e reformam a legislação. A partir do final do século XIX, a responsabilidade civil nos EUA seguiu seu próprio caminho através do uso das opiniões judiciais pelos tribunais como fonte de direito, mediante as "stare decisis". Enquanto as cortes "make law", elas o fazem a partir de decisões de casos individuais aplicados em casos subsequentes. Não obstante a hegemonia das cortes no desenvolvimento do *tort law*, nos últimos 50 anos as legislações estaduais criaram estatutos de responsabilidade civil para enfrentar problemas específicos de questões indenizatórias, danos morais, limites aos *punitive damages*, dentre outros temas.[18]

1.2.3 Sistema da cláusula geral de responsabilidade

O grande desafio da responsabilidade civil consiste em selecionar, dentre as inúmeras hipóteses diárias de ocorrências de danos, aquelas que são merecedoras de tutela, conforme o prevalecente senso de justiça em certo tempo de certa sociedade. Os danos dignos de proteção jurídica serão transferidos do patrimônio do ofensor para o ofendido, objetivando, na medida do possível, o reequilíbrio da posição patrimonial da vítima.

As técnicas legislativas utilizadas para esse propósito variam consideravelmente nos diversos sistemas jurídicos. Na Inglaterra progressivamente foram identificados interesses merecedores de proteção e concedidas a particulares espécies de comportamento a tipificação como *torts.* Pode-se dizer que, com raízes

18. GREEN, Michael *Basic questions of tort law from the perspective of the USA.* Wien: Jan Sramek Verlag, 2015. p. 431. Assim como o contrato e a propriedade, a disciplina do *tort law* não se encontra sob a esfera do legislador federal e sim dos diversos estados da federação dos EUA. Isso impede a sua uniformização pelo país. Ressalte-se aqui o fundamental papel do American Law Institut, que desde 1923 enfrenta a incerteza e confusão dessa heterogeneidade de diplomas, através dos conhecidos "restatements". Com esse direcionamento, é possível compreender o que reflete o raciocínio preponderante no direito norte-americano sobre compreensão da responsabilidade civil. Destaca-se o "Third restatement of torts" como uma considerável síntese do estado da arte nos EUA, com última atualização em 2020.

no direito romano, este método é o mais antigo e não foi suavizado por uma profunda alteração legislativa.

Esta técnica se coloca em rígido contraste com a solene e formal elegância da cláusula geral de responsabilidade civil do Código Civil Francês, que remonta a DOMAT e POTHIER, ainda um século antes da revolução. Sobre a influência do direito natural (que não reverberou no Direito inglês), eles extrapolaram a casuística do direito romano – adaptando-as ao "esprit du temps" – atingindo uma formula idealística que, após certo amadurecimento, desembocou no Código Napoleônico.[19]

Quase toda o conteúdo da responsabilidade civil francesa se encontra em 5 dispositivos que se mantiveram inalterados por mais de 200 anos. O primeiro destes textos é a famosa cláusula geral do artigo 1.382 (atual artigo 1.240): "Todo o fato humano que cause um dano a outrem obriga aquele por culpa de quem este tiver ocorrido a repará-lo". O enunciado é amplificado no artigo 1.383 (atual artigo 1.241): "Cada um é responsável pelo dano que houver causado não apenas por ato próprio, mas ainda por negligência ou imprudência". Vistos em conjunto, os artigos significam que o demandado será responsabilizado se intencionalmente ou negligentemente causar dano ao demandante.

Tais proposições se baseiam na ideia de que toda a responsabilidade civil se reconduz a um fundamental princípio unitário, tal como anteciparam os juristas do século XVII. Acreditando que uma ordem legal poderia ser inferida apenas pela razão, eles foram audaciosos para ir além dos delitos específicos tradicionais, buscando e formulando uma cláusula geral de responsabilidade civil, que originalmente pode ser encontrada na impactante obra de GROTIUS, *De jure belli ac pacis libri tres*, de 1625: "Por um erro, entendemos aqui toda culpa, seja por comissão ou omissão, que esteja em conflito com o que os homens devem fazer, seja por interesse comum ou por razão de uma qualidade especial. De tal culpa, se o dano tiver sido causado, pelo direito natural, surge uma obrigação, a saber, que o dano seja reparado". Este texto teve enorme impacto sobre a história da responsabilidade civil, sendo seguido por vários juristas, nomeadamente Robert Pothier, que influenciou os redatores do Código Francês.[20]

É certo que a passagem de um sistema "rule-based" para um "principle-based" exibe os seus prós e contras. O *common law* tende a independência da casuística, enquanto o sistema francês tende a coerência sistemática. A força da construção Inglesa reside na maneira cuidadosa com a qual trabalha com cada "tort" e a sua cautelosa aplicação no caso concreto. Provavelmente surgem soluções mais apropriadas, mas indubitavelmente a fragmentação dos ilícitos cria um quadro de indevida complexidade sob o viés técnico. Em contrapartida, como o

19. A formulação dos textos de responsabilidade civil no Código Francês é principalmente atribuída a Jean Domat, no trabalho seminal: *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (1689).

20. ZWEIGERT, K; KOTZ. *An introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 616.

Código Civil Francês parte de uma técnica de intencional abertura e imprecisão da cláusula geral, naturalmente é remetido ao judiciário o papel de clarificar os conceitos de culpa, dano e mesmo até hoje, ressente-se a ausência de uma clara distinção entre ilicitude e culpa, conduzindo a uma certa insegurança jurídica por um risco de alargamento indevido da responsabilidade extracontratual. Todavia, não se nega a capacidade de oxigenação das permeáveis cláusulas gerais, permitindo uma constante ductilidade e adaptabilidade para os novos influxos sociais.

O portento francês se irradiou na Europa Continental. Na Espanha o artigo 1.902 do Código Civil preconiza "Aquele que por ação ou omissão, causar dano a outrem, com culpa ou negligência, está obrigado a reparar o dano causado". Na Itália, o art. 2.043 do Código Civil dispõe que "Qualquer fato doloso ou culposo, que cause a outrem um dano injusto, obriga aquele que tiver cometido o fato a ressarcir o dano".

1.2.4 O sistema intermediário

A responsabilidade civil da Alemanha anterior ao BGB se situava no "gemeines recht" (direito comum) e apresentava a feição herdada de Roma quanto à tipicidade dos delitos, naturalmente ajustada às necessidades da época. Contudo, influenciados por uma noção puramente racional do direito, os legisladores romperam com a tradicional divisão em espécies de responsabilidade – até mesmo pela impossibilidade de cobrir todos os casos – passando a adotar, com uma certa temperança, o estilo francês. Ou seja, definiu-se uma cautelosa solução de compromisso que evitava a casuística, mas que não deu o passo crucial para a grande cláusula geral, que simplesmente esconderia as dificuldades, empoderaria os magistrados a resolvê-las e isto seria inconsistente com a visão alemã sobre o papel dos juízes. Esta opção intermediária traz também a marca do seu tempo, pois no século XIX o movimento do direito natural na Alemanha foi virtualmente paralisado pela influência de SAVIGNY e da Escola do Direito histórico. No mais, lembre-se que o BGB não foi forjado por idealistas, porém por servidores públicos e professores universitários.[21]

Ao passo que na responsabilidade civil o código francês consagra uma amplíssima cláusula geral, o legislador alemão estrutura o núcleo de seu sistema delitual em torno de três disposições fundamentais. Vale dizer, o BGB estabelece três "pequenas cláusulas gerais": a) o § 823 (1), que responsabiliza aquele que,

21. ZWEIGERT, K; KOTZ. *An introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 622. Os autores exemplificam as diferenças com o tratamento dado ao dano no direito da concorrência: "o common law opera com uma série de torts, como a fraude, malícia, conspiração, intimidação e falsidade. Enquanto isto o direito alemão tem apenas as regras do § 826, §UWG (lei contra a concorrência injusta), somada a uma regra desenvolvida pelos juízes sobre o direito ao estabelecimento de um negócio operativo. Já o direito francês conta tão somente com a regra do artigo 1.382 do Código Civil".

com dolo ou negligência, lesar ilicitamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito alheio; b) o § 823 (2), que responsabiliza quem viole uma disposição legal destinada à proteção de outrem; c) o § 826 que responsabiliza quem, dolosamente, provoque danos a alguém atentando contra os bons costumes. Em suma, o BGB tende para regras estritas e detalhadas, sem ampla margem para desenvolvimento.

O direito germânico é assim marcado por uma atitude de prudência em matéria de ressarcimento de danos causados por fatos ilícitos: estes ou atingem bens jurídicos essenciais da pessoa – a vida, a integridade física, a propriedade etc. e geram responsabilidade extracontratual ou resultam da violação de obrigações preexistentes, originando neste caso responsabilidade contratual. Em princípio, o dano patrimonial puro, a diminuição do patrimônio da vítima que não resulte da lesão de algum dos referidos bens jurídicos – quando causado por mera negligência, apenas é ressarcível se decorrer do incumprimento de obrigações ou outros deveres jurídicos emergentes de uma ligação especial.[22]

Por vezes, a responsabilidade civil na Alemanha se afeiçoa mais ao sistema inglês que o francês. A regra "casum sentit dominus" do direito romano – ou seja, a pessoa que sofre o dano deve em princípio suportá-lo" impõe que haja uma razão particular para que o dano seja transferido da vítima ao ofensor. Há aqui um acento de justiça corretiva – reforçando a bilateralidade da obrigação de indenizar – bem evidenciada na tradição inglesa e alemã. Nada obstante, a base do Código Civil Francês é o princípio do "neminem laedere", enfatizando uma abordagem unilateral orientada à vítima e sua reparação integral, sublinhando, portanto, uma noção de justiça distributiva. Ademais, os alemães tendem um raciocínio sistemático, usualmente fornecendo razões convincentes para as decisões, seja no estágio legislativo como judicial. Todavia, o legislador francês e a *cour de cassation* quase nunca oferecem razões suficientes e dificilmente alguém compreende por qual razão um caso foi decidido de uma maneira e como o próximo caso será resolvido.[23]

O sistema intermediário alemão tem no Código Civil de Portugal de 1966 um fiel discípulo. Distintamente ao § 823 (1) do BGB, o art. 483[24] não chega ao ponto de enunciar os bens jurídicos tutelados através da responsabilidade civil. Porém, afasta-se da adoção de uma cláusula geral expansiva ao gosto francês e

22. VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado.* Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017. v. II, p. 408.

23. KOZIOL, Helmut. *Basic Questions of tort law* from a comparative perspective. Viena: Jan Sramek Verlag, 2015. p. 696. Mesmo membros da mesma família linguística adotam caminhos distintos. O Código Austríaco de 1811 é um produto da era do iluminismo, filiando-se ao sistema da cláusula geral. Enquanto isto, o Código Alemão é fruto do pandectismo, baseado no direito romano.

24. Artigo 483.º (Princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

italiano. O artigo 483 enunciou as características definidoras do ato ilícito, procedendo a uma dupla delimitação deste pressuposto. Uma primeira positiva, estabelecendo duas pequenas cláusulas gerais e uma segunda negativa, exigindo a ausência de causas de justificação para que o ato seja ilícito. No que a delimitação positiva concerne, a norma não consagrou um sistema de ampla cláusula geral delitual, por meio da qual qualquer ato ilícito danoso determinaria a obrigação de indenizar, optando ao invés por acolher um modelo próximo do paradigma alemão, prevendo pequenas cláusulas gerais de responsabilidade, concretizadas nas situações de ilicitude relevantes para esse efeito. De acordo com o n. 1 da norma, duas são as modalidades de ilicitudes passíveis de fundamentar a responsabilidade civil do agente: a violação de um direito subjetivo (1. Modalidade) e a violação de normas de proteção (2. Modalidade).[25] Some-se a estas duas modalidades de ilicitude o ilícito qualificado pelo abuso do direito, *ex vi* do art. 334 do CC.

Merece registro, ainda, a recente experiência belga. A Lei de 7 de fevereiro de 2024 introduziu no novo Código Civil da Bélgica o Livro 6, especificamente dedicado à responsabilidade extracontratual, em vigor desde 1º de janeiro de 2025. Trata-se de uma das mais recentes experiências europeias de recodificação sistemática da matéria, particularmente relevante por disciplinar, em conjunto, os pressupostos da responsabilidade por culpa, causalidade, dano e hipóteses de responsabilidade objetiva.[26]

1.2.5 Onde se situa o sistema brasileiro?

Conforme o minucioso exame que se seguirá ao longo de todo o capítulo – sempre com um aceno ao direito comparado – o Código de 2002 se aproxima da linha intermediária protagonizada por Alemanha e Portugal.

É curiosa a insistência na tese de que perfilhamos o modelo francês da cláusula geral da responsabilidade civil pela qual toda conduta culposa que cause um dano a outrem gere a obrigação de indenizar. Não chegamos a tanto, pois a aparente abertura do art. 927 do Código Civil, "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo", é internamente condicionada por dois preceitos qualificadores do conceito germânico da ilicitude. Os artigos 186 e 187 são duas pequenas cláusulas gerais de responsabilidade que concretizam as situações de ilicitude que fundamentam a responsabilidade civil do agente.

25. SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Comentários ao Código Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018. p. 277.

26. Trata-se de uma das mais recentes reformulações europeias sistemáticas da matéria, substituindo o antigo regime dos arts. 1.382 a 1.386bis e disciplinando, em conjunto orgânico, os fundamentos e efeitos da responsabilidade extracontratual.