

Observações sobre a teoria da responsabilidade objetiva

JORGE LOBO *

I - Introdução

1. A teoria da responsabilidade objetiva tem merecido incontidos aplausos, os quais, por vezes, eclipsam noções rudimentares em matéria de responsabilidade civil, podendo levar os menos avisados a imaginar que:

- a) o princípio da culpa foi banido do direito positivo brasileiro e
- b) basta, hoje, no Brasil, provar o nexo de causalidade entre o fato e o dano, para imputar-se a alguém a responsabilidade de ressarcir a vítima.

2. Não é, entretanto, o que dizem os doutos, pois, hoje, como ontem, aqui, como em qualquer país do mundo; **não há responsabilidade sem culpa** (Savatier, *Traité de la Responsabilité Civile*, 1929, vol. I, nº 5; Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral de Direito Civil*, Ed. Rio, 2ª ed., pág. 352; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, Forense, 1971, pág. 447, nº 343; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Forense, 1985, vol. I, pág. 456, nº 114), podendo-se, com segurança, passada a euforia dos prosélitos da doutrina objetiva, declarar que sempre estará presente, entre os elementos do ato ilícito, a culpa e que só em caráter excepcional se afasta o legislador desse princípio milenar para instituir casos especiais de responsabilidade sem culpa, nestes invertendo o *onus probandi*, carecendo de fomento de direito a assertiva de que basta provar a relação de causalidade entre o fato e o dano para nascer o dever de indenizar a vítima.

II - O ato ilícito no direito brasileiro

3. Assinalam os civilistas, pátrios e alienígenas, que o Direito Romano não chegou a formular uma noção abstrata do ato ilícito, limitando-se a classificar tipos casuísticos de delitos e a instruir a chamada responsabilidade *ex delicto* e a responsabilidade *quasi ex delicto*, através das quais o autor do dano era compelido a ressarcir o prejuízo, equiparando-se destarte, o *quasi ex delicto* ao *ex delicto*, segundo a fórmula *quasi ex malefício teneri videtur* (Clóvis Beviláqua, *ob. cit.*, pág. 349).

4. À doutrina moderna viria, assim, a caber a tarefa de aprofundar o estudo do assunto e a criar uma teoria de responsabilidade civil. Contudo, como deixa claro

Caio Mário da Silva Pereira, “... tal foi a complexidade com que tratou a matéria, que a construção dogmática do ato ilícito sofreu tormentos nas mãos dos escritores dos séculos XVIII e XIX. Não melhorou muito nas dos contemporâneos nossos, antes tem sido de tal modo intrincado que levou **De Page** a tachar de completa anarquia o que se passa no terreno da responsabilidade civil, tanto sob o aspecto legislativo, quanto doutrinário, como ainda jurisprudencial” (*ob. e vol. cit.*, pág. 454).

5. E por que se chegou a este estado de cousas, verdadeiramente absurdo, de que fala **De Page** ?

6. Porque os estudiosos se ocuparam com a diversificação das noções de dolo e culpa, da distinção entre culpa grave, leve e levíssima, da diferenciação entre delito e quase-delito, felizmente abandonadas pelo legislador brasileiro, segundo o testemunho do eminente **Aguiar Dias** (*Da Responsabilidade Civil*, Forense, 1960, vol. I, pág. 101, nº 65), chegando o nosso direito positivo - acentua o maior tratadista da responsabilidade civil entre nós - “ao extremo da prudência ao deixar de definir a culpa” (*loc. cit.*), bem como, “em lugar da *faute*, fonte de interminável controvérsia, pelo duplo sentido da palavra, o nosso legislador preferiu adotar a noção do ato ilícito” (**Aguiar Dias**, *ob. e vol. cit.*, pág. 150, nº 65), o que fez no art. 159 do Código Civil, *verbis*: “Art. 159: Aquele que, por ação ou omissão, voluntária, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1518 a 1532 e 1537 a 1553.”

7. Ao examinar a matéria, **Orlando Gomes** acentua, fazendo eco, aliás, da opinião unânime da doutrina: “reduzem-se a dois os elementos constitutivos do ato ilícito: um *objetivo*, outro *subjetivo*. O elemento *objetivo*, ou *material* é o *dano*. O elemento *subjetivo*, a *culpa*. Devem estar vinculados por um nexu causal. É necessário, em suma, que o *dano* seja conseqüência da atividade *culposa* de que o produziu” (*Obrigações*, Forense, 5ª ed., pág. 313, nº 183) (*grifos do original*).

8. Por isso, todos, sem exceção, à frente **Aguiar Dias**, asseguram que, “... à evidência, o nosso Código adotou o princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade” (**Aguiar Dias**, *ob. e vol. cit.*, pág. 155, nº 66).

III - O princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade civil

9. Qualquer autor que se leia, qualquer obra que se consulte, desde simples “cursos” até monumentais “tratados”, de Direito Civil ou sobre responsabilidade civil, ressalta indubioso que no elemento subjetivo da culpa repousa uma das vigas mestras da civilização contemporânea, o que levou **Planiol** a sustentar “com veemência” “que, suprimindo a apreciação da culpa nas relações humanas, se destruirá toda justiça, opinião compartilhada pelos autores mais eminentes, como **Colin et Capitan**, **Ripert** e **Boulanger**, **Mazeaud** e **Tunc**, **Esmein**, **Laslou**, **Hariou**, **De**

Page e Barassi” (apud **Olavo Tostes** “Indenização por Ato Ilícito no Direito Brasileiro”, in *Estudos Jurídicos em Homenagem ao professor Oscar Tenório*, RJ, 1977, pág. 398), e **Carvalho Santos**, ao cuidar da matéria, a declarar, taxativamente: “O fato deve ser culposo. Essencial para haver a responsabilidade civil não é somente a imputabilidade; é preciso também que o fato seja culposo, isto é, contrário ao Direito. A palavra culpa é empregada aí não no seu sentido restrito, mas no seu significado mais lato, abrangendo até o dolo. O nosso legislador, não se afastando da doutrina tradicional, conserva a responsabilidade civil com fundamento na culpa, provada ou presumida, não acolhendo a nova teoria da responsabilidade sem culpa, tal como a querem UNGER e outros juristas de não menor porte” (*Código Civil Interpretado*, F. Bastos, 10ª ed., vol. III, pág. 320 e 321, nº 7).

10. Logo após, o eminente Advogado adverte: “o certo é que o nosso Direito não admite a responsabilidade puramente objetiva, resultando do mero fato danoso. Os partidários da nova teoria da culpa objetiva não julgam bastante o velho conceito da culpa para satisfazer as exigências da vida moderna, sustentando que o direito precisa procurar seus fundamentos em dados econômicos e práticos, para poder manter o equilíbrio da ordem jurídica. Partindo do pressuposto de que o direito, longe de ser uma causa de exoneração, é uma fonte de responsabilidade, os partidários dessas novas doutrinas, com uma interessante argumentação, sustentam que isso acontece porque o direito supõe a ação e a ação cria o risco. Donde a conclusão: nós seremos tanto mais responsáveis quanto maiores e mais efetivos direitos tivermos; é o poder jurídico que cria a responsabilidade. As conclusões a que atinge semelhante doutrina são categóricas, não se trepidando em afirmar que a responsabilidade existe sempre que do ato resulte dano e precisamente em razão deste dano. Nada de investigar se houve culpa ou dolo. Mesmo sem uma ou outro, a responsabilidade subsiste, justamente como um corolário da ação, pela qual se exerceu o direito.” (*loc. cit.*)

11. Mais adiante, conclui enfático: “Sobre o assunto diremos ao versar o tema do abuso de direito, bastando, por ora, lembrar que, *no campo do nosso Direito, não teve guarida a teoria dos riscos*” (*ob. e vol. cit.*, págs. 322).

12. Como se vê, tanto **Aguiar Dias**, quanto **Carvalho Santos**, não negam a teoria subjetiva da culpa, mas, apenas, como ainda se vai mostrar, fazem determinadas concessões à teoria objetiva, para casos específicos e especialíssimos, que a legislação catalogue expressa e minudentemente.

13. Todavia, com a invenção de novas máquinas, a multiplicação dos veículos automotores, o ininterrupto crescimento dos centros urbanos, que levaram à ocorrência de um brutal aumento dos acidentes nas fábricas e no trânsito, perceberam os juristas que era necessário alargar o conceito de culpa, para incluir no ato ilícito casos até então inconcebíveis, sempre repelidos pela doutrina tradicional.

14. No início limitado a ampliar a noção de culpa, o movimento reformista rapidamente expandiu-se e, com **Saleilles**, ganhou notável impulso, quando se passou a defender a idéia de que “culpa significa nexa causal entre o ato e dano, confundin-

do-se, pois, com a causalidade (cf. **Orlando Gomes**, *Obrigações*, Forense, 1984, pág. 321, n° 188), para chegar, ao final, à tese de “**Leclerce**, o mais extremado”, que “confunde a culpa com a *lesão ao direito alheio* (**Orlando Gomes**, *loc. cit.*), podendo-se sintetizar essa doutrina nesta lapidar sentença: “... quem quer que crie um risco deve suportar as conseqüências” (cf. **Orlando Gomes**, *idem*, pág. 341, n° 199), o que foi aceito pelo legislador pátrio e deu ensejo ao acolhimento da teoria objetiva, tanto em dispositivos do Código Civil, quanto em leis especiais.

IV - A teoria objetiva e a culpa presumida

15. Quem se der ao trabalho de examinar a origem, os fundamentos, a evolução e a atual situação da teoria objetiva, chegará à inelutável conclusão de que ela está intimamente ligada à atividade perigosa da coisa empregada pelo homem, sobretudo à “locomotiva, ao avião, a outros veículos que marcam a trepidação da vida moderna e aos inventos da era industrial” (cf. **Aguiar Dias**, *ob. cit.*, vol. II, pág. 404, n° 161), o que levou o eminente Desembargador **Olavo Tostes** a afirmar: “Se o agente desenvolve uma atividade perigosa, que segundo a lei envolve responsabilidade pelo risco, deve responder pelo dano que venha a causar” (artigo citado), opinião, aliás, encontrada em **Washington de Barros Monteiro**, *obra citada*, vol. 5, pág. 398; **Caio Mário**, *obra citada*, vols. I e II, pág. 460, n° 115 e pág. 397, n° 282, respectivamente; **Silvio Rodrigues**, *obra e volume citados*, pág. 170, n° 55; **Antunes Varela**, *Direito das Obrigações*, Forense, 1977, pág. 266, n° 89; **L. Josseland**, *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3ª ed., II, págs. 235 e segs.; **Ripert**, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Aix, 1902; **Saleilles**, *La Responsabilité du fait des choses*, “Rev. Trim.”, 1911, pág. 55, dentre outros.

16. Doutrinando sobre o tema, com especial destaque para o art. 2050 do Código Civil italiano, **Caio Mário** escreveu: “Inovação que o nosso reclama, e que já encontrara guarida no novo Código italiano, é a responsabilidade pelo exercício de atividades perigosas. O seu fundamento é a culpa presumida (*Código Civil italiano*, art. 2050), mas de tão larga amplitude que se pode considerar tenha exorbitado de própria noção de culpa: quem cria um perigo com a sua atividade, pela natureza deste ou dos meios empregados, está sujeito à reparação do dano, salvo se provar que adotou as medidas idôneas a evitá-la; vale dizer, em verdade, que o dever de ressarcir é afastado em se provando que foi devido ao caso fortuito e à força maior” (*ob. cit.*, vol. III, pág. 397, n° 282).

17. No Brasil, ferrenhos adeptos da teoria objetiva, como **Wilson Melo da Silva**, passaram a adotar uma posição mais branda, por verificarem, ao longo do tempo, que não se pode abrir mão do conceito de culpa nas relações humanas e, mesmo nos casos especiais que o direito aceita a teoria objetiva, há que se conceder ao autor do ilícito a oportunidade de provar que não se houve culposamente.

18. **Olavos Tostes**, ao focalizar o tema, enfatiza: “Mas, ainda reconhecendo as concessões que a realidade foi forçada a fazer ao princípio tradicional, a maioria dos autores e das legislações dos países civilizados, inclusive a Rússia soviética, continua fiel ao princípio da culpa. Como expõe o mestre uruguaio **Jorge Peirano Facio**, “o sistema tradicional sofreu na primeira metade deste século a crise mais severa de sua história: a teoria do risco revolucionou até os alicerces da responsabilidade civil, demonstrando que muitos conceitos imperantes no século XIV não podem ser mantidos, ao menos sem um ajuste conveniente. Sem embargo, se apreciarmos em sua cabal dimensão o processo referido, devemos afirmar que o que fica, como saldo da teoria do risco, não é a crise da idéia da culpa em si mesma, mas crise dos textos que a sancionam e da forma em que são interpretados. A demonstração palmar deste ponto de vista se enraíza na verificação de que os mesmos autores que preconizam a validade da teoria do risco não podem abandonar a noção da culpa e, inclusive a jurisprudência, nos países em que penetrou o princípio do risco, criou novas manifestações da idéia da culpa (culpa na guarda, culpa contra a legalidade, etc.) o que demonstra que a idéia de culpa, como fundamento da responsabilidade, satisfaz exigências indubitáveis do espírito humano” (**Facio**, *Responsabilidade extracontratual*, Montevideo, 1954, nº 88, p. 165 e nº 93, pág. 173) (artigo citado, págs. 396/7.)

19. **Alvino Lima**, um estudioso da responsabilidade civil e esclarecido adepto da teoria objetiva, debruçando-se sobre os estudos do primeiro Congresso Internacional da Associação **Henri Capitant**, no Canadá, em 1939, e sobre o relatório de **André Roaust**, eminente professor da Faculdade de Direito de Paris, chegou às seguintes conclusões: **a)** em nenhuma parte, o legislador rompeu completamente com o princípio da responsabilidade baseada na culpa; este princípio resiste à experiência dos fatos e das idéias novas; a teoria da responsabilidade não se transformou, mas tornou-se matizada, mais adaptada às necessidades da civilização contemporânea; **b)** o conceito de culpa perdeu aquela rigidez, dentro dos moldes clássicos, puramente moral, para objetivar-se; confunde-se a culpa com o ato ilícito; **c)** a admissibilidade de presunções *iuris tantum* e *iuris et de jure* da culpa, na proteção cada vez mais crescente da vítima da ação lesiva e danosa; **d)** a admissão da responsabilidade objetiva abre inúmeras exceções à responsabilidade baseada na culpa; a idéia do risco fundamenta um sem-número de casos de responsabilidade; **e)** a idéia da responsabilidade por equidade, no caso dos atos dos loucos e dos menores, passa a ser acolhida por vários códigos” (**Alvino Lima**, *Culpa e Risco*, fls. 30) (*apud Olavo Tostes, loc. cit.*).

20. Por isso, “o legislador não pode admitir a teoria do risco senão em domínios muito particulares e multiplicando as precauções”. (**Mazeaud e Tunc**, *Trat. Resp. Civ.*, 5ª edição, Paris, tomo I, nº 355, pág. 434) (*apud Olavo Tostes, loc. cit.*), o que levou o notável Juiz da Câmara Nacional de Apelações e Professor Titular de Direito Civil da Universidade de Buenos Aires, **Jorge Joaquim Llambias**, em seu *Trata-*

do de *Direito Civil*, a enfatizar: “O jurista, governado pela razão do bem comum, não pode dar saída incontrolada a um princípio explosivo que quebra um dos fundamentos da boa ordem social como é a necessidade de culpa para originar a responsabilidade. Depois de uma evolução muitas vezes secular, conseguir o homem estabelecer que a base da responsabilidade civil é a autonomia moral do fato danoso, a isso se chegando depois de superar paulatinamente o materialismo primitivo. Não é, pois, acertado abandonar esse legado de cultura jurídica da humanidade, pretendendo substituir a base da responsabilidade, que é a culpa, por a simples relação de causalidade entre uma coisa e um dano” (*apud Olavo Tostes*, artigo citado).

21. Do exposto, conclui-se que:

- a) ainda prevalece, no direito dos povos cultos e no direito positivo brasileiro, indubitavelmente, “o princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade” (**Aguiar Dias**, *ob. cit.*, vol. I, pág. 155, nº 66);
- b) exigências de uma nova realidade econômica e social impuseram “concessões à responsabilidade objetiva” (**Aguiar Dias**, *loc. cit.*);
- c) “ainda reconhecendo as concessões que a realidade foi forçada a fazer ao princípio tradicional, a maioria dos autores e das legislações dos países civilizados, inclusive a Rússia soviética, continua fiel ao princípio da culpa” (**Olavo Tostes**, artigo citado);
- d) a teoria objetiva ou do risco só é admitida em “domínios muito particulares”, multiplicadas as precauções do legislador (**Mazeaud e Tunc**, *loc. cit.*);
- e) a teoria objetiva foi acolhida pelo legislador pátrio, tanto em dispositivos do Código Civil, quanto em leis especiais;
- f) o Código Civil italiano e o projeto do Código Civil brasileiro de 1975 prevêem a responsabilidade pelo exercício de atividades perigosas;
- g) o princípio da responsabilidade pelo exercício de atividades perigosas inverte o *onus probandi*, só se escusando o autor do dano se provar que o evento decorreu de caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou culpa da própria vítima.

V - *A teoria objetiva ou do risco só se aplica às hipóteses que a lei brasileira expressamente discrimina*

22. “São poucos”, ensina **Silvio Rodrigues**, “no direito brasileiro os casos de responsabilidade civil inspirados na teoria do risco” (*Direito Civil*, Saraiva, 1985, vol. 4, pág. 171, nº 56), a saber:

- a) o da responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais (art. 26, da Lei 2681, de 07.12.1912);
- b) o da responsabilidade do patrão pelo dano experimentado por seu operário (inaugurado pelo Dec. n° 24.637, de 10.07.1934; reafirmado pelo Dec.-lei n° 7036, de 10.11.1944; repetido pela Lei n° 6367, de 19.10.1976);
- c) o da responsabilidade do proprietário das aeronaves por danos causados à pessoa em terra (introdução pelo Código Brasileiro do Ar, promulgado pelo Dec. n° 483, de 8.6.38; modificado pelo Dec.-lei n° 32, de 18.11.1966, e, depois, pelo Dec.-lei n° 234, de 28.2.1967).

23. De nossa parte, poderíamos acrescentar:

- a) os causados a terceiros nas explorações de minas (Cód. de Minas, D.-L. n° 1985, de 29.01.1940);
- b) os previstos nos artigos 1521, 1527, 1528, 1529, 1539 e 1546 do Código Civil e
- c) os discriminados no Código Nacional de Defesa do Consumidor.

* **Jorge Lobo** é Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial pela UERJ.