

## BREVE INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO

*Éroulths Cortiano Junior\**

### O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 2003 entra em vigor sob variadas manifestações, que vão da crítica ao aplauso. De um lado, os críticos vêem no Código o que permito chamar de dilemas do “i”: a *idéia* de código, a *idade* do novo Código e a sua *ideologia*.

A *idéia de código* é criticada por vivermos tempos de descodificação e de constitucionalização. A descodificação caracteriza-se pela perda da centralidade dos códigos, substituídos por estatutos e microssistemas<sup>1</sup>. A constitucionalização, em conjunto com a descodificação, altera todo o sistema de fontes do direito civil<sup>2</sup>. Da observância desses dois fenômenos é que se pergunta da pertinência de um código a regular as relações interpessoais e se indaga da possibilidade da manutenção de um sistema de fontes descentralizado, mas ancorado nos valores constitucionais.

\*Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e do Curso de Direito da UniBrasil.

<sup>1</sup>A literatura sobre o tema é farta. Por brevidade, remete-se a Gustavo TEPEDINO, que com precisão expõe: “Esse longo percurso histórico, cujo itinerário não se poderia aqui palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do direito civil, com o deslocamento de centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de *monossistema*, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um *polissistema*, caracterizado por um conjunto crescente de leis tidas como centros de gravidade autônomos e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de *microssistemas*. (TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In:\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-16. p.5.)

<sup>2</sup>A produção científica sobre o tema também é farta. Cite-se, entre outros, Paulo Luiz Neto LOBO, para quem “...a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância, pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infra-constitucional” (LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 141, jan/mar, 1999, p. 99-109).

## BREVE INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO

A *idade* do novo Código Civil liga-se à crítica feita a um projeto de lei que começou a ser elaborado em 1969, em pleno apogeu do regime de exceção. Além disso, a crítica à *idade* do Código leva em conta as profundas e rápidas transformações porque passa a sociedade brasileira<sup>3</sup>. Exemplo desse “atraso cronológico” é o fato de que, na redação original do projeto que veio se tornar lei, não era sequer admitido o divórcio, já que a primeira redação do Projeto era anterior a 1977.

Como *ideologia* do novo Código, quer se referir à sua ainda presente patrimonialidade: em tempos de privilegiamento constitucional dos aspectos existenciais da vida humana, o Código continua patrimonialista. Já se defendeu, com fundamento, a total inconstitucionalidade do Projeto que veio a se transformar no Código<sup>4</sup>.

Estas críticas convergem para um problema principal, que é o da falta de discussão da nova codificação. Um debate que deveria envolver toda a sociedade, pela importância que tem a legislação civil na cotidianidade, acabou sendo limitado. A ausência do debate já era sentida por Luís Edson Fachin em 1988:

“Há no Brasil um eloqüente silêncio sobre a temática da reforma do direito civil. Anuncia-se na Câmara o debate que pretende propiciar a promulgação do novo Código Civil brasileiro. Diante dessa perspectiva, impressiona o aparente triunfo da indiferença.

(...)

Cabe ao país escutar o chamamento que vai do singular ao coletivo sobre novos tempos e velhos dilemas.

(...)

Algumas autorizadas vozes têm se voltado (com acerto) contra a oportunidade da codificação; outras críticas, imerecidas, tem recebido o projeto quando dá abrigo à função social da propriedade e do contrato. Nada obstante, percebe-se a inospitalidade do tema em razoável parcela dos ambientes, iniciados ou não”.

<sup>3</sup>Leia-se, por exemplo, Cristiano Chaves de FARIAS. “No estágio atual da sociedade, com a instabilidade e multiplicidade nas relações, não se admite um Código com fórmulas e conceitos elaborados em outra época (marcada por outros valores e princípios) e comprometido, destarte, com uma realidade extinta e inexistente. É preciso respeitar o crescimento ideológico e concreto da sociedade em todas as suas dimensões – e com a Ciência do Direito não poderia ser diferente” (FARIAS, Cristiano Chaves de. *Achegas para (além da) reforma do Código Civil*. In: *Jornal Síntese*, n. 49, Porto Alegre, março, 2001, p. 5-9, p. 5.).

<sup>4</sup>Assim Luís Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK: “Diante do exposto - ressaltando-se que a análise levada a efeito no presente parecer não pretendeu ser exaustiva, em virtude da celeridade que se impôs à sua realização – concluímos que o advento da Constituição de 1988, ao impor ao Direito a valorização da pessoa humana, sobrepondo-se ao patrimônio, tornou inconstitucional o Projeto de Código Civil, ora em trâmite perante a Câmara Federal. (FACHIN, Luís Edson; RUZYK, Eduardo Pianovski. *Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, out/dez, 2000, p. 243-263. p.262-3).

## EROULTHS CORTIANO JUNIOR

Há pelo menos três emblemas das críticas ao novo Código: antes mesmo de sua entrada em vigor, já havia projeto de lei que lhe acrescentava dispositivos e modificava cerca de 180 artigos (Projeto de Lei nº 6960/02, do Deputado Ricardo Fiúza); também antes do início de sua vigência, já se havia revogado um artigo (a Medida Provisória nº 104, de 9 de janeiro de 2003, revogou o art. 374 do novo Código); por fim, foi apresentado o Projeto de Lei nº 7347/02, do Deputado Fleury Filho, que elasticia o prazo de *vacatio legis* do Código Civil.

De outro lado, estão vozes favoráveis ao novo Código. Elas contrapõem-se às críticas lembrando invariavelmente as diretrizes que informaram os trabalhos da Comissão que elaborou o Projeto. Entre estas diretrizes estão a da unidade e sistematização, que desembocou na manutenção de uma parte geral e na unificação das obrigações civis e mercantis e a da preservação do que se pudesse manter, modificando-se, na legislação civil, apenas o necessário para a modernização do direito<sup>5</sup>.

Também a Comissão pautou-se pelos princípios da *socialidade*, da *eticidade* e da *operabilidade*. A *socialidade* do Código estaria na sua contraposição ao individualismo exacerbado que condicionava o Código de 1916, e pode ser antevista na função social do contrato e da propriedade, no poder familiar, na posse-trabalho<sup>6</sup>. A *eticidade* afastaria o Código do rigorismo formal, aproximando o direito de critérios ético-jurídicos que permitem ao juiz encontrar soluções mais justas e equitativas<sup>7</sup>. No princípio da *operabilidade* há uma preocupação com a estrutura da norma jurídica, de forma a permitir sua melhor operação e, portanto, facilitar a sua hermenêutica. Esta preocupação está presente, por exemplo, no desenho da prescrição e da decadência e na redação de normas abertas<sup>8</sup>.

No meio desse debate, o Código entrou em vigor. O fato impôs-se às doutrinas. Sem tirar razão às críticas que foram feitas, a hora é de enfrentar a nova lei, dar-lhe uma interpretação consoante os valores fundamentais, afastar suas incongruências, privilegiar o que ela tem de bom. Trata-se, pois, de construir o novo Direito Civil a partir da Constituição, mas valendo-se também do novo Código:

“Mesmo os mais inflexíveis críticos do Código de 2002, diante do fato consumado, perceberam que o momento presente é de reconstrução: eis a postura que se espera dos civilistas comprometidos com o direito contemporâneo. Com altivez e postura crítica - e jamais seduzidos por um novo feone legislativo, tão caro aos bajuladores de plantão - cabe à doutrina delinear, com serenidade, diálogo e reflexão, a dogmática compatível com a nova lei, a despeito de seus inúmeros defeitos, de forma e conteúdo<sup>9</sup>.”

<sup>5</sup>MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45

<sup>6</sup>Miguel REALE. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7.

<sup>7</sup>Ibid., p. 8.

<sup>8</sup>Ibid., p. 10 e 11.

<sup>9</sup>Gustavo TEPEDINO. *Muito pior a emenda que o soneto*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 10, abr/jun, 2002, p. iii.

## BREVE INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO

### O ALARGAMENTO DO DIREITO DE DANOS NO CÓDIGO CIVIL

Nessa esteira, faz-se aqui um estudo introdutório sobre a responsabilidade civil extracontratual no novo Código. Trata-se de contributo ao estudo do direito de danos, de forma a auxiliar a reconstrução do Direito Civil brasileiro a partir das premissas constitucionais e, agora, do novo Código Civil.

Há, no novo Código, um *alargamento do direito de danos*, representado, em primeiro lugar pela existência de algumas cláusulas gerais, e em segundo pela objetivação da responsabilidade civil.

A utilização de cláusulas gerais como nova forma de legislar permite ao operador do direito – em especial ao Judiciário – recorrer a valores meta-jurídicos, de forma a dar a solução mais justa para cada caso concreto. As cláusulas gerais ao mesmo tempo vinculam e dão liberdade ao juiz para decidir<sup>10</sup>. A cláusula geral é *um convite para uma atividade judicial mais criadora*<sup>11</sup>. Três cláusulas gerais se destacam, e formam os pilares da responsabilidade civil no novo Código: a referente ao ato ilícito, a do abuso de direito e a da responsabilidade objetiva.

A objetivação da responsabilidade civil verifica-se não apenas na redação do art. 927, mas também, seguindo a construção jurisprudencial mais recente, no afastamento de hipóteses de culpa presumida e sua substituição pela responsabilidade objetiva. Por outras palavras: vê-se, no Código, que a culpa deixa de ser o fundamento principal da responsabilidade civil, passando a conviver, agora, com a idéia de responsabilidade sem culpa. Carlos Young Tolomei reflete sobre a supressão da expressão “culpa” do art. 186 do novo Código, que substituiu o art. 159 do diploma anterior:

“A rigor, referida supressão busca, sob o prisma sistemático, guardar (e nada mais que isto) estrita coerência com a tendência objetivista trazida pela nova codificação, o que pode ser claramente percebido no novo Título IX (arts. 927/954), especificamente reservado à disciplina da responsabilidade civil. Em boa hora, diga-se, assim o fez, trazendo ares de contemporaneidade à matéria”<sup>12</sup>.

<sup>10</sup>NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 6. Sobre o tema das cláusulas gerais no Código de 2003, consulte-se GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, abr/jun, 2000, p. 3-25.

<sup>11</sup>COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-31.

<sup>12</sup>TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do Novo Código Civil. In: Gustavo TEPEDINO (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil - Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 345-365.

## EROLTHS CORTIANO JUNIOR

### O CARÁTER PREVENTIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA PROTEÇÃO À PESSOA

O direito civil e o direito constitucional, hoje, partem da proteção à pessoa humana como fundamento e objetivo de sua normatividade<sup>13</sup>. Nesse caminho, o Código preocupou-se com os direitos da personalidade (arts. 11 a 21) e aqui talvez encontremos um tema que toca a problemática da responsabilidade civil. É bem sabido que as ofensas aos direitos da personalidade jamais são suficientemente reparadas: o direito agredido tem tamanha especificidade que não há reparação suficiente, mesmo porque se refere a valores existenciais.

Por outras palavras: a *proteção à personalidade humana exige a não realização do dano; ao direito cabe apresentar meios e procedimentos de evitação do dano*. Sobre o tema, já manifestou-se Sérgio Cruz Arenhart:

“Desde logo, constata-se a possibilidade de que haja lesão a direito sem o necessário evento danoso. O ato ilícito (*contra ius*) pode evidentemente ocorrer sem que surja, necessariamente, agregado a ele o resultado do dano material.

(...)

Isto pode ocorrer frente a qualquer relação jurídica, mas, em relação a direitos não patrimoniais, o evento é típico: para que haja sua lesão, totalmente despiendo é o resultado “dano”. O dano é, tão-só, pressuposto necessário para a evocação da responsabilidade (reparação do dano); tirante este aspecto, porém, o fato ilícito, por si só, já é razão suficiente para invocar e obter a proteção judicial – e surge aí o campo da tutela inibitória”<sup>14</sup>.

O Código de 2003, dando um nítido caráter preventivo à responsabilidade civil<sup>15</sup> – e assim realmente protegendo os valores existenciais – prevê em seus arts. 12, 20 e 21 a inibição de ofensas à personalidade à personalidade<sup>16</sup>.

<sup>13</sup>Já tive a oportunidade de assinalar em outro escrito: “Pode-se afirmar que a pessoa humana é o princípio do direito; sua proteção é o eterno problema do direito” (CORTIANO JUNIOR, Erolths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luis Edson (Coord.) *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56. p. 50.).

<sup>14</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 151.

<sup>15</sup>MARTINS-COSTA; BRANCO, op. cit., p. 127.

<sup>16</sup>Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”. “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

## BREVE INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO

Ainda que a inibição de atentados à personalidade já fosse constância no trabalho dos tribunais e estivesse bem construída pela doutrina, agora há expressa previsão legal, tornando mais concreta a proteção da pessoa humana<sup>17</sup>.

### OATO ILÍCITO

Para além do que vem de ser dito, a dogmática da responsabilidade civil no Código pode ser estruturada a partir das três cláusulas gerais que formam os seus pilares iniciais: o ato ilícito, o abuso de direito e a responsabilidade objetiva.

O art. 186 do novo Código cuida de conceituar o ato ilícito, origem da responsabilidade civil sem culpa. Vale destacar a boa sistematização do Código, que conceituando os atos ilícitos na Parte Geral (ao lado dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos lícitos), deixou para regular sua consequência (a obrigação de reparar danos) na Parte Especial (arts. 927 a 954).

O art. 186 tem redação pouco diversa do art. 159, que embasava a responsabilidade civil no Código de 1916<sup>18</sup>. Isto significa que, a rigor, ainda mantém-se a responsabilidade civil informada pela teoria da culpa e por um princípio de imputabilidade moral<sup>19</sup>; agora, porém, este espaço é dividido com a responsabilidade sem culpa, como adiante se verá.

As diferenças na redação dos mencionados dispositivos legais que merecem atenção são duas: (a) a menção de que a violação de direito e o causar dano a outrem constituem-se em atos ilícitos e (b) a referência ao dano exclusivamente moral.

A diferença de redação (no Código de 1916 “violar direito, ou causar dano a outrem”; no Código de 2003 “violar direito e causar dano a outrem”) parece vir apenas para confirmar o que boa parte da doutrina afirmava: o dano é elemento indispensável do ato ilícito; para haver ilícito e direito à reparação civil há que existir dano. Na expressão de Carlos Young Tolomei, com grifo do próprio, o novo Código “identifica o ato ilícito pela violação de direito e dano”<sup>20</sup>.

<sup>17</sup>O art. 52 do novo Código determina que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. A disposição reflete-se, com certeza, na inibição dos danos. A aplicação da teoria dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas é cheia de incertezas, e infelizmente não cabe debater o tema aqui. Sugere-se a leitura de ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>18</sup>Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

<sup>19</sup>TOLOMEI, op. cit., p. 350.

<sup>20</sup>Ibid., p. 356. A doutrina que já comenta o novo Código vai no mesmo sentido. Assim, por exemplo, Sílvio de Salvo VENOSA, para quem “...para reclamar indenização, é necessário haver dano. Não existindo dano, para o Direito Privado o ato ilícito é irrelevante” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003, p. 594).

## EROLTHS CORTIANO JUNIOR

A partir dessa opinião, não há responsabilidade civil onde não houve dano: a hipótese antes anotada (de inibição às ofensas à personalidade) não seria então tema de responsabilidade civil, sempre ligada à ocorrência de dano. A doutrina, porém, começa a se ocupar das hipótese de ato ilícito sem ocorrência de dano, separando as duas figuras<sup>21</sup>. O tema não mereceu dos civilistas, ainda, a atenção que requer.

O art. 186 prevê expressamente a reparabilidade do dano moral. Não se trata de novidade no direito brasileiro, onde o trabalho jurisprudencial e a norma constitucional já afirmavam da responsabilidade civil por dano moral.

Em resumo, o Código não traz profundas alterações na dogmática do ato ilícito como fonte da responsabilidade civil, trazendo, quando muito, uma técnica legislativa mais acurada<sup>22</sup>.

### O ABUSO DE DIREITO

O abuso de direito é contemplado expressamente no art. 187 do novo Código Civil<sup>23</sup>. Fruto de um grande debate doutrinário e jurisprudencial, o tratamento jurídico do abuso de direito é cheio de vicissitudes, tratando-se de uma figura que está "entre o permitido e o proibido"<sup>24</sup>.

No novo Código o abuso de direito está conceituado a partir de seus limites: haverá abuso quando o exercício do direito exceder o seu fim econômico ou social, a boa-fé ou os bons costumes. A nova legislação, então, impõe limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos (mas não só dos direitos; também das liberdades, faculdades, direitos potestativos e poderes), limites que se estabelecem a partir dos parâmetros da boa-fé objetiva, da função social e econômica dos direitos e dos bons costumes<sup>25</sup>. Tratam-se de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, cuja concretização fica reservada ao juiz no exame do caso.

<sup>21</sup>Consultem-se, por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. e MARANHÃO, Clayton. Observações sobre o ilícito, o dano e a tutela dos direitos fundamentais. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, out/dez, 2000, p. 17-22.

<sup>22</sup>TOLOMEI, op. cit., p. 348.

<sup>23</sup>Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

<sup>24</sup>A expressão é retirada de CARPENA, Heloísa. Abuso do direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 367-415. p. 368. Sobre o tema do abuso de direito, permitimo-nos remeter a este fundamentado e bem estruturado texto de Heloísa CARPENA, bem como a PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso de direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, obra marcada pelo profundo estudo do tema.

## BREVE INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO

Segundo o novo Código, aquele que exercendo seus direitos o faz de forma abusiva, estará praticando ilícito. Aqui o legislador merece crítica. Ainda que o tema não seja pacífico, é possível distinguir ato abusivo e ato ilícito a partir da natureza da violação a que estes atos se referem<sup>26</sup>. No ato ilícito, há violação direta de um comando legal, ao passo que no exercício abusivo de um direito há a violação dos valores que justificam o reconhecimento do mesmo direito pela ordem jurídica. O ato ilícito pressupõe a existência de concretas proibições normativas; ele ocorre quando estas proibições são violadas. No ato abusivo, os limites ao exercício dos direitos não são conhecidos aprioristicamente, mas decorrem dos princípios que regem o ordenamento; os limites, ligados aos conceitos jurídicos indeterminados e às cláusulas gerais mencionadas no art. 187, são conhecidos através do trabalho de concretização efetuado pelo magistrado. Em resumo, a conformação do ilícito é dada pelo legislador, enquanto a conformação do ato abusivo pressupõe a forte atuação do julgador.

Assim, ao mesmo tempo que o Código é meritório por introduzir expressamente – ao contrário do Código revogado – a figura do abuso de direito, ele merece críticas por identificar as duas espécies de antijuridicidade (ato ilícito e ato abusivo)<sup>27</sup>. Esta identificação pode desembocar em duas visões e interpretações distintas da mesma norma legal. Há quem entenda que o art. 186, ao vincular o abuso de direito ao ato ilícito, poderá fazer com que ocorra uma “subjetivização” na sua aplicação, à medida que se exija a culpa do agente no exercício do direito. Assim, por exemplo, Heloísa Carpena:

“A concepção do abuso de direito como espécie de ato ilícito, permita-se insistir, além de obscurecer seus contornos, caminha no sentido da responsabilidade subjetiva, sendo a culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude. Trata-se de concepção absolutamente anacrônica, pois a efetiva aplicação da teoria exige que a aferição da abusividade no exercício de um direito seja objetiva, revelada no simples confronto entre o ato praticado e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional”<sup>28</sup>.

<sup>26</sup>CARPENA, op. cit., p. 381 e 383.

<sup>27</sup>Toda a exposição que segue, acerca da diferenciação possível entre ato abusivo e ato ilícito, é feita com base em Heloísa CARPENA, op. cit., p. 371 e ss.

<sup>28</sup> Para o novo Código, tanto o ilícito propriamente dito como o abuso de direito geram dever de reparar. Diz o seu art. 927: “927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”.

<sup>29</sup> CARPENA, op. cit., p. 382.

## EROULTHS CORTIANO JUNIOR

De outra parte, há quem veja na opção do legislador uma demonstração da tendência objetivista do novo Código. É o caso de Judith Martins-Costa e Gerson L. C. Branco:

“Por evidente, essas cláusulas gerais, constitucionais e civis, de proteção à pessoa estão ligadas ao novo regime dos atos ilícitos, seja ao disposto no art. 186 - cláusula geral de responsabilidade, patrimonial ou extrapatrimonial, por culpa-seja à cláusula geral de ilicitude do art. 187, que é, como antes assinalei, de índole objetiva, pois não requer ato culposo para situar no plano da ilicitude o ato praticado abusivamente, ou desviado de seu fim econômico ou social, ou excedente dos limites traçados pela boa-fé e pelos bons costumes”<sup>29</sup>.

A dissonância de opiniões, entretanto, converge para uma identidade: a necessidade de um trabalho jurisprudencial capaz de, efetivamente, transformar o dispositivo legal naquilo que o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. chamou de “regra quase perfeita, que servirá para iluminar todo o direito obrigacional”<sup>30</sup>. Necessidade de, como antes mencionado, reconstruir o direito civil a partir do Código e da Constituição.

O novo Código prevê como excludentes de ilicitude a legítima defesa e o exercício regular de direito reconhecido, bem como o chamado estado de necessidade (que é a remoção ou destruição de coisa alheia, ou, agora, a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente). O dispositivo do art. 188 é praticamente idêntico ao do revogado art. 160 do Código de 1916. A menção de lesão à pessoa (que não existia no Código revogado) permite que o juiz, diante de lesão decorrente de estado de necessidade, afaste a ilicitude da ação. Por evidente, e diante da normativa constitucional, o magistrado, deparando-se com caso concreto, deverá privilegiar os valores existenciais ante os valores patrimoniais. Assim, quer me parecer, tal excludente será de difícil aplicação: sempre que a lesão a pessoa decorra de ação para salvar bens materiais, haverá ilícito.

<sup>29</sup>MARTINS-COSTA; BRANCO, op. cit., p. 127.

<sup>30</sup>AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos, In: *Revista de Direito Renovar*, n. 15, set/dez, 1999, p. 19-35. p. 23.

## BREVE INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO

### A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O terceiro pilar da responsabilidade civil no novo Código é a previsão da responsabilidade objetiva, presente no parágrafo único do art. 927<sup>31</sup>. O legislador segue definitivamente a tendência de superação da imprescindibilidade da culpa para o surgimento do dever de reparar, remetendo-o para o risco ligado à atividade desenvolvida pelo agente. O novo sistema, assim, preocupa-se com a vítima:

“Por ela [a teoria do risco], a pessoa que exerce uma determinada atividade, e dela pretende tirar proveito econômico, deve ser responsável também pelos riscos af inerentes, afastando-se quaisquer considerações em torno do seu comportamento pessoal”<sup>32</sup>.

Estamos diante do mais recente passo em torno da aplicação da justiça distributiva em matéria de responsabilidade civil: desde suas primeiras manifestações legislativas e posicionamentos doutrinários, a idéia de responsabilidade civil objetiva foi tomando corpo e agora funciona como cláusula geral. Ao lado das hipóteses previstas em leis especiais (por exemplo, as ligadas aos acidentes de trabalho, às lesões ao meio ambiente e às relações de consumo) e firmadas pela jurisprudência (que, por exemplo, nos diz que a responsabilidade *de effusis et dejectis* é objetiva), temos a diretriz genérica da nova codificação. Diretriz que é bem vinda, e cujo correto delineamento dependerá do trabalho do operador do direito. Como bem coloca o já tão citado Carlos Young Tolomei,

“Muito embora a redação se mostre, a rigor, um tanto quanto imprecisa, deve-se entender que o legislador desejou referir-se àquelas atividades que implicam alto risco, ou um risco maior que o normal, e que geralmente correspondem a uma maior taxa de lucros, justificando um sistema mais severo de responsabilização. Af se faria presente, de um lado, a questão do risco criado e, de outro, a questão do risco-proveito (*ubi emolumentum, ibi onus*), identificados como parâmetros de aferição e limites da discricionariedade. De qualquer forma, caberá à jurisprudência, passo a passo, fixar critérios mais seguros para a definição das atividades de risco a que se refere o legislador”<sup>33</sup>.

<sup>31</sup>927. (...). Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

<sup>32</sup>TOLOMEI, op. cit., p. 350.

<sup>33</sup>Ibid., p. 355.

## EROULTHS CORTIANO JUNIOR

A partir dessas três cláusulas gerais (ato ilícito, ato abusivo e responsabilidade objetiva), o codificador dispõe, nos arts. 927 e seguintes acerca da responsabilidade civil. Também aqui se verifica a tendência objetivista da nova legislação. Assim, por exemplo, a responsabilidade por fato de terceiro (arts. 932 a 934) objetiva-se, já que, de acordo com o art. 933, as pessoas arroladas no art. 932, *ainda que não haja culpa de sua parte*, responderão pelos atos praticados pelos terceiros referidos no mesmo artigo. Na responsabilidade por fato do animal (art. 936), as excludentes de responsabilidade são reduzidas em relação ao artigo respectivo do Código revogado (art. 1527 do Código de 1916).

Ainda há outras questões pontuais, que estão a merecer a devida análise da doutrina e da jurisprudência. O art. 944 do novo Código remete, para alguns casos, a fixação da indenização a uma *gradação da culpa*. O art. 945 trata da *concorrência de culpas*, e o art. 928 trata da *responsabilização patrimonial do incapaz*. São, entre outras, normas cujas consequências ainda são desconhecidas.

Chama atenção, por fim, o Projeto de Lei nº 6.960/02, no início referido, e que pretende alterar boa parte do novo Código. Este projeto traz várias referências à responsabilidade civil: uma delas é a inserção de um parágrafo segundo ao art. 927, dispondo que os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família. O tema, relevantíssimo, tem merecido acurada atenção da doutrina, e diante da lei projetada, permanece em cena.

Estes delineamentos introdutórios da responsabilidade civil no novo Código colocam-se com o objetivo de incentivar o debate: do debate depende a reconstrução do Direito Civil brasileiro.