

Nexo causal e culpa na responsabilidade civil: subsídios para uma necessária distinção conceitual*

Eduardo Nunes de SOUZA**

*A cause may be inconvenient,
but it's magnificent.*

– ARNOLD BENNETT, romancista inglês

RESUMO: Uma aplicação da responsabilidade civil conforme à legalidade constitucional impõe ao julgador respeitar os requisitos normativamente previstos, inclusive o da causalidade, evitando sua confusão conceitual (particularmente com a culpa) e refutando sua substituição por outros elementos (como o chamado nexo de imputação). A fuga dogmática dessas diretrizes tem-se prestado, em larga medida, apenas a viabilizar juízos de suposta equidade por parte do julgador – que, munido de presunções ou propondo o simples abandono dos critérios legais em troca de outros parâmetros, acaba encontrando na invocação vazia de princípios um indesejável caminho para decidir a partir de suas próprias convicções e de modo dissociado aos valores e à lógica do sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Nexos de causalidade; culpa; imputação; responsabilidade civil; responsabilidade civil indireta.

SUMÁRIO: 1. Introdução: inserção do problema no contexto político-jurídico da responsabilidade civil; – 2. A historicamente tormentosa independência conceitual dos requisitos da responsabilidade civil; – 3. Em particular, a longa dificuldade de dissociação entre nexo de causalidade e culpa; – 4. Responsabilidade civil indireta: problemas de culpa e causalidade; – 5. O problema da imputação do dever de indenizar; – 6. Síntese conclusiva; – 7. Referências bibliográficas.

TITLE: *Causality and Fault in Torts Law: Subsidies for a Needed Conceptual Distinction*

ABSTRACT: *The enforcement of civil liability in a constitutionally-oriented technique demands that the judge respects all of the normative requisites, including causality, thus avoiding their conceptual confusion (particularly in relation to fault) and refuting their substitution by other elements (such as a wide sense of the word “imputation”). The dogmatic escape from such directives has created, more often than not, an apparent space for equity rulings by the judge – who, making use of presumptions or merely abandoning all legal criteria in favor of other parameters, ends up finding in the empty evocation of principles an undesirable way of ruling according to their own convictions and against the values and the logic of the legal system.*

* Agradeço ao Prof. Rodrigo da Guia Silva por todas as reflexões com que contribuiu de modo crucial, ao longo dos últimos anos, para as ideias aqui registradas, bem como pela revisão cuidadosa destes originais. Agradeço, ainda, ao acadêmico Diego Bellot de Oliveira, bolsista de iniciação científica do Programa PIBIC/UERJ, pela contribuição com as pesquisas jurisprudenciais e pela revisão final do texto.

** Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e mestre em Direito Civil pela UERJ.

KEYWORDS: *Causality; fault; imputation; civil liability; indirect civil liability.*

CONTENTS: *1. Introduction: insertion of the problem in the political and legal context of torts law; – 2. The historically tormented conceptual independence of civil liability requisites; – 3. In particular, the ancient difficulty in discerning causality from fault; – 4. Indirect civil liability: issues about fault and causality; – 5. The problem of imputation of damages; – 6. Conclusive synthesis; – 7. References.*

TITRE: *Lien de causalité et faute dans la responsabilité civile: subsidies pour une nécessaire distinction conceptuelle*

RÉSUMÉ: *Une application de la responsabilité civile conformément à la légalité constitutionnelle impose au juge de respecter les réquisits prévus par la loi, y-inclus le lien de causalité, en prevenant ainsi leur confusion conceptuelle (particulièrement avec la faute) et en réfutant leur substitution par d'autres éléments (tels comme une notion trop vague d'imputation). La fugue scientifique de telles directives n'a permis, en général, que de jugements d'une supposé équité par le juge – qui, à partir de présomptions ou en proposant le simple abandon des critères légaux en faveur d'autres paramètres, trouve dans l'invocation vide des principes un chemin tout à fait indésirable de décider en accordance avec ses propres convictions et en détriment des valeurs et de la logique du système.*

MOTS-CLÉS: *Lien de causalité; faute; imputation; responsabilité civile; responsabilité civile indirecte.*

SOMMAIRE: *1. Introduction: l'insertion du problème dans le contexte politique et juridique de la responsabilité civile; – 2. L'autonomie conceptuelle historiquement tourmenteuse des réquisits de la responsabilité civile; – 3. En particulier, l'ancienne difficulté de dissociation entre la causalité et la faute; – 4. Responsabilité civile indirecte: problèmes à propos de la faute et de la causalité; – 5. Le problème de l'imputation du devoir d'indemniser; – 6. Synthèse conclusive; – 7. Références.*

TITOLO: *Nesso causale e colpa nella responsabilità civile: sussidi per una necessaria distinzione concettuale*

RIASSUNTO: *Un'applicazione della responsabilità civile in conformità con la legalità costituzionale impone al giudice di rispettare i requisiti previsti dalla legge, incluso il nesso causale, impedendo così la loro confusione concettuale (in particolare con colpa) e rifiutando la loro sostituzione da altri elementi (tali come una vaga nozione di imputazione). La fuga scientifica di tali direttive ha, in generale, portato solo a giudizi di una presunta equità da parte del giudice - che, sulla base di presunzioni o proponendo il semplice abbandono dei criteri legali a favore di altri parametri, trova nella vuota invocazione dei principi un percorso completamente indesiderabile per decidere in accordo con le proprie convinzioni e per sminuire i valori e la logica del sistema.*

PAROLE-CHIAVE: *Nesso causale; colpa; imputazione; responsabilità civile; responsabilità indiretta.*

SOMMARIO: *1. Introduzione: l'inserzione del problema nel contesto politico e giuridico della responsabilità civile; 2. La storicamente tormentosa autonomia concettuale dei requisiti di responsabilità civile; - 3. In particolare, la longeva difficoltà di dissociation tra causalità e colpa; - 4. Responsabilità civile indiretta: problemi di colpa e causalità; 5. Il problema dell'attribuzione del dovere di indennizzare; - 6. Riepilogo conclusivo; - 7. Riferimenti.*

1. Introdução: inserção do problema no contexto político-jurídico da responsabilidade civil

O problema da distinção conceitual entre culpa e nexos de causalidade demanda, primeiramente, uma breve contextualização à luz do papel político e jurídico da responsabilidade civil –um dos setores mais jovens, em perspectiva histórica, do direito civil,¹ e um daqueles cujas fronteiras mais têm sido empurradas, nos últimos anos, pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista a necessidade de atender ao progressivo reconhecimento de novos interesses juridicamente relevantes.² A responsabilidade civil reveste-se, de fato, de uma aura de permanente novidade e assumiu, entre erros e acertos, o papel de instrumento particularmente flexível colocado à disposição do intérprete para proteger os interesses que julgar concretamente merecedores de tutela.³

Decisiva para a configuração desse cenário foi a progressiva superação, pela doutrina civilista, dos moldes rígidos do ato ilícito clássico como fonte do dever de indenizar,⁴ não apenas no Brasil como também nos países que diretamente influenciaram o modelo brasileiro (a França⁵ e a Itália⁶). Em lugar do antigo modelo, passou-se a sustentar que o

¹ Segundo Philippe MALAURIE e Laurent AYNÈS, apenas no século XVIII se construiu um princípio geral de reparação civil (*Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 2016, p. 25).

² Leciona Stefano RODOTÀ: “a responsabilidade civil tem sido, em toda a fase recente, o instrumento que permitiu fornecer uma primeira faixa de proteção jurídica a novos bens ou interesses” (Modelli e funzioni della responsabilità civile. *Rivista Critica di Diritto Privato*, vol. 3. Napoli: Jovene, 1984, p. 605. Tradução livre).

³ Contribuiu para essa flexibilidade a adoção, no direito brasileiro, do conceito de injustiça do dano, oriundo do direito italiano. A respeito, pondera Rodolfo SACCO que, com o dano injusto, o legislador italiano não requer a lesão de um direito para que surja o dever de indenizar; mas, “renunciando a esclarecer melhor esta ideia, vaga e quase filosófica, da ‘injustiça’, acaba por conceder ao juiz um verdadeiro poder discricionário. Porém, o juiz italiano não tira proveito dessa relação de poder posta a favor dos tribunais. Formado nas universidades, aprendeu as duas concepções, baseadas, respectivamente, na lesão do direito ou fato equiparado e na regra do *neminem laedere*. Por sua vez, acrescentará a regra do mínimo esforço, enunciando a regra da lesão quando deva absolver, e a regra omnicompreensiva quando deva condenar” (*Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 133).

⁴ Como pondera Stefano RODOTÀ, o modelo clássico de tutela era menos avançado, fundando-se na proteção da propriedade, a justificar a associação entre o ato ilícito e o direito subjetivo (Modelli e funzione della responsabilità civile, cit., p. 598. Tradução livre).

⁵ Sobre o direito francês, em que a reparação dos danos centra-se no art. 1382 do *Code*, relata Rodolfo SACCO que, embora se entenda hoje que o dispositivo alude ao princípio amplo do *neminem laedere*, os autores franceses da metade do século XIX vislumbravam nesse dispositivo apenas “o equivalente da norma que estará mais tarde contida no §823 do BGB, a qual limita o ressarcimento à hipótese de violação de um direito absoluto da vítima. Esta reconstrução do art. 1382 é bem nítida, antes de mais nada, nos intérpretes alemães do *Code Civil*, ou nos autores franceses influenciados pelo pensamento germânico. [...] No final do século passado [XIX], por outro lado, a interpretação assim favoravelmente acolhida começa a perder terreno. Toma-se consciência do fato de que comportamentos produtores de danos são reprimidos independentemente de qualquer lesão de um direito subjetivo da vítima [...]. Trata-se de acrescentar as novas figuras de ilícito às velhas e conhecidas figuras de lesão de direitos, elaborando novas e mais genéricas categorias de violações” (*Introdução ao direito comparado*, cit., pp. 124-126).

⁶ A virada conceitual em direção à injustiça do dano na doutrina italiana foi bastante impulsionada por Francesco BUSNELLI, que, já na década de 1964, propunha: “trata-se de definir se a proteção de um interesse, como resultado do que dispõem uma ou mais normas, resulta em uma relação de ‘correspectividade’ com o comportamento dos terceiros, no sentido de que a proteção jurídica de que goza o interesse lesado se mostra efetivamente destinada àquele tipo de interesse, em conformidade com aquele tipo de comportamento” (*La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 88. Tradução livre). Contemporaneamente, sustenta Pietro TRIMARCHI que o problema da verificação da injustiça do dano “depende principalmente da valoração comparativa entre um certo tipo de conduta e o interesse que o agente realiza ou tende a realizar com aquela conduta” (*Istituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2016, p. 110. Tradução livre).

dano passível de reparação era aquele ocasionado por qualquer lesão a um interesse juridicamente tutelado, fosse ele ou não conteúdo de um direito subjetivo formalmente reconhecido.⁷ A ampliação do objeto de tutela do sistema reparatório, que passou a abranger interesses identificados em concreto exteriores a situações jurídicas subjetivas, reconfigurou a responsabilidade subjetiva (fundada, agora, em um ato ilícito ressignificado),⁸ abriu caminho à responsabilidade objetiva⁹ e transformou a responsabilidade civil em um mecanismo ainda mais capaz de oferecer uma resposta célere do sistema a novos interesses não previstos pelo legislador.¹⁰

Esse conceito valorativo de ressarcibilidade¹¹ foi desenvolvido sob a alcunha de *ingiustizia del danno* no direito italiano, em feliz aproveitamento de uma expressão adotada pelo codificador de 1942,¹² tendo a designação alcançado também a doutrina nacional.¹³ No caso brasileiro, essa mudança paradigmática se deu na esteira do processo de constitucionalização e despatrimonialização do direito civil, a partir da incidência da cláusula geral de tutela da pessoa humana.¹⁴ Não por acaso, o giro conceitual promovido pelo dano injusto e a funcionalização da responsabilidade civil tiveram na proliferação

⁷ Como explica PERLINGIERI, “O direito subjetivo [...] perde centralidade definitivamente e afliu a exigência de diversificar os interesses e de dar formas e técnicas de tutela das pessoas asseguradas por novos instrumentos, individualizados segundo o tipo de interesse a ser tutelado e a ponderação de valores a ser realizada” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 678).

⁸ Identifica Stefano RODOTÀ que “o direcionamento da atenção para a vítima e a centralidade do momento do dano (e não mais da sanção) favorecem a atitude do sistema da responsabilidade civil a legitimar e tutelar novos interesses [...]. Desaparece, ou ao menos é fortemente redimensionado, um dos elementos característicos do modelo tradicional da responsabilidade civil, construído de maneira tal a consentir uma forte seleção dos danos ressarcíveis” (Modelli e funzione della responsabilità civile, cit., p. 599. Tradução livre).

⁹ Alude-se, em particular, à íntima associação entre o paradigma do dano injusto e a socialização dos prejuízos promovida pelo sistema de responsabilidade objetiva. Ao propósito, cf., dentre outros, GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 301-302.

¹⁰ Como registra Maria Celina BODIN DE MORAES, “a responsabilidade civil é um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotado de extrema simplicidade, estando apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela tão logo sua presença seja identificada pela consciência social, e que de outra maneira ficariam desprotegidos, porque ainda não suficientemente amadurecidos para receberem atenção e, portanto, regulamentação própria por parte do legislador ordinário” (A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9, n. 29. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul.-dez./2006, p. 238).

¹¹ Sobre a noção de dano injusto como uma aplicação do juízo de merecimento de tutela, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira do direito privado no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014, *passim* e, especialmente, item 5.

¹² *Verbis*: “Art. 2.043. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. Leciona Guido ALPA que a expressão *ingiustizia* apresenta as funções e problemas de uma cláusula geral: “é tendencialmente indefinível, tem conotações historicamente relativas, constitui uma valoração que tempera a rigidez do ordenamento, confere ao intérprete elasticidade de apreciação e assim por diante” (*I principi generali*. In IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (a cura di). *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 486. Tradução livre). A fórmula já foi interpretada das mais diversas formas, sendo de se destacar a concepção de Stefano RODOTÀ, que caracteriza o dano injusto a partir de uma lesão à solidariedade social (*Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 89).

¹³ A expressão foi difundida no Brasil particularmente pelo estudo seminal de GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil, cit., p. 293.

¹⁴ Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *passim* e, particularmente, pp. 182-182.

de hipóteses fáticas de dano moral sua mais marcada expressão. O processo, muito acelerado pela jurisprudência nas primeiras décadas de vigência da Constituição de 1988, ocorreu de forma acidentada e assistemática,¹⁵ tendo-se associado o reconhecimento desenfreado de interesses tutelados pela via reparatória a uma lamentável banalização do dano moral.¹⁶

Contudo, a evolução pouco ordenada e muito voltada a resolver problemas concretos, longe de ser recente, parece ter marcado a própria história da responsabilidade civil.¹⁷ Em particular nos países em que se adotaram sistemas, em linhas gerais, atípicos¹⁸ de responsabilidade civil, como França e Itália, os próprios requisitos tradicionais do ato ilícito clássico são frequentemente atribuídos a tentativas de se conter, por meio de “filtros”, o crescimento desenfreado de demandas indenizatórias.¹⁹ O nexa causal, em particular, tem sido constantemente referenciado como uma barreira deliberadamente desenvolvida com esse propósito.²⁰ Por outro lado, algumas construções antigas foram

¹⁵ Particularmente em matéria de dano moral, já se analisou que os tribunais oscilam entre a banalização e a excessiva restrição, nem sempre logrando êxito “em realizar esse duplo movimento de modo harmonioso” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*, cit., p. 166). Para uma análise sobre o papel da jurisprudência no desenvolvimento da noção de dano indenizável no Brasil, cf. RAMOS, André Arnt. A responsabilidade civil para além dos esquemas tradicionais: prospecções do dano reparável na contemporaneidade. *Revista Fórum de Direito Civil*, a. 4, n. 10. Belo Horizonte: Fórum, set.-dez./2015, item 3.

¹⁶ Nesse sentido, cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 189-191.

¹⁷ Nesse sentido parece apontar, por exemplo, o relato de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atual. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 17.

¹⁸ Em estudo comparatista, destaca Rodolfo SACCO que, no sistema continental, “as oposições mais fortes aparecem de fato ao nível das definições gerais”, colocando-se, de um lado, os ordenamentos fundados em fórmulas de caráter geral (em geral reconduzidas ao *neminem laedere*, como no modelo francês) e, de outro, por regras legisladas (lesões tipificadas em lei, como na Alemanha) (*Introdução ao direito comparado*, cit., p. 137). Com efeito, a relevância da tipicidade ou atipicidade das hipóteses ensejadoras do dever de indenizar já foi relativizada em doutrina. Assim, por exemplo, Pietro TRIMARCHI afirma que “a diferença entre os sistemas fundados sobre a enumeração de figuras típicas e aqueles fundados sobre uma amplíssima regra geral é, no entanto, menos abrupta do que se pode crer”, mesmo porque “a adoção de um ou outro princípio não conduz necessariamente a um diverso regramento substancial das hipóteses fáticas” (*La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè, 2017, p. 14. Tradução livre). Nesse sentido, VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. Padova: CEDAM, 2005, p. 422, afirma que os ordenamentos francês, italiano e alemão “não são muito distantes no que diz respeito ao regime da responsabilidade extracontratual vigente”, pois “o trabalho interpretativo dos juízes terminou por, em todos os três ordenamentos, completar a obra do legislador alcançando soluções simétricas com referência à casuística” (Tradução livre).

¹⁹ Em perspectiva comparatística, pondera Pier Giuseppe MONATERI que “o direito operacional da RC [responsabilidade civil] é um direito que tende a ser uniforme nos vários sistemas, mesmo se as fórmulas que o exprimem são próprias de cada tradição jurídica. Essas fórmulas se baseiam sobre a reconstrução dos elementos que devem estar na base da responsabilidade. É então do maior interesse comparativo constatar como regras substancialmente similares são reconstruídas mediante a busca de elementos da responsabilidade de sistema a sistema [...]”; assim, verifica-se que “o mundo da RC é um mundo de elementos cambiantes e tendencialmente indefinidos”, e “a imagem que emerge do estudo comparado dos sistemas jurídicos em tema de RC é a imagem de uma transmutação constante dos termos que exprimem o juízo de responsabilidade, o qual evidentemente foge a qualquer formulação técnica e verbal” (*Le strutture della RC*. Disponível em: <academia.edu>, pp. 2-3. Tradução livre).

²⁰ No direito italiano, por exemplo, relata Giovanna VISINTINI que a previsão das “*conseguenze immediate e dirette*” no art. 1.223 do *Codice civile* corresponde ao “critério jurídico acolhido pelo código civil para fixar um limite à responsabilidade por danos” (*Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 681. Tradução livre). A autora analisa, ainda, a exigência de uma “*suite nécessaire*” pelo Código Civil francês, para concluir que essas fórmulas legislativas, provavelmente por seu alcance genérico, chegaram até nós com o objetivo de “resolver o problema da seleção dos danos ressarcíveis no quadro de consequências danosas concatenadas entre si e reconduzíveis a um único evento” (*Ibid.*, p. 683. Tradução livre).

paulatinamente concebidas para viabilizar o surgimento do dever de indenizar onde a prova dos requisitos tradicionais do ato ilícito (do dano, do nexa ou da culpa) se mostrasse particularmente difícil – assim ocorreu, por exemplo, com a teoria da perda de uma chance,²¹ a tese da causalidade coletiva ou alternativa²² e a própria responsabilidade objetiva fundada no risco.²³

A despeito dessa característica histórica, o problema parece assumir cores mais fortes no momento atual, em grande parte porque os próprios limites reconhecidos à atividade hermenêutica mudaram drasticamente com o passar dos anos. Se, de um lado, a superação da subsunção como mecanismo suficiente para a fundamentação das decisões representou um ganho em segurança jurídica,²⁴ por outro lado a interpretação sistemática e unitária do ordenamento na legalidade constitucional é frequentemente confundida como uma suposta carta branca à criatividade do intérprete ou como oportunidade para a invocação genérica e vazia de fundamentos valorativos para justificar decisões arbitrárias.²⁵ Semelhante arbitrariedade, não é demais frisar, não mantém qualquer relação com a proposta civil-constitucional, escola hermenêutica autenticamente positivista (ainda que, em certa formulação, pós-positivista) e deferente às escolhas legislativas (as quais apenas submete ao imprescindível crivo dos valores do sistema).²⁶

Em nome da constitucionalização do direito civil, cumpre registrar, muitos excessos jamais cogitados pela doutrina civil-constitucional são cometidos. Particularmente em

²¹ Sobre a perda de uma chance como uma técnica que ajudou a superar as dificuldades de prova dos lucros cessantes, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. *Pensar*, vol. 20, n. 3. Fortaleza: set.-dez./2015.

²² Sobre a causalidade alternativa como forma de garantir a indenização à vítima nos casos em que não se possa comprovar o exato autor do dano, cf. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 292.

²³ Sobre as dificuldades de prova da culpa que conduziram ao desenvolvimento da responsabilidade objetiva, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, vol. 854, dez./2006, item 1.

²⁴ Nessa perspectiva, esclarecendo o conteúdo da premissa civil-constitucional da superação da subsunção, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., item 2.

²⁵ A subsunção “traduz uma segurança ilusória e uma neutralidade falsa, por trás das quais apenas se mascaram as escolhas políticas existentes no processo. [...] Ao que parece, todavia, parte do Judiciário não percebeu que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não significou a consagração do arbítrio, mas, ao contrário, impôs um limite interno – metodológico – a exigência de fundamentação (argumentativa) da sentença” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a interpretação-aplicação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, vol. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez/2013, pp. 27-28).

²⁶ De fato, Pietro PERLINGIERI ressalta que, em perspectiva civil-constitucional, propõe-se “uma nova hermenêutica, inspirada pelo critério da razoabilidade, pelo princípio da proporcionalidade, pelo balanceamento dos interesses e dos valores, segundo uma técnica voltada a realizar um controle de adequação e de conformidade à Constituição dos atos ‘com força de lei’. [...] Interpretar ‘segundo a Constituição’, de fato, quer dizer interpretar no respeito à legalidade constitucional, proceder tendo em conta peculiaridades e natureza do ato a ser interpretado, distinguindo, sobretudo, entre atos de autonomia negocial e atos com força de lei” (Il principio di legalità nel diritto civile. *Rassegna di diritto civile*, a. 31, n. 1, 2010, p. 200. Tradução livre).

matéria de reparação civil, crescem por toda parte propostas doutrinárias que insistem na imputação do dever de indenizar a determinados agentes, a despeito de uma evidente ausência dos respectivos requisitos autorizadores da responsabilidade civil. Fala-se, nesse sentido, em responsabilidade semnexo causal²⁷ e até mesmo em responsabilidade sem dano,²⁸ muito embora nenhuma previsão legislativa específica assim autorize. Trata-se, evidentemente, de propostas genuinamente interessadas na promoção de valores do ordenamento, e que geralmente afirmam buscar a implementação do princípio da dignidade humana ou, mais especificamente, do princípio da reparação integral.²⁹ No entanto, tais interpretações, cuja refutação se mostra particularmente delicada (na medida em que se ancoram, ainda que nominalmente, na promoção de princípios centrais do ordenamento jurídico brasileiro, os quais nenhum intérprete, naturalmente, poderia negar-se a aplicar), correspondem, em verdade, à antítese da metodologia proposta pelo direito civil-constitucional, uma vez que traduzem soluções antissistemáticas.

De fato, a proteção prioritária da vítima e a reparação integral do dano, duas consequências inafastáveis da cláusula geral de tutela da pessoa humana, não significam, de nenhum modo, que se possa atribuir o dever de indenizar a *qualquer pessoa*, mesmo se ausentes os requisitos previstos em lei para o surgimento desse dever. Considerando que o legislador concebeu um sistema completo e bastante abrangente para disciplinar a reparação dos danos no direito brasileiro, e ressalvada a hipótese de se vislumbrar alguma inconstitucionalidade (em abstrato ou em concreto)³⁰ nesse sistema – o que não parece ser o caso –, não será uma invocação genérica da dignidade humana que justificará afastar a escolha legislativa. Com efeito, não apenas se entende que a incidência dos princípios constitucionais deve ocorrer, em perspectiva civil-constitucional, preferencialmente de forma indireta e apenas esporadicamente de forma

²⁷ Cf., por todos, FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 113-114.

²⁸ Cf., por todos, LÔBO, Paulo. *Direito civil*, vol. II. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, item 19.14.

²⁹ Cf., por todos, FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexode causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 231.

³⁰ Como leciona Ana Paula de BARCELLOS, o legislador prevê em abstrato ou preventivamente “[...] apenas situações-tipo de conflito (imaginadas e/ou colhidas da experiência) tanto no que diz respeito aos enunciados envolvidos, como no que toca aos aspectos de fato. Tudo isso sem que se esteja diante de um caso real. A partir das conclusões dessa ponderação preventiva, é possível formular parâmetros específicos para orientação do aplicador quando ele esteja diante dos casos concretos. Evidentemente, o aplicador estará livre para refazer a ponderação, considerando agora os elementos da hipótese real, toda vez que esses parâmetros não se mostrarem perfeitamente adequados. De toda sorte, caberá ao intérprete o ônus argumentativo de demonstrar por que o caso por ele examinado é substancialmente distinto das situações-tipo empregadas na ponderação preventiva” (*Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 154-155). Nesse sentido, destaca Rodrigo da Guia SILVA a insuficiência da ponderação prévia realizada pelo legislador, constatando que “a afirmação abstrata da legitimidade de uma norma não assegura *ipso facto* a legitimidade dos efeitos que decorreriam da sua aplicação subsuntiva ao caso concreto” (Um olhar civil-constitucional sobre a ‘inconstitucionalidade no caso concreto’. *Revista de Direito Privado*, vol. 73, ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2017, p. 47).

direta,³¹ como, mais ainda, constata-se que da mesma tábua de valores que tem servido às argumentações ora criticadas decorre também a tutela ao patrimônio mínimo, à livre iniciativa e à eventual atividade empresarial do agente a quem se pretende imputar o dever de indenizar.³²

Uma interpretação civil-constitucional, portanto, deve ser responsável e devidamente fundamentada, levando em conta a perene tensão entre tendências valorativas antagônicas do ordenamento,³³ reconhecendo que toda interpretação implica uma ponderação de princípios³⁴ e um esforço de unificação de fontes normativas potencialmente contraditórias ao redor dos valores consagrados pela Constituição.³⁵ Interpretações *contra legem* escoradas na invocação genérica de princípios constitucionais e não inseridas na unidade lógica e axiológica do ordenamento, assim, embora não se descarte sua validade argumentativa, pertencem a outra escola hermenêutica e não ao direito civil-constitucional.³⁶ Esse equívoco frequente, em que incorre a civilística brasileira nas mais diversas matérias, tem agravado sobremaneira o já mencionado histórico de assistemática que caracterizou a evolução dogmática das

³¹ Leciona Pietro PERLINGIERI: “seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos –, seja na aplicação dita direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário –, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional respeito às relações pessoas e socioeconômicas” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 589-590).

³² De fato, como destaca Gustavo TEPEDINO, “as liberdades fundamentais, asseguradas pela ordem constitucional, permitem a livre atuação das pessoas na sociedade. [...] Tal poder, cujo conteúdo se comprime e se expande de acordo com opções legislativas, constitui-se em princípio fundamental do direito civil, com particular inserção tanto no plano das relações patrimoniais – na teoria contratual, por legitimar a regulamentação da iniciativa econômica pelos próprios interessados –, quanto no campo das relações existenciais – por coroar a livre afirmação dos valores da personalidade” (*Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual*. In: FRANÇA, Erasmo; ADAMEK, Marcus Vieira von (Coord.). *Temas de direito empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 317).

³³ Em perspectiva civil-constitucional, constata-se que o “caos das fontes do direito torna difícil a tarefa hermenêutica de reconstruir um sistema jurídico orgânico e unitário”, devendo o problema ser resolvido pela consideração de que a legalidade não se exaure na lei estatal, devendo ser buscada na axiologia do ordenamento (PERLINGIERI, Pietro. *Il principio di legalità nel diritto civile*, cit., p. 182. Tradução livre).

³⁴ Como ressalta Giorgio PINO: “é possível afirmar que uma tal lógica de balanceamento esteja subentendida a qualquer atividade interpretativa, já que toda técnica interpretativa pressupõe uma reconstrução (atual, hipotética, contrafactual etc.) ou uma proposta de individualização de uma possível *ratio legis*” (*Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 2008, p. 100). Particularmente sobre a metodologia civil-constitucional, como se teve oportunidade de sustentar em outra sede, “seria necessário dizer que é preciso ponderar princípios sempre, uma vez que todo ordenamento do caso concreto é composto por princípios potencialmente colidentes. Portanto, ‘ponderação’, no sentido de compatibilização de princípios, é algo presente em qualquer hipótese de interpretação-aplicação do direito” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela*, cit., p. 87).

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

³⁶ Propõe Pietro PERLINGIERI que o discurso dos juízes, “proposto em termos históricos e positivos, deve estar em consonância com os valores da Constituição, entre os quais indiscutivelmente o princípio da legalidade, entendido certamente, não como uma subserviente interpretação e aplicação de uma lei particular isolada, mas como o dever de interpretá-la e aplicá-la em respeito às normas e escolhas constitucionais, como a obrigação da correta motivação e argumentação” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 24).

categorias da responsabilidade civil. O prejuízo maior, nesse sentido, é sofrido pelos próprios requisitos autorizadores do dever de indenizar.³⁷

Dentre eles, o alvo mais recente de certos setores da doutrina tem sido o nexo de causalidade. De fato, a culpa foi democraticamente afastada pelo legislador brasileiro em uma série de relações inseridas no regime da responsabilidade objetiva, que atualmente disciplina boa parte das demandas reparatórias. Quanto ao dano, a doutrina que sustenta uma responsabilidade civil independente de prejuízo efetivo tem se aproveitado da grande flexibilidade da noção contemporânea de dano para, sem eliminá-la, nela inserir também as ameaças de lesão, mesmo quando não produzam resultados concretos.³⁸ O nexo de causalidade, assim, resiste como um último obstáculo para o surgimento do dever de indenizar; a doutrina que pretende expandir as hipóteses de surgimento desse dever tem desferido, por isso, duros golpes contra o requisito causal. Não bastasse se tratar de um conceito pouco claro, sua prova é especialmente difícil.³⁹ Antes identificada na produção episódica dos danos, a causalidade precisa ser provada atualmente em certas atividades que causam danos quotidianamente – tornou-se frequente, neste ponto, a alusão à noção, colhida da sociologia, de sociedade de risco.⁴⁰

Nesse contexto, sucessivas tentativas de abandono do nexo causal, mais ou menos claras, têm surgido na doutrina brasileira. Desprovidas, em geral, de subsídios legais e, ao mesmo tempo, desacompanhadas de uma fundamentação adequada para se superarem as escolhas legislativas atuais, tais propostas não parecem indicar um caminho legítimo ou eficaz para a solução dos problemas contemporâneos da responsabilidade civil.

2. A historicamente tormentosa independência conceitual dos requisitos da responsabilidade civil

Como acontece, em linhas gerais, com a maior parte dos setores do direito civil, buscar as raízes da responsabilidade civil na tradição romana ou em obras do período medieval

³⁷ A respeito, cf. DIEZ-PICAZO, Luís. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 238 e, na doutrina brasileira, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 11.

³⁸ Afirma-se, por exemplo, que um dos objetivos da reparação civil contemporânea seria “garantir ampla e integral reparação às vítimas, com extensão de igual direito a todos quantos alcançados indiretamente pelo dano ou expostos ao risco que o provocou, mesmo que por circunstâncias fáticas, devendo nesta hipótese o valor da reparação ser destinado a um fundo voltado para o estudo e a pesquisa da antecipação e do equacionamento dos danos oriundos de determinadas atividades socioeconômicas” (FRÓTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos*, cit., p. 230).

³⁹ Sobre as dificuldades de prova do nexo de causalidade, cf. CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *passim*. O autor sustenta: “o nexo causal *stricto sensu* não é um evento empírico observável ou perceptível como todos os demais acontecimentos materiais que compõem o complexo do enunciado causal” (p. 101).

⁴⁰ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 1999, *passim*.

resulta, quase sempre, em simples curiosidade histórica.⁴¹ De fato, é na primeira grande codificação e nas escolas de pensamento modernas que a influenciaram que parece ser mais profícuo iniciar quase toda investigação de direito civil.⁴² Particularmente em matéria de responsabilidade civil, essa tendência aparenta ser ainda mais verdadeira: de fato, foi com o *Code Napoléon* e suas fontes doutrinárias diretas que os ordenamentos do sistema romano-germânico (ao menos aqueles que herdaram o modelo francês de responsabilidade civil, como a Itália e o Brasil) passaram a cogitar do ato ilícito e de seus elementos como fonte do dever de indenizar.⁴³ Pothier, um dos mais influentes autores para a codificação francesa (e para a codificação italiana de 1865, seu espelho fiel), ao reelaborar a divisão quadripartite das fontes de obrigações colhida das *Institutas* de Gaio,⁴⁴ divulgou as figuras do delito e quase-delito como fontes do dever de indenizar.⁴⁵

Codificações mais recentes acabaram não adotando tal distinção e escolheram o ato ilícito como fonte principal da responsabilidade civil, como já aconteceu, na Itália, com o *Codice* de 1942⁴⁶ e, no Brasil, com o art. 159 do Código Civil de 1916.⁴⁷ A França, por sua vez, manteve a quadripartição das fontes.⁴⁸ Tanto na experiência francesa, contudo,

⁴¹ Sobre o decréscimo de importância da tradição romanista a partir do período moderno, cf. HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1997, pp. 130 e ss.

⁴² Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz, cit., p. 15.

⁴³ De fato, afirma-se que “os redatores do Código Civil renunciavam à casuística que tinha prevalecido no direito romano, preferindo a formulação de uma cláusula geral [art. 1.382] suscetível de apreender todos os comportamentos repreensíveis, inclusive aqueles que não foi possível prever quando da elaboração da lei” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*. In: GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 2013, p. 435. Tradução livre).

⁴⁴ Atribui-se às *Institutas* de Gaio a primeira classificação de fontes das obrigações de relevo considerável para a doutrina moderna. Veja-se, a esse propósito, o relato de Serpa LOPES: “A primeira e mais antiga classificação de fontes de obrigações vem das *Institutas* de Gaio: *omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*, entendendo-se por contrato não só a convenção, como ainda todo ato jurídico lícito, do qual derivase uma obrigação. [...] Os bizantinos, porém, introduziram uma outra modificação nessa matéria: [...] reservaram o termo – *delictum* – unicamente para os atos dolosos. Veio daí a necessidade de distinguir os negócios jurídicos voluntários dos exsurcidos sem o concurso da vontade, e, quanto ao ilícito, determinar os atos meramente culposos, distinguindo-os dos dolosos. Aos primeiros, denominaram de quase-contratos, e aos segundos, quase-delitos” (*Curso de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, pp. 28-29).

⁴⁵ Na lição de POTHIER: “Chama-se delito o fato pelo qual uma pessoa, por dolo ou malignidade, causa prejuízo ou dano a uma outra. O quase-delito é o fato pelo qual uma pessoa sem malignidade, mas por uma imprudência que não é escusável, causa algum dano a uma outra” (*Traité des obligations*, tome 1^{er}. Paris: Debure, 1761, p. 129. Tradução livre). Um estudo detalhado das fontes das obrigações no sistema continental é empreendido por SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, pp. 62 e ss.

⁴⁶ A respeito, explica Giovana VISINTINI: “atribuiu-se à escolha operada no art. 2.043 do código civil [italiano] o objetivo de apagar toda diferença entre delitos e quase-delitos, ao passo que a *ratio* legislativa era apenas a de introduzir o quase-delito como fonte de responsabilidade civil mesmo na falta de previsões penais. Daí deriva a ideia absurda de uma equivalência para fins civis de dolo e culpa, duas categorias conceituais que eram, em vez disso, tidas como bem distintas nas definições dos juristas do final do oitocento” (*Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pp. 65-66. Tradução livre).

⁴⁷ “Considerando a inutilidade prática da diferenciação entre delito e quase delito, o direito brasileiro abandonou-a, fixando na ideia de transgressão de um dever o conceito genérico do ato ilícito, pois que tais filigranas nenhuma solução na verdade trouxeram” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: GEN, 2018, p. 551).

⁴⁸ A reforma do direito das obrigações francês promovida pela *Ordonnance* n. 2016-131, embora tenha suprimido a expressão *quasi-délits* do *Code*, não modificou em nada a redação do art. 1.383 que a eles se referia, simplesmente o transpondo para o atual art. 1.241.

quanto nos países que adotaram o ato ilícito, boa parte do desenvolvimento da responsabilidade civil subjetiva seguiu tendências bastante semelhantes.⁴⁹ No direito francês, o codificador cogitou da *faute*, figura cuja dificuldade de tradução em estudos comparatistas tornou-se quase lendária,⁵⁰ já que congrega não apenas o aspecto culposo (que já se depreende da semântica coloquial do termo) como também a própria conduta de descumprimento de um dever jurídico pré-existente.⁵¹ Não é difícil notar, porém, que dificuldade muito semelhante se verifica na figura do ato ilícito:⁵² *ilícito*, na acepção original da palavra, é qualquer comportamento contrário ao Direito (o que inclui o descumprimento de qualquer dever jurídico ou vedação normativa), ao mesmo tempo em que o legislador brasileiro insiste historicamente em definir a ilicitude congregando-a aos elementos da responsabilidade civil (a culpa, onexo causal e o próprio dano).⁵³

Portanto, quando o *Code* prevê que todo fato humano que causa dano a outrem obriga aquele *par la faute duquel il est arrivé* a indenizar a vítima (antigo art. 1.382, atual art. 1.240), designa como *faute* não apenas a própria culpa do agente como, mais do que isso, o comportamento ilícito em si considerado.⁵⁴ Por outro lado, o codificador francês também atribui ao agente a responsabilidade por danos causados *non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* (antigo art. 1.383, atual art. 1.241). Como se percebe, a negligência e a imprudência (que, no direito brasileiro e em

⁴⁹ Cf. MONATERI, Pier Giuseppe. *Le strutture della RC*, cit., pp. 2-3.

⁵⁰ “Em 1948, Rabut distinguiu 23 definições de *faute* na literatura jurídica. Nesse sentido, a *liberté* oferecida pelo legislador não contribuiu para muita *égalité* ou *fraternité* seja nos tribunais, seja na doutrina” (DAM, Cees van. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 58. Tradução livre). A confusão conceitual é bem ilustrada por Pier Giuseppe MONATERI, que esclarece que, para a doutrina francesa, haveria *faute* “quando se causa um dano ilícitamente, ou seja, de modo contrário ao direito, isto é, violando os direitos da vítima ou as normas postas à sua proteção” (*Le strutture della RC*, cit., p. 5. Tradução livre).

⁵¹ Reconhecendo que “a definição da *faute* é difícil”, MALAURIE e AYNÈS afirmam que “um critério geral da *faute* costuma ser proposto partindo-se, seja de uma obrigação preexistente, seja sobretudo da ilicitude do ato. A ideia seria que a *faute* deixou de ter um significado moral, caracterizando-se tecnicamente” (*Droit des obligations*, cit., p. 42. Tradução livre).

⁵² A doutrina francesa, aliás, reconhece majoritariamente que “o ilícito é entendido aqui no direito francês como um elemento constitutivo da *faute* civil que pode resultar da lesão a um direito ou da falta a um dever ou uma obrigação” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*, cit., p. 443. Tradução livre).

⁵³ Crítica desenvolvida em SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun./2012, pp. 66-68. No mesmo sentido, cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 25.

⁵⁴ Conforme analisa Menezes CORDEIRO, se bem analisada a aplicação original do art. 1.382 do *Code*, a *faute* “acabava por surgir como pressuposto único da imputação delitual. A doutrina e a jurisprudência posteriores, marcadas, aliás, por um positivismo de tipo exegético, ver-se-iam na contingência de reconduzir, à *faute*, todo o sistema de imputação delitual e, mais tarde, obrigacional” (*Tratado de direito civil português*, vol. II, t. III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 322). No mesmo sentido, na própria doutrina francesa, Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN e Suzanne CARVAL relatam que, nos países que atribuem efeitos específicos à ilicitude, essa noção introduz o próprio método da relatividade aquiliana, mas isso não obsta que se leve em consideração a ilicitude na doutrina francesa, onde ela é pouco controvertida, por se encontrar contida no conceito de *faute* (*Les conditions de la responsabilité*, cit., pp. 443-444. Tradução livre). A superação, no direito francês, da chamada relatividade aquiliana (que pressupunha que apenas os titulares do interesse protegido pela regra pudessem reclamar a reparação), propiciada pela elasticidade da *faute*, também é relatada por MALAURIE e AYNÈS (*Droit des obligations*, cit., p. 43).

outros ordenamentos, passaram a ser associados, com o tempo, à culpa) na letra da lei francesa são inseridos no mesmo rol que o fato danoso (ali indicado para representar o comportamento doloso que caracteriza os chamados delitos), muito embora o fato danoso represente, a rigor, a própria causa do dano. Nesse cenário, o que se verificou foi uma grande confusão conceitual dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil subjetiva, os quais, embora tratados como figuras autônomas pela doutrina, não raro se fundiam, na prática, em uma análise única da *faute* como fonte de responsabilidade civil.⁵⁵

Essa flexibilidade da *faute* foi, em grande parte, responsável pela expansão das hipóteses concretas de danos indenizáveis na França,⁵⁶ a corroborar o enquadramento do sistema francês como um modelo de atipicidade das fontes do dever de indenizar⁵⁷ – mesmo papel desempenhado pelo ato ilícito no sistema brasileiro (particularmente sob a égide do Código Civil de 1916, em que a responsabilidade subjetiva representou, por muito tempo, o regime amplamente predominante de reparação civil). As duas figuras, aliás, têm outro ponto em comum: também o ilícito brasileiro, tendo sido, por décadas, a principal fonte de responsabilidade civil, acabou sendo tratado, na prática, como uma unidade conceitual, sem que se desse a devida atenção aos seus requisitos autorizadores.

Nesse sentido, embora a doutrina sempre tenha tratado da culpa, do dano e do nexo como figuras autônomas e imprescindíveis à configuração do ilícito, tornaram-se frequentes definições tautológicas dessas figuras: a culpa como a violação de um dever (a rigor, o ilícito);⁵⁸ o ilícito como a produção culposa do dano;⁵⁹ o dano como a violação culposa do dever;⁶⁰ e assim por diante. Além do problema dogmático oriundo de tais definições, que em nada contribuíam para a aplicação dos elementos da responsabilidade civil, esse contexto acarretou, ainda, a redução da noção de ilicitude ao comportamento

⁵⁵ “Procurando, com toda a reserva que tal procedimento implica – exprimir o conteúdo de *faute*, podemos considerar que ela abrange, no seu funcionamento, a ilicitude, a culpa e o nexo causal” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. III, cit., p. 324).

⁵⁶ Pondera Menezes CORDEIRO: “Os cem primeiros anos de vigência do Código Napoleão mostraram que o sistema de responsabilidade civil, simplesmente baseado na *faute*, era funcional. Além disso, ficou claro que se tratava de um sistema responsivo, claramente capaz de acompanhar uma realidade em permanente mutação, sem sobressaltos nem necessidade de alterações formais. A simplicidade e a indefinição da *faute* traduziram a chave do êxito” (*Tratado de direito civil português*, vol. II, t. III, cit., p. 324).

⁵⁷ O antigo art. 1.382 do *Code*, aliás, é considerado “uma das provisões sobre responsabilidade civil mais gerais já projetadas” (DAM, Cees van. *European Tort Law*, cit., p. 56. Tradução livre).

⁵⁸ “O conceito de culpa é unitário, embora sua ocorrência possa dar-se de maneiras diversas. São todas elas, entretanto, meras modalidades pelas quais pode caracterizar-se a violação do dever preexistente. Em toda culpa há uma violação do ordenamento jurídico, caracterizando ontologicamente o comportamento ilícito” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 95).

⁵⁹ “Ato ilícito é, assim, a ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta e imediatamente, um preceito jurídico do Direito Privado, causando-se dano a outrem” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 438).

⁶⁰ Segundo SAN TIAGO DANTAS, “e o evento do ato ilícito é o dano causado a alguém, dano moral ou dano material” (*Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 305).

culposo produtor de danos,⁶¹ entendimento bastante criticável que acabou sendo albergado também pelo Código Civil de 2002. A rigor, ilícita é a conduta contrária à legalidade no direito privado, isto é, a conduta antijurídica; a produção de dano e a existência de culpa são relevantes para o surgimento do dever de indenizar, mas não para a configuração da ilicitude em sentido amplo.⁶² Uma cláusula contratual nula, por exemplo, por violar norma de ordem pública, é, na acepção ora apresentada, ilícita, ainda que não enseje reparação civil.⁶³ A escolha legislativa brasileira, porém, foi a de restringir o termo a uma *fattispecie* muito mais específica (a do atual art. 186 do Código Civil).

A confusão conceitual que se vem de apresentar não foi especialmente prejudicial à interpretação e aplicação do sistema normativo da responsabilidade civil na vigência do Código Civil de 1916 por diversas ordens de razão. Em primeiro lugar, as dificuldades que poderiam advir do fato de o ato ilícito ser analisado como um conceito unitário (isto é, sem grande diferenciação entre seus elementos) foram amplamente compensadas pelo recurso às excludentes de ilicitude e das excludentes de responsabilidade civil. Com efeito, por se tratar de conceitos aparentemente claros (como a legítima defesa, o exercício regular de direito, o caso fortuito ou o fato exclusivo de terceiro), o intérprete passou a identificar com frequência a ilicitude e o próprio nexos causal a partir da verificação, na prática, da ausência dessas excludentes na produção do dano.⁶⁴ As dificuldades de identificação e de prova da culpa, por sua vez, foram progressivamente mitigadas pela ampla criação de hipóteses de presunção desse requisito.⁶⁵

⁶¹ Nesse sentido, cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 437.

⁶² Assim sustenta Judith MARTINS-COSTA: “a estrutura hoje codificada mostra que a obrigação de indenizar ganhando autonomia e estando agora situada em título próprio liberou a reconstrução do conceito de ilicitude por forma a abranger também a ilicitude derivada do exercício jurídico de que não resulte consequência indenizatória, mas outras formas de tutela, inclusive processuais” (Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74). Assim também se sustentou anteriormente em SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito*, cit., pp. 66-68.

⁶³ Permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, item 1.1.2.

⁶⁴ No que diz respeito às excludentes de responsabilidade civil e ao nexos causal, Gisela Sampaio da CRUZ analisa criticamente a tendência de se confundirem “ausência de causalidade” e “causalidade interrompida”, formulando diversos exemplos para demonstrar como, na prática, pode ser difícil diferenciar estes conceitos (*O problema do nexos causal na responsabilidade civil*, cit., p. 159). A mesma dificuldade parece aplicável às excludentes de ilicitude ou causas de justificação – as quais, aliás, são frequentemente confundidas, mesmo por autorizada doutrina, com as causas interruptivas do nexos causal (cf., ilustrativamente, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 385). A confusão agravou-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 14, §3º, segundo alguns autores, presumiria a existência do nexos causal e exigiria a prova, pelo réu, das excludentes de responsabilidade civil (ilustrativamente, confundido excludentes de ilicitude e de responsabilidade e presumindo a existência de nexos causal a partir da ausência de provas de excludentes, cf. STJ, AgInt no AREsp 1024923, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 27.6.2017).

⁶⁵ O processo na doutrina romano-germânica é relatado por SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974, pp. 84-85; sobre essa evolução na experiência brasileira, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*, cit., item 1.

Em segundo lugar, a quase onipresença do regime de responsabilidade civil subjetiva, com raras hipóteses legisladas de responsabilidade independente de culpa, permitiu que, por muito tempo, os requisitos do dever de indenizar permanecessem imbricados sob o manto do ato ilícito, pois esta era a única *fattispecie* relevante. Apenas, portanto, com o significativo crescimento da responsabilidade civil objetiva ao final do século passado, seja com o crescimento da responsabilidade estatal, seja com o advento do Código de Defesa do Consumidor, é que a dificuldade de se diferenciarem culpa, nexos causal, dano e o próprio ilícito ganhou particular relevo. A entrada em vigor do atual Código Civil, que consagrou uma cláusula geral fundada no risco e paralela às previsões legais específicas (art. 927, parágrafo único) representou o impulso final nesse processo, que pôs em destaque as incongruências conceituais que já imperavam no regime anterior.

Isso se deu porque, de um lado, o abandono legislativo da culpa como requisito do dever de indenizar forçou o intérprete a buscar, na medida do possível, apartar seu raciocínio de qualquer consideração que remetesse aos múltiplos conceitos já conferidos a esse termo na doutrina. Como se verá mais adiante, essa tentativa foi particularmente malsucedida em matéria de se perquirir o nexo de causalidade. De outra parte, floresceu o entendimento de que a responsabilidade civil objetiva representava a atribuição do dever de indenizar a agentes que desempenhavam atividades lícitas.⁶⁶ Nesse passo, tornou-se necessário indagar: não há que se falar em antijuridicidade no campo da responsabilidade civil objetiva?

A rigor, a questão depende de uma discussão muito mais ampla, a saber, a da antijuridicidade da categoria do dano injusto. Com efeito, tendo o dano injusto substituído o ato ilícito como núcleo do sistema brasileiro de responsabilidade civil,⁶⁷ torna-se necessário definir se a injustiça do dano continua a significar também a antijuridicidade da conduta do agente (como acontecia na concepção clássica de ilícito danoso, em que todos esses requisitos se encontravam, como se viu, fundidos)⁶⁸ ou se,

⁶⁶ Segundo Maria Celina BODIN DE MORAES, “inteiras searas do direito de danos, antes vinculadas à culpa, hoje cumprem o objetivo constitucional de realização da solidariedade social, através da ampla proteção aos lesados, cujos danos sofridos, para sua reparação, independem completamente de negligência, imprudência, imperícia ou mesmo da violação de qualquer dever jurídico por parte do agente. São danos (injustos) causados por atos lícitos, mas que, segundo o legislador, devem ser indenizados” (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 25).

⁶⁷ A respeito, cf. GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil, cit., *passim*.

⁶⁸ Segundo Caio Mário da Silva PEREIRA, a noção de dano estava necessariamente associada à antijuridicidade: “partindo do princípio contido no art. 186 do Código Civil, inscreve-se o dano como circunstância elementar da responsabilidade civil. Por esse preceito fica estabelecido que a conduta antijurídica, imputável a uma pessoa, tem como consequência a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado” (*Responsabilidade civil*, cit., p. 52). De fato, no paradigma da noção tradicional de ato ilícito, “o dano era considerado o elemento objetivo do ato ilícito e identificado com a lesão do direito subjetivo” (GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil, cit., p. 297).

diversamente, a adoção contemporânea do paradigma do dano injusto permitiu dissociar dano e antijuridicidade, de modo que o dever de indenizar possa decorrer tanto de condutas contrárias ao direito quanto de condutas danosas plenamente lícitas.⁶⁹ A discussão talvez atenda mais ao impulso classificatório da doutrina do que a aplicações práticas relevantes. Nela, porém, residem explicações prováveis para diversos entendimentos reproduzidos pela dogmática. Assim, por exemplo, o fato de as atividades danosas sujeitas a regimes objetivos de responsabilidade civil serem enquadradas por autorizada doutrina como atos-fatos jurídicos⁷⁰ decorre, ao que parece, da crença de que esses atos sempre são conformes ao ordenamento e nunca antijurídicos.⁷¹

De outra parte, o já mencionado fato de a tradição do direito brasileiro confundir a forma mais tradicional de antijuridicidade (o ato ilícito visto como desconformidade estrutural ao direito) com a conduta culposa e produtora de danos prevista pelo art. 186 do Código Civil prejudica sobremodo o entendimento da questão. De fato, diante da necessidade de se qualificarem atos danosos (criadores do dever de indenizar) nos quais a culpa deve ser irrelevante, muitos autores sentem a necessidade de se afastarem da figura do ato ilícito – como se a culpa, além de fundamento de imputação do dever de reparar, respondesse também pela antijuridicidade do ato.⁷² A rigor, a qualificação “ilícito”, em qualquer de suas acepções, mostra-se estranha ao quadro geral classificatório dos fatos jurídicos, que toma por base o papel da vontade individual e não a juridicidade do próprio fato. O ato ilícito do art. 186 do Código Civil, portanto, consiste, em verdade, em um fato humano juridicamente relevante (em geral ato-fato, mas até mesmo ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico) sujeito a um regime especial em decorrência da produção de um dano injusto. Idêntica definição se aplica aos atos danosos sujeitos ao regime de responsabilidade objetiva. Se todos esses atos podem ser tidos como antijurídicos, trata-se de discussão relevante para outros fins, mas não para essa classificação, que verifica apenas a fonte (legal ou convencional) dos efeitos do ato.

⁶⁹ Nesse sentido, afirma Maria Celina BODIN DE MORAES que “a assunção de um risco lícito torna-se, com a previsão do parágrafo único do art. 927, critério de imputação de responsabilidade civil” (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 27).

⁷⁰ Afirma, por exemplo, Paulo LÔBO: “Exemplo relevante de ato-fato jurídico é a responsabilidade objetiva ou sem culpa” (*Direito civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232). Trata-se de entendimento liderado, na doutrina brasileira, por PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 457) e também defendido por Marcos Bernardes de MELLO (*Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 137).

⁷¹ Para uma análise crítica dessa concepção, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de Souza. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 86.

⁷² Emblemática, neste ponto, a passagem de Caio Mário da Silva PEREIRA: “A teoria da responsabilidade civil assenta, em nosso direito codificado, em torno de que o dever de reparar é uma decorrência daqueles três elementos: antijuridicidade da conduta do agente; dano à pessoa ou coisa da vítima; relação de causalidade entre uma e outro” (*Responsabilidade civil*, cit., p. 119). A questão é sistematizada de forma mais adequada por Orlando GOMES, ao explicar que da definição legal de ato ilícito “se deduzem os seus elementos: subjetivo, a culpabilidade, e objetivo, a antijuridicidade” (*Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*, cit., p. 294).

Em outros termos, tanto os “atos ilícitos” previstos pelo art. 186 (fonte de responsabilidade civil subjetiva) quanto os atos-fatos jurídicos que produzem danos e ensejam responsabilidade objetiva (do próprio agente ou de quem responda indiretamente por seus atos) provocam um efeito não estipulado pela vontade do agente: o surgimento do dever de indenizar. A associação da responsabilidade objetiva a atos-fatos jurídicos, portanto, não é descabida, embora deixe de reconhecer que até mesmo atos negociais, instrumento máximo da vontade negocial, podem gerar efeitos impostos por lei,⁷³ inclusive o dever de indenizar (tanto sob o regime subjetivo quanto objetivo de responsabilidade civil). Frise-se, ainda, que a inexigibilidade de vontade juridicamente qualificada (característica ínsita aos atos-fatos jurídicos) não é sinônimo de ausência de culpa⁷⁴ (portanto, não há aí uma relação direta com a responsabilidade objetiva) e que, de outra parte, também se exige culpa, em alguns casos, por parte do causador direto do dano para que surja o dever de indenizar objetivo para o responsável indireto.⁷⁵

Em outros termos: qualquer ato humano voluntário pode ser considerado lícito ou ilícito (e, para os fins de aplicação da responsabilidade subjetiva, haverá dever de indenizar conforme desse ato advenha ou não dano injusto). No que tange à responsabilidade objetiva, parece razoável compreender que nela também continua a existir a antijuridicidade, que permanece residindo no elemento objetivo (o dano causado a outrem).⁷⁶ Considerar que, em qualquer dos dois regimes, o caráter antijurídico está na produção do dano e não na conduta contribui para a superação da indesejável crença em um papel proeminentemente punitivo desempenhado pela responsabilidade civil, ao mesmo tempo em que soluciona algumas controvérsias particulares. Essa perspectiva

⁷³ Permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., item 1.4.

⁷⁴ Tal entendimento é expresso, por exemplo, por Caio Mário da Silva PEREIRA: “A imputabilidade do agente significa, desta sorte, a capacidade de entender e de querer, no momento em que for cometido o ato danoso. A voluntariedade do ato não se confunde com a intenção de causar dano ou a consciência dele, que é elementar no dolo [...]. Nem implica a imputabilidade do ato à consciência do agente isenção de reparar o dano, quando o fato é atribuível a um incapaz. O Código Civil desloca a reparação, nesses casos, para o plano da responsabilidade indireta, dos pais, tutores, curadores pelos atos dos filhos, pupilos, curatelados (art. 932) que respondem independentemente de culpa (art. 933)” (*Responsabilidade civil*, cit., p. 46).

⁷⁵ Por exemplo, no caso de responsabilidade do empregador pelos atos do preposto. A respeito, v. BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 832.

⁷⁶ Nesse sentido, Guido ALPA situa a aferição da antijuridicidade na injustiça do dano (*Manuale di diritto privato*. Padova: CEDAM, 2017, p. 655), e esclarece que, mesmo na chamada responsabilidade civil objetiva por atos lícitos, trata-se de casos em que a lei, diante de uma lesão a um interesse juridicamente protegido, consente com essa lesão por razão de prevalência do interesse do agente, mas não deixa de estipular o dever de indenizar (Ibid., p. 659). No ponto, leciona, ainda, Pietro PERLINGIERI que, por um longo tempo, a doutrina entendeu a injustiça do dano como “antijuridicidade da conduta”, “reconduzindo-a, assim, ao plano do elemento subjetivo”, quando na verdade “o requisito da injustiça do dano exprime a exigência de limitar a ressarcibilidade ao dano consequência de uma lesão a uma situação alheia juridicamente tutelada”. Por isso, em uma perspectiva teleológica, superando-se a concepção tradicional, “o inteiro sistema da responsabilidade civil se funda sobre a injustiça do dano, seja na hipótese da atividade ilícita, seja na hipótese da atividade lícita danosa” (*Manuale di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2014, p. 899. Tradução livre).

permite, por exemplo, estender a aplicabilidade das chamadas excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, consentimento do ofendido, estrito cumprimento do dever legal e assim por diante) ao regime da responsabilidade objetiva, interpretação que se torna duvidosa entre os autores que entendem ser a culpa o índice da ilicitude e não haver antijuridicidade no regime objetivo.⁷⁷

A própria fonte de que se serviu o direito privado para o reconhecimento das excludentes de ilicitude, a saber, o direito penal, parece indicar esse caminho. Na teoria do delito, tais hipóteses afastam a antijuridicidade do ato delituoso,⁷⁸ o que implica dizer que, em um juízo valorativo feito já *a priori* pelo legislador, concluiu-se que elas descaracterizam a contrariedade da conduta do agente ao ordenamento; tal concepção faz sentido na seara criminal, justamente porque ali o objeto de valoração é a própria conduta. Ora, na esfera civil, em que a mera conduta não enseja responsabilização e o foco reside na proteção da vítima, mostra-se muito mais razoável entender que a contrariedade ao direito reside no dano e não em nenhum atributo da conduta do agente.

Isso explica, inclusive, por qual motivo, diversamente do direito criminal, na esfera cível as chamadas excludentes de ilicitude podem vir a ensejar responsabilidade (nos termos dos arts. 929 e 930 do Código Civil): essas hipóteses, ao contrário do que a alcunha importada do direito penal sugere, não excluem, de fato, a antijuridicidade, que está sempre presente no elemento do dano. Em outros termos, o dano permanece sendo um problema a ser tratado pelo ordenamento em todas as hipóteses. No entanto, sempre que o prejuízo tenha sido causado a uma pessoa que não ocasionou o perigo, a ponderação valorativa do legislador prepondera em prol da reparação; diversamente, quando a vítima for o próprio criador do perigo (problema que normalmente se associa à legítima defesa), entende a ordem jurídica que poderá restar irressarcida, mesmo porque foi sua conduta que iniciou, remotamente, a cadeia causal de produção do dano.⁷⁹ O próprio fato de as excludentes de ilicitude serem ditas também causas de justificação (e a conduta do

⁷⁷ Nesse sentido parece postar-se MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo do direito e o rumo indicado pela boa-fé, cit., p. 70.

⁷⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷⁹ Bastante representativa desse juízo valorativo é a lição de Aguiar DIAS, que, ao criticar a disposição do art. 65 do Código de Processo Penal (que, segundo alguns autores, isentava do dever de indenizar no âmbito cível o réu que houvesse sido absolvido no âmbito criminal sob alegação de estado de necessidade), sustentava: “Não há argumento capaz de convencer-nos de que o direito que temos de lesar a outrem em estado de necessidade seja mais forte e mais merecedor de proteção do que o que assiste ao prejudicado de se ver repostos na situação anterior ao dano” (*Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 777-778). Afirmava, ainda, o autor em relação à legítima defesa: “Se o ato é lícito, por se ter como legítimo a defesa da sua vida, não é lícito fazê-lo em detrimento da vida de terceiro, que não criou o perigo. Não pode ser objeto da discussão a isenção do agente que pratica o fato danoso em legítima defesa. Mas essa isenção só vale, para ele, em relação à vítima que provocou a repulsa. O terceiro, não participante da provocação, tem pleno direito à reparação” (Ibid., p. 781).

agente em tais hipóteses, “atos justificados”)⁸⁰ parece confirmar essas assunções, pois reforça a impressão de que o problema que se tem em causa nada mais é do que um juízo de merecimento de tutela, feito pelo legislador, com vistas a determinar se é mais conforme ao ordenamento que vítima seja ou não ressarcida nesses casos.⁸¹

Cria-se, ainda, um sistema de regresso para que o causador do dano que tenha ressarcido a vítima possa ser reembolsado pelo criador do perigo – o que evidencia, afinal, que a hipótese é de responsabilidade indireta imputada ao autor do dano (que agiu em estado de necessidade ou legítima defesa) pelos atos da pessoa que criou o perigo. Como nos demais casos de responsabilidade indireta, o dever de indenizar não é imposto ao causador do dano com fundamento em eventual conduta culposa sua, mas consiste em hipótese de responsabilidade objetiva,⁸² decorrendo tão somente de um imperativo do princípio da solidariedade.⁸³ Justamente por isso, autoriza-se o regresso posterior contra o criador do perigo, como mecanismo para se evitar o enriquecimento injusto⁸⁴ deste último que, tendo atuado como causa necessária do dano, deveria ser o verdadeiro responsável. Autoriza, ainda, em caso de legítima defesa de terceiro, o regresso em face do terceiro favorecido – que, sendo diretamente interessado na produção do dano que o beneficiou, deve ser também, sempre que possível, o responsável final.⁸⁵

⁸⁰ Segundo Fernando NORONHA, dizem-se justificados os “atos danosos da pessoa ou de bens alheios praticados em circunstâncias em que seria inexigível outro comportamento” (*Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 545).

⁸¹ No direito italiano, Giovana VISINTINI, embora refute que a análise das causas de justificação e da injustiça do dano correspondam a um raciocínio único (como ora se sustenta), reconhece que “com frequência os juízes, na valoração relativa à ocorrência de uma causa de justificação, são chamados a efetuar uma ponderação equitativa dos interesses contrapostos” (*Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 590). Por sua vez, Guido ALPA, ao tratar do conceito de dano injusto, esclarece que este “não significa apenas o dano justificado”, isto é, a presença de causas de justificação, pois o sentido da injustiça seria mais amplo (*Manuale di diritto privato*, cit., p. 655. Grifou-se). No direito brasileiro, Gisela Sampaio da CRUZ corrobora a noção ora sustentada de que, presente a causa de justificação, pode haver, mesmo assim, dever de indenizar, pois, “embora o ato seja lícito, ao mesmo tempo provoca um dano injusto” (*As excludentes de ilicitude no Novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 432). Sobre a noção de dano injusto como resultado de um juízo de merecimento de tutela, cf. ALPA, Guido. *Ibid.*, p. 657; e, no direito brasileiro, SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela*, cit., item 5.

⁸² Como relata Gisela Sampaio da CRUZ, inicialmente se afirmou em doutrina que havia “culpa indireta” na conduta do causador do dano, pois ele poderia, teoricamente, ter suportado a lesão sem causar danos a terceiro. Esse entendimento evoluiria para a presunção de culpa e, finalmente, para o regime objetivo (*As excludentes de ilicitude no Novo Código Civil*, cit., pp. 435-437).

⁸³ Nesse sentido, Aguiar DIAS, apoiando-se na lição de Giorgi, afirma que a reparação nos casos dos atos justificados funda-se “na equidade, na solidariedade ou na assistência social. Esse nos parece o critério mais acertado e coincide, aliás, com o nosso ponto de vista sobre a responsabilidade civil em geral: a obrigação de reparar surge da simples violação injusta do *statu quo*. Ora, não é justo que o terceiro, em quem recai o resultado do ato necessário, sofra o prejuízo, para permitir que dele se livre aquele a quem o dano foi dirigido” (*Da responsabilidade civil*, cit., p. 780).

⁸⁴ O adjetivo “injusto” se refere à recondução do enriquecimento sem causa a um juízo de merecimento de tutela, conforme desenvolvido por SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., *passim*.

⁸⁵ Como ressalta Gisela Sampaio da CRUZ, “melhor seria se o Código Civil de 2002 possibilitasse a ação regressiva também contra o favorecido pelo ato praticado em estado de perigo, e não apenas contra aquele que o provocou, exatamente como o fez na legítima defesa, em que a ação regressiva é cabível contra o beneficiado. É que o beneficiado, seja na legítima defesa, seja no estado de perigo, é mais facilmente identificável que o provocador do perigo. Além disso, ninguém melhor do que ele para aceitar ressarcir os prejuízos provocados em seu favor” (*As excludentes de ilicitude no Novo Código Civil*, cit., p. 439).

Tais considerações permitem estender o sistema das “excludentes de ilicitude” ou “causas justificativas” aos casos de responsabilidade civil independente de culpa,⁸⁶ pois, diversamente do que se costuma afirmar, a antijuridicidade não parece estar no requisito culposos da conduta, e sim no próprio dano. Essa conclusão apresenta enormes repercussões práticas – pense-se, por exemplo, na contradição que ocorreria caso uma instituição hospitalar não pudesse alegar o consentimento do ofendido, causa supralegal de exclusão da ilicitude, nos casos em que for realizada cirurgia eletiva que implique a diminuição permanente da integridade física do paciente: seria necessário reconhecer a ele o direito à indenização pelo tratamento por ele próprio querido, apenas porque a instituição se sujeita ao regime objetivo de responsabilidade.⁸⁷ Por outro lado, o fato de um ato ser dito justificado apenas significa que ele não se enquadra nos moldes de ilicitude prevista pelo art. 186 do Código Civil, mas não que não seja, em alguma medida, contrário ao ordenamento. Portanto, pode ser necessária uma resposta do sistema ao ato justificado, consistente na reparação civil prevista pelos arts. 929 e 930 do Código Civil: quando aplicável, essa reparação será imposta objetivamente, independentemente de se indagar se o responsável, caso não pudesse invocar uma das “excludentes de ilicitude”, estaria sujeito a um regime subjetivo ou objetivo de responsabilidade civil.

Não é difícil notar que o árduo trajeto teórico acima esboçado não era particularmente necessário em um cenário onde apenas vigorava a responsabilidade civil subjetiva: nesta, a culpa figurava como requisito e, portanto, pouco importava saber se a antijuridicidade decorria dela, ou se era ela que era afastada pelas chamadas excludentes de ilicitude. Foi o regime objetivo de responsabilidade que trouxe a lume o problema. E o mesmo é possível afirmar acerca de um sem-número de outras controvérsias. Bastaria lembrar, por exemplo, o hábil ajuste a que precisou recorrer a doutrina, com o crescimento da responsabilidade objetiva, para substituir os termos *culpa da vítima* e *culpa de terceiro* por *fato da vítima* e *fato de terceiro*, de modo a adaptá-los a um sistema independente de culpa: em se tratando de causas interruptivas do nexos causal, concluiu-se, eventualmente, que não havia sentido em confundi-las com o atributo culposos.⁸⁸

⁸⁶ Nesse sentido, Judith MARTINS-COSTA cogita da plena possibilidade de uma ilicitude objetiva, isto é, não culposa (Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, cit., p. 75).

⁸⁷ Caso estudado em maior detalhe em SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*: estudo de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 156-157.

⁸⁸ Pondera Gisela Sampaio da CRUZ: “A ‘culpa exclusiva da vítima’ é uma excludente de responsabilidade civil que interfere no liame que vincula a conduta do agente ao dano. Dessa forma, até mesmo na responsabilidade civil objetiva, com esta excludente, o agente fica isento do dever de indenizar. Isto é assim porque a, embora a responsabilidade objetiva independa de culpa, a ação exclusiva da vítima afeta, frise-se, o nexos causal” (*O problema do nexos causal na responsabilidade civil*, cit., p. 169).

Cogite-se, ainda, dos casos de responsabilidade civil por conduta omissiva. É tradicional o entendimento segundo o qual apenas responde por danos oriundos de sua própria inação a pessoa que, quedando-se inerte, descumpriu um dever específico de conduta; em outros termos, deve ser responsabilizado pela própria omissão aquele que tinha um dever específico de agir.⁸⁹ O entendimento parece bastante influenciado pelo direito penal, em que a omissão costuma ser considerada relevante quando a pessoa que se omitiu se encontrasse na posição de garante do bem jurídico lesado – portanto, tivesse um dever particular de agir e não uma oportunidade genérica de fazê-lo (crimes omissivos impróprios).⁹⁰ A noção de descumprimento de um dever, contudo, é tradicionalmente atrelada à culpa, que, em sua conceituação mais objetiva (dita *culpa normativa*), costuma ser associada à inobservância de parâmetros de conduta.⁹¹ Gera-se, então, o paradoxo: nos casos em que o responsável se submete ao regime de responsabilidade civil objetiva, como responsabilizá-lo pela omissão, se a culpa não deveria desempenhar qualquer papel para o surgimento do *an debeatur* nesses casos?

A perplexidade surge, sobretudo, no campo da responsabilidade estatal. Tamanha é a extensão do problema que autorizada doutrina chega a sustentar que apenas haveria responsabilidade civil por conduta omissiva em regimes de responsabilidade subjetiva, de tal modo que o Estado passaria a responder apenas mediante demonstração de culpa nesses casos.⁹² De outra parte, uma segunda corrente, aplicando a literalidade do art. 37, §6º, da Constituição, entende que a responsabilidade permanece sendo objetiva, muito não se atendo ao problema da compatibilidade da perquirição de deveres de conduta com

⁸⁹ Leciona Guido ALPA que, em matéria de responsabilidade civil por omissão, não basta a cláusula geral do dever de indenizar, que fica “subordinada à existência de uma norma que obrigava o sujeito a agir. No setor das omissões, então, segue-se o princípio geral que assegura a cada indivíduo a liberdade de não agir [...]. Em matéria de omissões se procede a uma tipificação dos comportamentos requeridos e, assim, dos comportamentos ilícitos, que se tornam ilícitos pela inobservância de uma norma de lei” (*Manuale di diritto privato*, cit., p. 650. Tradução livre).

⁹⁰ A respeito, dispõe o Código Penal: “Art. 13. [...] 2º - A omissão é penalmente relevante quando o emitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”. A analogia com os crimes omissivos impróprios parece oportuna porque, ao contrário dos crimes omissivos próprios (que são crimes formais), os impróprios exigem o resultado material (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit.), à semelhança do dano na responsabilidade civil.

⁹¹ Afirma Maria Celina BODIN DE MORAES: “Originalmente, culpa era apenas a situação contrária ao direito, porque negligente, imprudente, imperita ou dolosa, que acarretava danos aos direitos de outrem. Modernamente, todavia, diversos autores abandonaram esta conceituação, preferindo considerar a culpa o descumprimento de um *standard* de diligência razoável, diferenciando esta noção, dita ‘normativa’ ou ‘objetiva’, da outra, dita ‘psicológica’” (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 21).

⁹² Veja-se, por todos, a lição de Celso Antônio Bandeira de MELLO: “Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 1002-1003).

esse regime.⁹³ De fato, compreendendo-se o conceito normativo de culpa como o descumprimento de *standards* de conduta, como empreender semelhante juízo em um regime onde a prova da culpa deveria ser de todo irrelevante?

Em verdade, ao que parece, o que se pretende aferir quando se alude ao descumprimento de um dever específico pelo agente (em geral, o ente estatal) nos casos de responsabilidade civil por omissão consiste em um problema de causalidade – particularmente, de causalidade necessária. De fato, para que uma omissão possa ser considerada *causa necessária* do dano, não se pode tratar de *qualquer* omissão, sob pena de se retornar à crítica tantas vezes desferida contra a teoria da equivalência dos antecedentes: todas as omissões de todos os agentes da sociedade teriam, nesse caso, de ser imputáveis pelo dano.⁹⁴ Ao contrário, a omissão que enseja responsabilidade do omitente deve ser qualificada, no sentido de ter sido necessária e ter causado diretamente o prejuízo sofrido; se a essa omissão se somou um imponderável conjunto de fatores, não há fundamento legítimo para considerá-la causa necessária do dano.⁹⁵ A prova dessa causalidade não se torna mais simples com essa constatação, mas parece preferível, ainda assim, excluir da equação um juízo de culpabilidade totalmente alheio à *fattispecie*.

Também nas relações privadas essa concepção da responsabilidade por omissão se mostra útil à atividade hermenêutica. Basta cogitar, por exemplo, da figura, desenvolvida pela doutrina, do *dever de mitigar o próprio dano* (*duty to mitigate the loss*). Trata-se de uma categoria usualmente associada, no direito brasileiro, à violação do princípio da boa-fé objetiva ou a uma hipótese de abuso do direito por comportamento omissivo.⁹⁶ Embora não se verifique qualquer equívoco em tais fundamentações, parece mais simples lançar mão do próprio instrumental técnico da responsabilidade civil para

⁹³ Segundo pondera Gustavo TEPEDINO: “A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade qualquer construção ou dispositivo subjetivista, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional” (A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 221).

⁹⁴ Nesse sentido, é a possibilidade de se invocarem causas interruptivas do nexos causal que permite refutar o argumento de uma suposta panresponsabilização do Estado (TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal, cit., p. 222).

⁹⁵ Nesse sentido, cf. TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal, cit., p. 222.

⁹⁶ Segundo Judith MARTINS-COSTA, “pode o credor ofender a boa-fé pela violação do dever de não agravar os danos acaso existentes, na medida em que lhe cabe o dever de mitigação dos danos” (Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan et al. *Temas relevantes de direito civil contemporâneo*. São Paulo, Atlas, 2012, p. 585). Em sentido semelhante, mas conferindo maior ênfase ao aspecto abusivo: “pretender reparação por prejuízos evitáveis configura exercício abusivo do direito subjetivo à reparação” (RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A mitigação de prejuízos no direito brasileiro: *quid est et quo vadat?*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017, p. 15).

explicar as situações em que a vítima do dano, deixando de tomar certas providências, permite, com sua omissão, o agravamento do prejuízo. Se a omissão da vítima em mitigar o prejuízo foi uma causa determinante (diga-se, necessária) para que o dano tenha atingido sua efetiva extensão, então o ofensor não poderá responder pela integralidade da indenização, pois houve concorrência de causas para que o dano atingisse tamanha gravidade.⁹⁷ A hipótese é, portanto, de fato concorrente da vítima e, em consequência, deve ser resolvida no plano da causalidade (não na perquirição, tipicamente de culpabilidade, a respeito de um suposto descumprimento de dever).⁹⁸

As considerações precedentes parecem bastantes para demonstrar a confusão generalizada entre os requisitos da responsabilidade civil no direito brasileiro. Herdada do período de hegemonia da responsabilidade pelo ato ilícito culposo, essa confusão ganha contornos mais drásticos em um regime de responsabilidade civil objetiva, onde, desfeita a unidade conceitual da figura prevista pelo art. 186 do Código Civil, faz-se necessário trabalhar com os requisitos do dever de indenizar em uma permanente dissociação com o elemento culposo. Longe de se arvorar a tarefa (talvez insolúvel neste estágio de evolução da doutrina) de esclarecer os conceitos atuais desses requisitos, o presente estudo busca tão somente evidenciar a referida dificuldade hermenêutica, de modo a tornar o intérprete mais atento às armadilhas frequentes em que pode incorrer ao tentar transpor as categorias tradicionais para o modelo atual, fundado na injustiça do dano e em um regime dúplice (subjetivo e objetivo) de responsabilidade. Nesse cenário, é o nexos de causalidade a figura que mais resiste à distinção em face da culpa e sofre, portanto, com a falta de autonomia conceitual, como se verá a seguir.

3. Em particular, a longeva dificuldade de dissociação entre nexos de causalidade e culpa

Conforme relata a doutrina comparatista, a excessiva elasticidade do conceito de *faute* no direito francês manteve relação direta com o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da figura do nexos causal.⁹⁹ Tornaram-se frequentes, assim, as alusões à causalidade como um *filtro* que, ora amplia, ora restringe o surgimento de um dever de

⁹⁷ Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 58.

⁹⁸ O raciocínio pode ser assim descrito: “O ofensor, na hipótese considerada, somente responderia pelos danos a que deu causa – isto é, pelo resultado lesivo que é consequência direta de seu comportamento –, enquanto o agravamento do dano, em função do desatendimento da regra da mitigação, por seu turno, seria atribuído à própria vítima. Haveria, destarte, dois liames causais: um entre a conduta do agente e o evento danoso inicial; outro entre o agravamento do dano e a conduta omissiva da vítima” (RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. *A mitigação de prejuízos no direito brasileiro*, cit., p. 9). Os autores, porém, preferem filiar o dever de mitigar o próprio dano a uma aplicação da boa-fé objetiva.

⁹⁹ Cf. ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Atual. Pietro Maria Putti (a cura di). Milano: Giuffrè, 2001, p. 39.

indenizar que, de outro modo, cresceria exponencialmente.¹⁰⁰ Na Itália, em que, como no Brasil, predominou, sobretudo a partir do Código de 1942, o termo *illecito*,¹⁰¹ o cenário não foi substancialmente distinto: o nexos causal desempenha o mesmo papel de contenção.¹⁰² Talvez a diferença mais substancial do contexto italiano para o brasileiro sejam os motivos para a expansão da noção de dano injusto, embora a expressão tenha recebido ampla acolhida nos dois sistemas. De fato, como o direito pátrio não apresentava as mesmas limitações legais previstas pelo *Codice* para o dano extrapatrimonial,¹⁰³ a mudança paradigmática proporcionada pela transição do ato ilícito para o dano injusto foi ainda mais impactante no caso brasileiro. No que diz respeito ao nexos causal, contudo, isso apenas significou que, no direito nacional, o seu papel de contenção de demandas indenizatórias apenas se provou ainda mais necessário.

Tais considerações se mostram necessárias, sobretudo no momento atual, por diversas razões. Primeiramente, para se sublinhar que, ampliados o conceito de dano e o campo de aplicação da responsabilidade objetiva, o nexos causal se converteu em uma espécie de “fronteira final”, não tardando a melhor doutrina a ressaltar a importância na preservação desse requisito do dever de indenizar para que não se perca o controle da expansão da reparação civil.¹⁰⁴ Em que medida essa expansão é ou não desejável, corresponde a uma questão aberta à argumentação do intérprete e, sobretudo, à política legislativa. Considerando, porém, ser contrária à lógica jusprivatista e ao princípio da legalidade no direito privado a configuração de uma fonte de obrigações sem qualquer limitação, o nexos causal assume um protagonismo inaudito em muitas hipóteses fáticas.

Em segundo lugar, parece salutar rememorar uma advertência evidente, por vezes esquecida na matéria ora em estudo: não consistindo em um fenômeno da natureza, como qualquer outra categoria jurídica, a responsabilidade civil não se caracteriza por uma estrutura ontológica, nem seus requisitos decorrem de uma verdade universal.¹⁰⁵ Em outros termos, o dano, o nexos causal e o elemento de imputação (em geral, a culpa

¹⁰⁰ “A causalidade se torna a variável de ajustes à responsabilidade civil, permitindo ampliar ou comprimir os prejuízos reparáveis à luz de casos específicos. Uma casuística impressionista” (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des obligations*, cit., p. 62).

¹⁰¹ Sobre o desenvolvimento do conceito de “ilícito” no direito italiano, cf. FRANZONI, Massimo. *L'illecito*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 45 e ss.

¹⁰² Cf. VISINTINI, Giovana. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 681.

¹⁰³ Como se sabe, a noção de dano injusto, mencionada pelo art. 2.043 do *Codice civile*, serviu como forma de superação tanto do princípio de que não havia responsabilidade sem culpa quanto da excessiva limitação prevista pelo art. 2.059, que, em sua redação literal (posteriormente modificada pela interpretação que lhe conferiu a jurisprudência) restringe o ressarcimento do dano não patrimonial a hipóteses tipificadas pelo legislador. A respeito, cf. FRANZONI, Massimo. *L'illecito*, cit., pp. 867 e ss.

¹⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., pp. 76-77.

¹⁰⁵ Na expressão clássica da doutrina italiana, “a causalidade não é um *quid in rerum natura*, mas uma função do nosso intelecto” (GORLA, Gino. *Sulla cosiddetta causalità giuridica, fatto dannoso e consequenze*. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1951, p. 436. Tradução livre).

ou o risco) apenas são necessários para a configuração do dever de indenizar *por escolha legislativa* (ainda que se trate de escolhas decorrentes de longeva tradição no sistema romano-germânico).¹⁰⁶ Não fosse esse o caso, não faria sentido afirmar, como tantos autores no Brasil e alhures, a valorização do nexos causal como um instrumento de contenção da reparação civil. Como se verá mais adiante, o tratamento do nexos causal e dos demais requisitos da responsabilidade civil como uma *escolha* político-jurídica, e não como um fato natural, é absolutamente essencial para que se possa perquirir a validade, na legalidade constitucional, das propostas que buscam dispensar o requisito.

Uma certa naturalização do nexos de causalidade, no entanto, parece corresponder a um impulso quase irresistível ao intérprete. A noção de causa, objeto de investigação pelas mais variadas ciências, não parece ter adquirido um conceito exclusivamente jurídico. Sua elaboração mais antiga que ingressou no campo do Direito parece ter ocorrido em matéria penal, seara onde predomina até hoje a chamada teoria da equivalência dos antecedentes (ou da *conditio sine qua non*), normalmente atribuída ao criminalista alemão Maximilian von Buri.¹⁰⁷ Conforme crítica notória, a teoria se coloca tão próxima de uma noção, por assim dizer, “natural” de causalidade que sua aplicação prática, desprovida de certas limitações, seria impossível:¹⁰⁸ a depender da investigação, todo fato pode se revelar a resultante de um emaranhado quase imponderável de causas, de modo que a equivalência dos antecedentes não resolve, isoladamente, o problema da imputação da sanção penal ou da reparação civil.¹⁰⁹ Na esfera criminal, os diversos outros requisitos exigidos para a imposição da pena deram conta de mitigar a amplitude de um tal conceito de causalidade;¹¹⁰ no campo civil, porém, foi necessário o desenvolvimento das muitas outras teorias hoje conhecidas, em busca de uma aplicação mais restrita.

¹⁰⁶ Ao explicitarem por que a noção filosófico-científica de causalidade é insuficiente para o jurista, aduzem Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN e Suzanne CARVAL: “Ao buscar as causas de um dado fenômeno, o cientista tenta antes de tudo aperfeiçoar o conhecimento que ele tem sobre esse fenômeno. Ao passo que o jurista efetua essa pesquisa a fim de dizer qual é a pessoa que deverá, em direito, responder pelo dano causado. Sendo seu procedimento guiado por considerações de política jurídica, ele pode, segundo o caso, valorizar relações de causa e efeito bastante frágeis ou, ao contrário, exigir que elas apresentem certa qualidade ou consistência” (*Les conditions de la responsabilité*, cit., p. 237. Tradução livre).

¹⁰⁷ Atribui-se, em geral, a criação da teoria à obra de BURI, Maximilian von. *Über Kausalität und deren Verantwortung*. Leipzig: J.M. Gebhardt, 1873.

¹⁰⁸ Cf. TRIMARCHI, Pietro. *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., pp. 449-450.

¹⁰⁹ Na doutrina brasileira, cf., por todos, CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema da causalidade na responsabilidade civil*, cit., pp. 48-49; e, ainda, RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Nexos causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set./2016, p. 129.

¹¹⁰ Para o direito penal, disciplina jurídica que mais se dedicou à causalidade, “é a posição do autor do delito que se leva em consideração, em um contexto normativo ancorado no respeito aos princípios de legalidade, taxatividade e tipicidade da *fattispecie* criminosa”, ao passo que, na responsabilidade civil, são as finalidades desta última e a “exigência de tutela da vítima que orientam a busca do nexos causal, em um quadro caracterizado por lesões a interesses não previamente tipificados e que pode prescindir da culpa do autor” (POLETTI, Dianora. Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (diretto da). *Diritto civile*, vol. IV, t. III: *La responsabilità e il danno*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 295).

Ironicamente, as duas teorias da causalidade mais difundidas na doutrina brasileira não oferecem, à primeira vista, conceitos de “causa” distintos da semântica coloquial do termo. A teoria da causalidade adequada – cujo principal expoente costuma ser identificado como o alemão Johannes von Kries¹¹¹ (um fisiologista, registre-se, e não um jurista) – coloca o relevo sobre as causas que normalmente, em um juízo abstrato, conduzem ao resultado concretamente produzido.¹¹² Seu desenvolvimento doutrinário acabou resultando em duas formulações distintas da teoria, por vezes denominadas positiva e negativa: na formulação positiva, a causa adequada de um fato é aquela que normalmente conduz a este último como uma consequência previsível; na vertente negativa, afirma-se que não é causa adequada aquela que se mostra indiferente ou estranha ao resultado produzido.¹¹³ Como se percebe, embora menos ampla que a teoria da equivalência dos antecedentes, semelhante formulação não contribui para a construção de um conceito menos naturalístico e mais jurídico de nexos causal.

De outra parte, o direito francês desenvolveu outra teoria (ainda que com diversas nuances entre os autores) designada como dano direto e imediato.¹¹⁴ Embora reputada uma teoria da causalidade, a tese central é, muitas vezes, enunciada como um atributo do dano indenizável.¹¹⁵ De fato, afirma-se ainda hoje na doutrina brasileira que o dano deve ser, em regra, direto e imediato, sendo excepcional a admissão de danos indiretos ressarcíveis.¹¹⁶ Trata-se de noção mais compatível com a previsão legislativa de excludentes de responsabilidade civil, motivo pelo qual também se denomina teoria da

¹¹¹ Como destaca Gisela Sampaio da CRUZ (*O problema do nexos causal na responsabilidade civil*, cit., p. 64), a teoria é atribuída a Ludwig von Bar, tendo sido, porém, muito desenvolvida por von Kries e, ainda, pelo civilista alemão Zitelmann. Cf., ainda, SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 119.

¹¹² A respeito da teoria de von Kries, explica Otávio Luiz RODRIGUES JÚNIOR: “Sua contribuição para o Direito foi acidental e está na diferenciação entre causa adequada e causa aleatória, terminologia que foi também apropriada por Max Weber para explicar fenômenos históricos. Haveria um método na aplicação dessa teoria. O agente causador do dano é responsabilizável pelo modo como agiu, mas dentro do que conhecia ou podia conhecer na situação sob investigação. Essa primeira etapa é metajurídica seguida de uma fase jurídica, baseada na máxima latina *id quod plerumque accidit*, aquilo que geralmente acontece. [...] Essa segunda etapa é ultimada sob o signo da prognose retrospectiva de caráter objetivo (*objektiven nachträglichen Prognose*), termo que não é de von Kries, mas de Franz Eduard Ritter [cavaleiro] von Liszt” (Nexos causal probabilístico, cit., p. 130).

¹¹³ As duas vertentes são explicadas em detalhe por CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema da causalidade na responsabilidade civil*, cit., pp. 70 e ss., que esclarece ter predominado a vertente negativa, por ser mais abrangente e próxima da teoria da equivalência dos antecedentes.

¹¹⁴ Segundo Wilson Melo da SILVA (*Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 128), a teoria foi desenvolvida por Pothier, tendo a designação “interrupção do nexos causal” sido atribuída a ela posteriormente por Enneccerus e Lehmann. Agostinho ALVIM afirma que Pothier reproduziu a teoria de Dumoulin, tendo como fonte remota um texto de Paulo, segundo o qual o devedor deve responder pelo dano que diz respeito à coisa – fórmula que permitiu aos comentadores, mais tarde, excluir da indenização o dano *extra rem* (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 305).

¹¹⁵ Segundo MALAURIE e AYNÈS, a rigor a análise da causalidade no direito francês “se desdobra. De uma parte, o fato reprovável deve ser a causa da lesão sofrida pela vítima, quer dizer, do dano; o raciocínio causal aqui serve para identificar o fato danoso, a fim de imputar o acidente a alguém. De outra parte, a vítima apenas pode obter reparação da consequência direta do dano; o raciocínio aqui visa a identificar os prejuízos que o responsável deverá ressarcir, pois ele não poderia responder pela sequência infinita de males que daí resultem” (*Droit des obligations*, cit., p. 55. Tradução livre).

¹¹⁶ Por todos, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., pp. 60 e ss.

interrupção do nexa causal: nesse sentido, as excludentes interromperiam a cadeia causal original, atraindo para si o *status* de causas necessárias.¹¹⁷ Realmente, o ulterior desenvolvimento da causalidade direta e imediata desdobrou-se em uma série de “subteorias”, sendo a mais conhecida a da necessariedade: passou-se a considerar como causa direta e imediata do dano aquela que necessariamente a ele conduziu.¹¹⁸ Conquanto já se tenha criticado a noção de causa necessária, por parecer ignorar a possibilidade do concurso de causas,¹¹⁹ o argumento parece superável, bastando ter em mente que mais de uma causa pode ser concretamente necessária à produção do dano.¹²⁰

Expressamente adotada por Agostinho Alvim,¹²¹ responsável pelo Livro das Obrigações do Anteprojeto do atual Código Civil brasileiro, a teoria do dano direto e imediato restou registrada no art. 403 do Código (aos moldes do direito italiano, onde também se inseriu a causalidade na disciplina da responsabilidade contratual e não como uma regra geral).¹²² A teoria, no entanto, não encontra acolhida unânime no direito brasileiro; de fato, boa parte da doutrina sustenta ainda hoje a aplicabilidade da teoria da causalidade adequada no direito civil pátrio.¹²³ De qualquer modo, nenhuma das duas teorias busca oferecer um conceito exclusivamente jurídico de causa – o que talvez revele que, na verdade, a noção dita “naturalística” do nexa causal (isto é, a adoção de um conceito de causalidade mais ou menos próximo àquela adotado em outras ciências) não é verdadeiramente um problema.¹²⁴ Nesse sentido, chega a ser curioso que a controvérsia sobre a causalidade no Brasil seja travada entre os defensores da causalidade direta e

¹¹⁷ Cf. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema da causalidade na responsabilidade civil*, cit., p. 107.

¹¹⁸ A teoria tem raízes na doutrina de POTHIER, segundo o qual “não se deve compreender entre as perdas e danos a que um devedor está vinculado por força de seu dolo aquelas que não apenas são uma consequência distante, mas que não são uma consequência necessária sua, que podem ter outras causas” (*Traité des obligations*, cit., p. 190. Tradução livre). Suas repercussões chegam à doutrina italiana, como explica detalhadamente VISINTINI, Giovana. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pp. 682 e ss.

¹¹⁹ Crítica formulada por NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 624.

¹²⁰ Cf. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema da causalidade na responsabilidade civil*, cit., p. 109.

¹²¹ “Mais importante, para nós, por ser a adotada pelo Código [Civil de 1916], é o estudo da teoria que requer haja, entre a inexecução da obrigação e o dano, uma relação de causa e efeito, direta e imediata” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 304).

¹²² Dispõe o *Codice civile*, no art. 1.223: “*Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*”. Como explica Giovana VISINTINI, a regra do art 1.223 se destinava exclusivamente a delimitar quais danos decorrentes de um mesmo evento (no caso, o inadimplemento) poderiam ser ressarcidos, não se preocupando em selecionar os agentes a que seria imputado o dever de indenizar (diante, por exemplo, da ocorrência de concusas), problema que a norma pressupõe estar resolvido por outras disposições legais e que não ocorre, em geral, na responsabilidade contratual. Foi a extensão da regra à responsabilidade aquiliana que começou a ensejar, sobretudo na jurisprudência italiana, interpretações diversas desse escopo original (*Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pp. 624 e ss.).

¹²³ Cf., por todos, NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 635; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 70.

¹²⁴ A respeito, leciona Otávio Luiz RODRIGUES JÚNIOR: “A noção de nexa causal, considerando-se seus fundamentos matemáticos e físicos, é ainda adequada sob a perspectiva da causalidade axiomática e da Física Newtoniana. Não há equívoco em dela se fazer uso, o que ocorre até aos dias de hoje nas escolas de todo o mundo. [...] Como um conceito naturalizado e adaptado ao Direito, assim como tantos outros já assinalados, o nexa de causalidade pode ainda ser útil [...]” (Nexa causal probabilístico, cit., pp. 126-127).

imediate francesa e os adeptos da causalidade adequada alemã, sem que tenha auferido grande repercussão qualquer teoria que efetivamente busque tornar exclusivamente jurídico o conceito de causa, a exemplo da teoria do escopo de proteção da norma.¹²⁵

Na doutrina estrangeira, aliás, é relativamente comum a referência a dois conceitos de nexos causal, um dito natural ou material e outro reputado jurídico, sem que a duplicidade conceitual implique maior perplexidade ao intérprete.¹²⁶ Curiosamente, o conceito dito “jurídico” do nexos causal não se apresenta, em geral, como uma definição alternativa ao conceito naturalístico, mas sim como a imposição de limites gerais às consequências danosas indenizáveis.¹²⁷ Em certo sentido, parece predominar na concepção do intérprete que jurídica não é a própria noção de causalidade (ao menos não no sentido, predominante no Brasil, de critério de imputação de responsabilidade a um agente, matéria resolvida pelo nexos dito naturalístico em ordenamentos estrangeiros), e sim a posterior criação de balizas ao surgimento do dever de indenizar.¹²⁸

Nesse cenário, admite-se em outros ordenamentos (e é o que também parece ocorrer no direito brasileiro, ainda de que modo informal) que a investigação do nexos será sempre inicialmente a do nexos material (uma análise inicial que não dista daquela proposta pela equivalência dos antecedentes), embora essa constatação inicial deva ser seguida, necessariamente, por um controle valorativo, pelo juiz, da imputação do dever de indenizar ao agente indicado pelo liame causal, juridicizando-se progressivamente para determinar a “eficiência causal”, isto é, quais causas serão levadas em conta.¹²⁹ Abre-se, assim, ao julgador um segundo momento hermenêutico, em que lhe incumbe determinar se duas causas podem, legitimamente, ser consideradas excludentes umas das outras. Aplicará, para isso, essencialmente as causas excludentes de responsabilidade civil, bem

¹²⁵ A teoria é assim relatada por Dianora POLETTI: “as finalidades reintegrativas [da responsabilidade] excluem que a responsabilidade do causador do dano possa garantir a vítima contra riscos aos quais este teria ficado substancialmente exposto mesmo se o ato ilícito não tivesse sido cometido; dos intuitos sancionatórios [do instituto] deriva a consequência de que a responsabilidade deve ser adequada ao escopo da norma violada, enquanto os escopos preventivos impedem de estender tal responsabilidade às consequências muito desproporcionais à gravidade do ilícito” (*Diritto civile*, cit., p. 296. Tradução livre).

¹²⁶ A noção é particularmente disseminada na doutrina italiana: “a indagação voltada a determinar um nexos de ‘causalidade natural’ entre o dano ressarcível e o fato que é fonte da responsabilidade é preliminar à investigação relativa à delimitação das consequências danosas ressarcíveis, a assim chamada causalidade jurídica” (VISINTINI, Giovana. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 711. Tradução livre).

¹²⁷ Cf. POLETTI, Dianora. *Diritto civile*, cit., p. 297, que ressalta, por outro lado, que isso não significa que não haja incremento ou diminuição das hipóteses de surgimento do dever de indenizar conforme a teoria do nexos “natural” utilizada, ou seja, conforme os critérios de identificação do agente responsável.

¹²⁸ “Há muito se reconhece que o nexos de causalidade natural ou lógico diferencia-se do jurídico, no sentido de que nem tudo que, no mundo dos fatos ou da razão, é considerado como causa de um evento pode assim ser considerado para o direito. Exige-se uma certa limitação do conceito jurídico de causa” (SCHREIBER, Anderson. Flexibilização do nexos causal em relações de consumo. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 32).

¹²⁹ Cf. VISINTINI, Giovana. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pp. 711-712.

como poderá identificar a existência de causas concorrentes.¹³⁰ Parece ser porque essas figuras gozam de acolhida relativamente pacífica no direito brasileiro, como se afirmou anteriormente, que a duradoura controvérsia entre causalidade adequada e causalidade direta e imediata não tem acarretado maiores dificuldades práticas.

Dessa constatação decorre o contexto, há alguns anos denunciado em doutrina, do uso absolutamente atécnico das teorias da causalidade pela jurisprudência brasileira.¹³¹ De fato, embora a garantia da investigação das excludentes de responsabilidade civil e da existência de causas concorrentes mitigue os efeitos nocivos de tal atecnia, não parece de todo indiferente a opção, pelo julgador, entre uma ou outra teoria. Nesse sentido, a teoria do dano direto e imediato não apenas presta a devida deferência à escolha legislativa e se coaduna melhor com a noção de interrupção do nexo causal como, antes de tudo, obriga o intérprete a fundamentar sua decisão no caso concreto, e não com base em um juízo abstrato. Em perspectiva civil-constitucional, esta parece ser a postura hermenêutica mais adequada: a normativa aplicável deve ser buscada em concreto,¹³² e não a partir de um teórico juízo sobre *o que normalmente acontece*, como propõe a causalidade adequada.

A definição, contudo, de causalidade na responsabilidade civil esbarra, ainda, na já referida confusão que reina, de longa data, entre os requisitos clássicos do ato ilícito. Como, no modelo tradicional de responsabilidade subjetiva, entendia-se que o nexo estabelecia uma ligação “entre a culpa e o dano”,¹³³ tornou-se frequente a investigação da culpa em lugar da investigação causal.¹³⁴ Oculto sob o modelo fechado do ato ilícito, esse procedimento foi reproduzido por décadas, sem que a ele se conferisse maior relevância, ressalvadas raras advertências da doutrina.¹³⁵ Com a construção de um sistema dualista, porém, surgiu o problema de compreender quais elementos são efetivamente conectados pelo nexo nos casos de responsabilidade objetiva. Aqui, é preciso substituir a conexão entre uma conduta humana pontual e o dano por um liame muito mais largo, entre a

¹³⁰ Segundo Fernando NORONHA, é frequente que o julgador se utilize de regras de experiência comum para inferir a causalidade: “O nexo causal deve ficar provado, mesmo que muitas vezes tal prova seja inferida pelo juiz”; nesse caso, o responsável “para se eximir, terá que demonstrar que, apesar da adequação geral entre o fato que lhe é imputado e o dano, este, no caso concreto, aconteceu devido à ocorrência de um outro fato, a ele estranho e inevitável” (*Direito das obrigações*, cit., p. 648).

¹³¹ A crítica, acompanhada de ampla análise jurisprudencial, é formulada por CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema da causalidade na responsabilidade civil*, cit., pp. 122-153.

¹³² Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Il principio di legalità nel diritto civile*, cit., p. 198.

¹³³ Cf. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 666.

¹³⁴ O problema também é identificado na doutrina italiana: “E, para demonstrar a eficiência causal, com frequência influencia a verificação da relação de causalidade a valoração da conduta ilícita realizada em relação ao escopo perseguido pela norma violada, de tal modo que o juízo sobre a culpa e sobre a previsibilidade das consequências danosas se sobrepõe àquele sobre a subsistência da causalidade” (VISINTINI, Giovana. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 718. Tradução livre).

¹³⁵ Cf., dentre outros, NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., pp. 663-664.

inteira atividade desenvolvida por certo agente e o prejuízo.¹³⁶ Essa necessidade passa a realçar a difícil autonomia conceitual e operacional do nexos causal em relação à culpa.

Cogita-se, aqui, de uma autonomia operacional, para além do simples conceito, pois é na investigação concreta empreendida pelo intérprete, ainda quando pareçam claros os conceitos em abstrato, que nexos causal e culpa se mostram particularmente difíceis de distinguir. No campo probatório, é quase sempre pela demonstração da existência de culpa que se evidencia a presença ou ausência de causalidade¹³⁷ – em certo sentido, a tarefa de perquirir se há causalidade acaba traduzida pela indagação *de quem é a culpa pelo dano?* A essa pergunta pode-se responder que a “culpa” é, de fato, do agente a quem se pretende imputar o dever de indenizar, ou de um terceiro, ou da vítima; e, não à toa, as excludentes de responsabilidade foram tradicionalmente designadas como culpa exclusiva da vítima e culpa exclusiva de terceiro. Caso nenhuma conduta humana pudesse ser vinculada ao dano, apenas então seria o caso de abandonar a noção de culpa e concluir que a causa foi fortuita, isto é, não imputável a ninguém.¹³⁸

Não é difícil perceber que tal concepção reduz a *tabula rasa* as distinções doutrinárias entre culpa e nexos causal. De fato, seja na concepção mais tradicional, dita psicológica ou subjetiva, na qual era caracterizada como a vontade ou a consciência do cometimento do ilícito, seja na vertente, dita normativa, em que é associada ao descumprimento de um padrão de conduta, a culpa prescinde conceitualmente da produção do dano. Sendo assim, é logicamente impossível que a culpa se preste à identificação do liame causal, já que a sua configuração se verifica de modo plenamente autônomo ao outro extremo do nexos de causalidade, isto é, ao prejuízo sofrido pela vítima. A rigor, é plenamente possível que certo agente incorra em conduta culposa sem que um dano seja produzido (hipótese que pode deter relevância penal, mas não ensejará responsabilidade civil).

¹³⁶ “O velho vínculo linear entre dois elementos pontuais (um dano e uma conduta individual) converte-se, na abordagem solidarista da responsabilidade civil, em uma larga faixa de conexão entre atividades econômicas e danos que delas decorrem para uma variedade de pessoas” (SCHREIBER, Anderson. Flexibilização do nexos causal em relações de consumo, cit., p. 36). Nesse sentido, o nexos causal naturalístico, associável à causalidade no direito penal, torna-se “especificamente civilístico” em matéria de responsabilidade objetiva, mas os julgadores, não adaptados à mudança de perspectiva, acabam recorrendo a presunções para verificar a causalidade (VISINTINI, Giovana. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 715).

¹³⁷ Expediente já criticado pela doutrina. A respeito, constata Fernando NORONHA: “Se não houve culpa, em regra isso significa que a pessoa não praticou o fato causador do dano, apenas isso. Mas é daí que vem a confusão entre ausência de culpa e caso fortuito ou de força maior” (*Direito das obrigações*, cit., p. 666).

¹³⁸ Em perspectiva crítica, pondera Fernando NORONHA sobre esse raciocínio: “Dizer que o caso fortuito ou de força maior eliminaria a culpabilidade, por ser imprevisível e inevitável, significaria o mesmo que afirmar que ninguém é culpado por evento que não causou. Se o evento não foi causado por atuação da pessoa (nem por sua ação, nem por omissão de cuidados exigíveis), não pode ser de responsabilidade dela, mas não pela inexistência de culpa, e sim pela falta de causalidade” (*Direito das obrigações*, cit., p. 665).

No entanto, como, em regra, o problema de verificar os requisitos autorizadores da reparação civil se coloca para o intérprete *a posteriori* do dano, as regras de experiência comum demonstraram, com o tempo, que frequentemente coincidiam as hipóteses em que o réu agiu com culpa e aquelas em que sua conduta deu causa ao dano. Parece vir dessa coincidência (frequente, mas não necessária), e da dificuldade de prova do nexos causal, o expediente de se comprovar a causalidade a partir da culpa. Ainda que posta de lado a evidente atecnia nesse raciocínio, como transpô-lo para o campo da responsabilidade civil objetiva, em que, por definição, o requisito da culpa deve ser absolutamente irrelevante?

Mesmo no campo da responsabilidade subjetiva, caberia ainda perquirir o acerto em se cogitar de *culpa* de terceiro ou da própria vítima como requisito para que a conduta dessas pessoas importe na interrupção do nexos causal. Com efeito, para que uma excludente de responsabilidade civil acarrete a referida interrupção, basta que figure, como se viu, como causa necessária do dano produzido. Ora, se até mesmo o caso fortuito, não imputável a qualquer agente, pode operar como causa bastante para a interrupção do nexos de causalidade, não é razoável exigir-se que, em caso de fato de terceiro ou da vítima, seja necessário demonstrar uma conduta culposa por parte desses agentes. Portanto, nem a verificação da culpa do réu na ação indenizatória permite presumir a existência de causalidade, nem é necessário que a vítima ou o terceiro tenham descumprido qualquer parâmetro de conduta para que um fato a eles atribuído seja hábil à interrupção do nexos causal. Particularmente em relação às excludentes de responsabilidade civil, é preciso que se atente para o fato de que a chamada “culpa” concorrente da vítima ou de terceiro funcionam estritamente como o caso fortuito (interrompendo uma cadeia causal ou, por vezes, revelando-se a única cadeia causal que de fato existiu)¹³⁹ e, justamente por isso, não correspondem, de fato, a hipóteses de culpa.

Aliás, até mesmo em matéria de caso fortuito é preciso reafirmar a distinção entre culpa e nexos causal. Como se sabe, no âmbito da responsabilidade civil objetiva fundada no risco, desenvolveu-se a distinção entre os chamados fortuito interno e externo, construção que remonta, na doutrina francesa, à obra de renomados autores, a começar por Louis Josserand, um dos primeiros comentaristas das decisões judiciais que, no começo do século passado, começaram a reconhecer a responsabilidade independente de culpa, com fundamento na teoria da guarda.¹⁴⁰ Em sua formulação muito difundida,

¹³⁹ Cf. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema da causalidade na responsabilidade civil*, cit., p. 161.

¹⁴⁰ Este era o significado da diferença entre os termos “caso fortuito” e “força maior” na doutrina de JOSSERAND, que os diferenciava justamente conforme o fato fosse ou não “estranho à pessoa do réu” (*Cours de droit civil positif français*, t. II. Paris: Sirey, 1938, p. 268).

a distinção entre fortuito interno e externo reside na natureza da atividade desenvolvida pelo agente a quem se pretende imputar o dever de indenizar: nesse sentido, danos que se inserem no risco implícito da atividade, isto é, que rotineiramente ocorrem no exercício da mesma, não são considerados causas hábeis à interrupção do nexo causal.¹⁴¹

O fundamento para tal entendimento decorre da própria natureza da responsabilidade civil pelo risco: danos frequentemente produzidos no âmbito de certa atividade são equiparados, em alguma medida, ao próprio conteúdo da atividade. Portanto, considerando que, na responsabilidade objetiva, o nexo causal se estabelece entre a inteira atividade e o dano, prejuízos decorrentes do risco ínsito à atividade são considerados causalmente ligados a ela. A expressão “fortuito interno”, nesse sentido, mostra-se enganosa, na medida em que, ao qualificar certo dano como ínsito ao risco da atividade, o intérprete admite, por imperativo lógico, não se tratar efetivamente de caso fortuito (o qual depende, nessa perspectiva, da externalidade para se verificar).¹⁴²

É bem verdade, por outro lado, que o trabalho jurisprudencial e até mesmo legislativo operou para que fossem considerados fortuitos internos casos claros de fatos de terceiro. São exemplos dessas hipóteses a clássica previsão da Lei das Estradas de Ferro de responsabilidade solidária entre a transportadora e o terceiro que causasse lesão a passageiro, sem que perante este se pudesse invocar a exclusão da responsabilidade;¹⁴³ e, contemporaneamente, o entendimento, sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, de que fraudes em operações bancárias representam fortuito interno da atividade da instituição financeira.¹⁴⁴ Talvez fosse melhor, nesse sentido, considerar que tais casos representam a chamada responsabilidade civil agravada,¹⁴⁵ de que são exemplos o regime geral de responsabilidade do transportador por danos aos passageiros (art. 735 do Código Civil), em que é inoponível ao passageiro a alegação de culpa de terceiro, ou a responsabilidade por danos oriundos de atividades nucleares (arts. 4º e ss. da Lei n. 6.453/1977), que admite apenas um rol restrito de excludentes específicas. Sobre a responsabilidade agravada, novos comentários serão formulados mais adiante.

¹⁴¹ Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 30.

¹⁴² Cf. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 662.

¹⁴³ Decreto n. 2.681/1912, *verbis*: “Art. 18. Serão solidários entre si e com as estradas de ferro os agentes por cuja culpa se der o acidente. Em relação a estes, terão as estradas direito reversivo”.

¹⁴⁴ Veja-se o teor do enunciado n. 479 da Súmula do STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

¹⁴⁵ A respeito, explica Fernando NORONHA: “Nesta responsabilidade, que diz respeito unicamente a determinadas atividades e a certos riscos que são específicos delas, não é a demonstração de ocorrência de qualquer caso fortuito ou de força maior, nem de qualquer fato de terceiro, que liberará o indigitado responsável” (*Direito das obrigações*, cit., p. 667).

No que releva para esta etapa do estudo, importa observar que até mesmo a diferenciação, hoje consolidada na jurisprudência brasileira, entre fortuito interno e externo oferece dificuldades no que tange à distinção prática entre a análise do nexos causal e da culpa. Como se sabe, não se cogita das mesmas duas categorias de fortuito em matéria de responsabilidade subjetiva,¹⁴⁶ tendo em vista que, quando se trata de investigar o nexos causal entre certo dano e uma conduta culposa pontual do agente, não haveria sentido em se perquirir o risco ínsito ou alheio a uma atividade por ele desenvolvida. Ironicamente, porém, em sede de responsabilidade objetiva, quando qualquer investigação sobre culpa deveria ser afastada, são frequentes em nossa jurisprudência julgamentos acerca da observância de deveres de cuidado por parte do agente, bem como sobre a previsibilidade ou inevitabilidade do dano, para se determinar se este decorreu de fortuito interno ou externo à atividade desenvolvida.¹⁴⁷ Trata-se, claramente, de juízos de culpabilidade, a evidenciar, mais uma vez, a dificuldade enfrentada pelo intérprete ao perquirir a causalidade sem ingressar no campo da culpa.

Parece contribuir decisivamente para essa tendência a histórica associação do caso fortuito à previsibilidade ou inevitabilidade do dano.¹⁴⁸ Tais critérios, com efeito, já serviram à distinção (inútil no direito brasileiro) entre caso fortuito e força maior,¹⁴⁹ e permeiam até hoje a análise das causas fortuitas na responsabilidade civil. Ao que tudo indica, tal associação se deu por um motivo pragmático: se o agente podia prever ou evitar o dano e não o fez, muitas vezes é possível afirmar que agiu com culpa¹⁵⁰ e, ainda, que, interrompendo uma cadeia causal originalmente fortuita, atraiu para sua própria

¹⁴⁶ Na doutrina brasileira, tornou-se célebre a lição de ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., pp. 290-291, fundamentando-se na obra de Josserand.

¹⁴⁷ Ilustrativamente: “A responsabilidade da instituição financeira é interpretada de forma objetiva, até porque ficou configurado que ela não se cercou das cautelas necessárias para diminuir o risco do seu negócio pois emitiu crédito financeiro a terceiros que se utilizaram dos dados pessoais do autor” (STJ, AgRg no AREsp 484041, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 18.9.2014).

¹⁴⁸ Segundo Agostinho ALVIM, no regime de responsabilidade subjetiva, “as duas noções se confundem, de sorte que a prova da ausência de culpa resulta na existência de um caso fortuito, e vice-versa. A esta corrente nos filiamos” (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 292). Em posição um pouco mais restritiva, mas com idêntica consequência para os fins do presente estudo, veja-se a lição clássica de Arnaldo Medeiros da FONSECA: “ausência de culpa é uma noção mais ampla; caso fortuito, um conceito bem mais restrito. E embora sempre que se verifique um caso fortuito deva haver ausência de culpa, porque esta é um dos elementos daquele, todavia não basta que o devedor não seja culpado, para que se caracterize o fortuito. Aqui, a inevitabilidade do evento deve também coexistir como um requisito essencial” (*Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 163).

¹⁴⁹ “Estes e outros critérios diferenciais [...] procuram extremar o caso fortuito da força maior. Preferível será, todavia, não obstante aceitar que abstratamente se diferenciem, admitir que na prática os dois termos correspondem a um só efeito [...]. Tendo então em vista o significado negativo da responsabilidade, para o legislador brasileiro força maior e caso fortuito (*vis maior* e *damnum fatale*) são conceitos sinônimos. [...] A meu ver, a imprevisibilidade não é requisito necessário, porque muitas vezes o evento, ainda que previsível, dispara como força indomável e irresistível. A imprevisibilidade é de se considerar quando determina a inevitabilidade” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., pp. 394-395).

¹⁵⁰ Veja-se, ilustrativamente, a íntima associação entre previsibilidade e culpa: “De fato, a culpa, que constitui o fundamento da responsabilidade subjetiva, consiste em uma imprudência e negligência e, assim, no ter descuidado de prever as possíveis consequências danosas da própria ação” (VISINTINI, Giovana. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 712. Tradução livre).

inação o liame de causalidade, funcionando como causa necessária para a lesão. Por se tratar aqui de uma inação qualificada (do indivíduo que, podendo, não previu ou não evitou o prejuízo), aplicar-se-ia, então, a lógica já apresentada da responsabilidade por omissão: exige-se o descumprimento de um dever de cuidado (logo, a culpa).¹⁵¹

Como já se explicitou, porém, se a investigação diz respeito única e exclusivamente à causalidade, é necessário, seja em sede de responsabilidade subjetiva, seja, por maioria de razão, em matéria de responsabilidade objetiva, afastar considerações sobre culpa ou descumprimento de deveres de cuidado. O problema, a rigor, parece ser o de se determinar se a conduta ou atividade podem ser consideradas como causa necessária.¹⁵² Se o agente *deveria* ter previsto o dano, ou se este *deveria* ter sido evitado, trata-se de questão relativa à culpa e, portanto, apenas relevante em matéria de responsabilidade subjetiva. A constatação – que não pretende, absolutamente, simplificar a prova ou a verificação do nexos causal – aparenta, isso não obstante, contribuir para uma aplicação mais técnica e transparente das categorias da responsabilidade civil.

A investigação da causa necessária, porém, acaba obscurecida pela crença de muitos intérpretes na aplicabilidade da teoria da causalidade adequada, que, como visto, parte de um juízo abstrato de normalidade – e, portanto, muito se aproxima da noção de previsibilidade.¹⁵³ São frequentes, nesse sentido, as aproximações traçadas em doutrina entre a causa adequada e o chamado *forseeability test*, oriundo da *common law*.¹⁵⁴ De outra parte, a causalidade adequada parece ter se difundido com maior facilidade no direito alemão, dentre outros fatores, porque lá a verificação do descumprimento do dever jurídico como requisito da responsabilidade civil desenvolveu-se historicamente

¹⁵¹ “Pesquisar se a consequência danosa do ato poderia ou deveria ter sido prevista por seu autor é, já se disse, voltar à busca das culpas, indagando-se o que ele deveria ter feito [...]. A análise da causalidade em função da ‘previsibilidade’ é necessariamente tendenciosa, na medida em que ela reconduz indiretamente a causalidade à culpa” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*, cit., pp. 246-247. Tradução livre).

¹⁵² Para isso, propõe-se o critério da normalidade do dano em substituição à previsibilidade ou evitabilidade do mesmo (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*, cit., p. 248).

¹⁵³ A esse propósito, já se argumentou que “O juízo de causalidade adequada se diferencia daquele sobre a culpabilidade, porque o que releva para fins de causalidade é que o evento seja ‘previsível’, não da parte do agente (a assim chamada previsibilidade subjetiva), mas (por assim dizer) sobre a base dos melhores conhecimentos estatísticos e/ou científicos disponíveis (a assim chamada previsibilidade objetiva)” (TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2017, p. 944. Tradução livre). Coerente com o procedimento da “prognose póstuma” que se associa a certa vertente da causalidade adequada, contudo, tal afirmação ignora não apenas a objetivação do próprio conceito de culpa, como, ainda, o significado original da causalidade adequada, em que se propunha indagar, preliminarmente, quais condições, “em tese e segundo o sentir do agente, poderiam ser consideradas aptas a causar o dano” (SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 119). Constata-se, assim, que, “na prática, a distinção é bem difícil de fazer” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*, cit., p. 247. Tradução livre).

¹⁵⁴ MONATERI, Pier Giuseppe; GIANTI, Davide. *Nesso causale [dir. civile]*. Disponível em: <<http://www.treccani.it/enciclopedia>>.

como requisito externo ao da culpa.¹⁵⁵ No sistema francês, onde a culpabilidade jamais foi dissociada adequadamente da antijuridicidade na figura da *faute*, não por acaso a teoria que se difundiu foi outra, justamente a da *necessariedade*.¹⁵⁶ Por outro lado, também no sistema francês, progressivamente se abandonou a noção psicológica de culpa (que a associava à previsibilidade ou evitabilidade do dano) em prol do conceito de culpa normativa, muito mais objetivo.¹⁵⁷

Em outros termos, no sistema que mais diretamente forneceu o modelo brasileiro de responsabilidade civil, critérios como previsibilidade ou evitabilidade foram dissociados da culpa e não foram, de outra parte, incluídos na causalidade. A tendência acima destacada, por outro lado, ao investigar a existência de fortuito interno a partir da investigação da culpa (isto é, do descumprimento de deveres de conduta por parte do agente), mesmo em casos nos quais o regime é de responsabilidade objetiva, parece confundir todas essas noções em um juízo unitário. Influenciada pela histórica associação entre casos fortuitos e forças maiores à previsibilidade e à evitabilidade, e impulsionada, muitas vezes, pela abertura a juízos de previsibilidade proposta pelos adeptos da teoria da causalidade adequada, a jurisprudência nacional tem acabado por perquirir, para analisar se ocorreu fortuito interno ou externo, critérios que nem mesmo para fins de análise da culpa na responsabilidade subjetiva deveriam ser considerados.¹⁵⁸

A confusão conceitual, porém, não se revela uma exclusividade da jurisprudência. O próprio codificador parece confundir, por vezes, culpa e nexos de causalidade. Assim, por exemplo, exige, no art. 945 do Código Civil, a concorrência culposa da vítima para que se atenuem o montante da indenização, reproduzindo a lógica da “culpa da vítima” como

¹⁵⁵ Como leciona Menezes CORDEIRO, o modelo do BGB, decisivamente influenciado pela doutrina de Jhering, adotou duas instâncias distintas de controle do surgimento do dever de indenizar: “a ilicitude, primordialmente virada para a inobservância de normas jurídicas e a culpa, que lida com a censura merecida, pelo agente, com a atuação perpetrada” (*Tratado de direito civil português*, cit., p. 331).

¹⁵⁶ Sobre a exigência da *necessariedade* como requisito da causalidade, cf. MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des obligations*, cit., p. 255.

¹⁵⁷ Este conceito de culpa foi defendido, por exemplo, pelos irmãos MAZEAUD: “O juiz civil não tem, nesse domínio, que sondar as consciências. Ele deve examinar o ato culposo em si mesmo, destacado do agente, proceder por comparação, perguntar-se o que teria feito um outro indivíduo, um tipo abstrato” (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I. Paris: Recueil Sirey, 1947, p. 414. Tradução livre).

¹⁵⁸ Ilustrativamente: “Ação indenizatória de danos materiais. Alteração de código de barras em boletos bancários. Fraude. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Teoria do risco do empreendimento. [...] Fato que não constitui causa capaz de excluir responsabilidade objetiva das instituições financeiras réas, pois se trata de fortuito interno, previsível e inerente à atividade empresarial. Dever de a instituição financeira adotar cautelas e mecanismos de segurança aptos a conter tais fraudes [...]” (TJRJ, Ap. Civ. 0029755-34.2014.8.19.0209, 21ª C.C., Rel. Des. Denise Levy Tredler, julg. 10.7.2018); “Apelação cível. Direito do consumidor. Ação indenizatória por danos morais e materiais. Perda dos HDs que continham a filmagem da cerimônia de casamento dos autores. [...] Se a apelante sabia que estava sofrendo com tais problemas, deveria ter se cercado de maiores cuidados ao trabalhar, como, por exemplo, realizar back-up das mídias e colocar estabilizadores nos computadores para evitar a perda dos HDs. Ainda que não soubesse, tais providências são necessárias no ramo em que atua a recorrente. Caso de fortuito interno e não externo. Dever de indenizar caracterizado [...]” (TJRJ, Ap. Civ. 0054354-19.2014.8.19.0021, 23ª C.C., Rel. Des. Murilo André Kieling Cardona Pereira, julg. 29.6.2016).

excludente ou atenuante de responsabilidade civil, já mencionada anteriormente. Alude, nesse sentido, até mesmo à gravidade da “culpa” da vítima. Mais ainda, a norma contida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil faz referência expressa ao grau de culpa do ofensor como critério de redução equitativa da indenização pelo juiz. Conforme já tem sustentado a doutrina mais atenta à técnica da responsabilidade civil, ambas as disposições legais, a rigor, pretendiam aludir a problemas de causalidade,¹⁵⁹ muito embora sua textualidade faça remissão à culpa e, o que surpreende ainda mais, aos graus de culpa do ofensor – gradação que, em linhas gerais, é há muito considerada de todo irrelevante para fins de responsabilização civil no direito brasileiro.¹⁶⁰

Assim, em interpretação sistemática, e partindo-se do pressuposto de que o legislador atua com razoabilidade e de forma coerente,¹⁶¹ tem-se sustentado, com acerto, que não há necessidade de atuação culposa concorrente da vítima para que se reduza o montante indenizatório; segue-se, apenas, a regra geral, segundo a qual um fato associado à vítima e não ao ofensor, caso tenha operado como concausa para a produção do dano, conduz à repartição do dever de indenizar (o que, no que tange à vítima, significa suportar parte do dano, independentemente de atuação culposa sua).¹⁶² Do mesmo modo, o fato concorrente de terceiro há de reduzir a extensão da indenização imposta ao réu na ação indenizatória, mas a *culpa* desse terceiro apenas será relevante para determinar se ele deverá ou não arcar com o restante da indenização, caso esteja submetido a um regime subjetivo de responsabilidade. Tal interpretação, além de sistematicamente adequada, tem a vantagem de reconhecer os fatos concorrentes também em sede de responsabilidade objetiva, superando-se a já mencionada controvérsia fomentada pelos autores que interpretam literalmente a expressão “culpa concorrente”.¹⁶³

Idêntica controvérsia se coloca quanto à aplicabilidade da redução equitativa da indenização em matéria de responsabilidade civil objetiva, já que, quanto a este ponto, deveria ser irrelevante não apenas a gradação de culpa do ofensor, como a própria culpa. A mesma solução, porém, parece resolver o problema. A rigor, jamais ocorrerá “excessiva

¹⁵⁹ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., pp. 98 e 115.

¹⁶⁰ “É certo que a maior ou menor gravidade da culpa não influi sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 199).

¹⁶¹ Princípio enunciado, dentre muitos, por BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 214.

¹⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 115; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*, cit., p. 334.

¹⁶³ Cf. a lição de Celso Antonio Bandeira de MELLO, na seara da responsabilidade estatal: “A culpa do lesado [...] não é, em si mesma, causa excludente. [...] Trata-se de um equívoco. Deveras, o que se haverá demonstrado, nesta hipótese, é o que o causador do dano foi a suposta vítima, e não o Estado. Então, o que haverá faltado para instaurar-se a responsabilidade é o nexa causal” (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 1014). No mesmo sentido, cf. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*, cit., pp. 337-338.

desproporção” entre o grau de culpa e o dano, porque a culpa não passa de um juízo objetivo de descumprimento de um dever jurídico, independentemente do dano que venha a ser produzido. A desproporção a que pretendia aludir o legislador, ao que parece, era de natureza causal; simplesmente a conduta do agente a que se pretende imputar o dano foi “desproporcional” à lesão porque, embora tenha sido a causa necessária para o prejuízo, não pode ser considerada a única causa necessária para a extensão integral desse prejuízo, agravado por outros fatores (causas concorrentes). Normalmente, há um componente fortuito que se fez necessário para que o dano atingisse aquela proporção; sua aferição, porém, é tão difícil que a doutrina tem se contentado em considerar este um juízo (apenas) valorativo, e não técnico, do julgador – ou, na linguagem legislativa, um juízo de “equidade”.¹⁶⁴ Parcialmente nessa direção, chega-se a afirmar que a redução equitativa não passa de um juízo de “causalidade legítima”.¹⁶⁵

Trata-se de interpretação mais razoável do que a confusa associação à culpa, embora, a rigor, não pareça ser preciso sequer cogitar de uma explicação particular para a hipótese. Os critérios que determinam a causalidade nesses casos não destoam da regra geral: ninguém responde pelo fortuito, de modo que, se um componente fortuito qualquer deu causa a um dano em maior extensão do que decorreria apenas da conduta do agente, este não poderá arcar com a indenização integral. É preciso, aqui, congrega a análise do caso concreto com um juízo abstrato, de modo a determinar qual parcela do dano decorreu necessariamente da conduta do agente e qual parcela representa esse incremento fortuito. O raciocínio, aqui, lembra um pouco aquele proposto pela teoria da causalidade adequada, embora, desta vez, a abstração seja utilizada apenas para fins de quantificação do *quantum debeat*, e não para a identificação do nexa (requisito do *an debeat*).

4. Responsabilidade civil indireta: problemas de culpa e causalidade

Das considerações precedentes extrai-se que a evolução da responsabilidade civil contribuiu, pouco a pouco, para o enfraquecimento dogmático do nexa causal.¹⁶⁶ A amplitude da noção material de causalidade, a impossibilidade de se formular um

¹⁶⁴ Na ótica civil-constitucional, só se admite uma noção de equidade correspondente à remissão aos próprios valores do sistema (cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 227).

¹⁶⁵ Nesse sentido, afirma-se que “o dispositivo contempla determinadas hipóteses em que as consequências danosas do ato culposo extrapolam os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente. Revela-se, então, a preocupação do legislador com a reparação justa, sobrepondo à disciplina do dano uma espécie de limite de causalidade legítima, de modo a autorizar o magistrado a, excepcionalmente, mediante juízo de equidade, extirpar da indenização o *quantum* que transcenda os efeitos razoavelmente atribuídos, na percepção social, à conta de determinado comportamento” (TEPEDINO, Gustavo, em atualização a PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 98).

¹⁶⁶ Por exemplo, Anderson SCHREIBER menciona o risco de uma “anarquização sentimental” do nexa causal, e identifica que sua análise “abandona a esfera do tecnicismo estrito” (Flexibilização do nexa causal em relações de consumo, cit., p. 34).

conceito estritamente jurídico e a dificuldade de autonomia probatória em relação a outros elementos do ato ilícito, particularmente da culpa, apenas se agravaram em sede de responsabilidade objetiva, regime em que é preciso identificar a causalidade que liga o dano a uma noção muito mais etérea do que a conduta culposa, muitas vezes uma inteira atividade econômica. Como se não bastasse, a evolução jurisprudencial da responsabilidade civil sob a égide do Código Civil de 1916, que culminou com as escolhas legislativas da codificação atual, inseriu nesse cenário novas hipóteses em que indivíduos passaram a ser responsáveis pelo dever de indenizar independentemente de culpa, por fatos de coisas ou de terceiros, sem poderem invocar, do mesmo modo, o caso fortuito ou o fato de terceiro para se eximirem de responsabilidade.

Com efeito, embora os casos de responsabilidade indireta ou por fato das coisas possam ser ditos, em certo sentido, hipóteses de responsabilidade objetiva (já que independem da demonstração de culpa por parte daquele que deve arcar com a indenização), é preciso reconhecer, ao fim e ao cabo, que o regime jurídico da responsabilidade independente de culpa não conta com a mesma unidade estrutural da responsabilidade subjetiva, cujas *fattispecie* se sujeitam, em linhas gerais, a um conjunto uniforme de normas. Muito ao contrário, pondo-se de lado o fato de não exigirem a culpa do responsável para que se impute a ele o dever de indenizar, poucos são os pontos em comum entre os vários possíveis regimes jurídicos de responsabilidade objetiva – e talvez seja tempo de se abandonar a concepção segundo a qual esta representa um regime jurídico único, para se admitir que a designação “objetiva” corresponde simplesmente a um conjunto de casos em que não se aplica a responsabilidade pela culpa.¹⁶⁷ Algumas das principais diferenças entre esses regimes parecem residir em questões de causalidade. Inicia-se, porém, este momento da investigação a partir dos pontos em comum.

A principal semelhança entre os diversos regimes de responsabilidade civil objetiva é de natureza funcional. Como se sabe, sob o paradigma do ilícito, a culpa assumia o papel de fundamento ético-jurídico para a imputação do dever de indenizar a determinado agente.¹⁶⁸ Se a transição para o paradigma do dano injusto possibilitou uma libertação do dever de indenizar em relação à antiga necessidade de que tivesse havido violação a um direito subjetivo específico, o que permitiu a tutela ampla de interesses juridicamente relevantes revestidos das mais variadas estruturas, por outro lado determinou o afastamento da culpa como fundamento valorativo único do dever de indenizar, pois

¹⁶⁷ Nesse sentido, como leciona Guido ALPA sobre o sistema italiano, a expressão “responsabilidade objetiva” se revela uma “fórmula agregante de diversas *fattispecie* de responsabilidade sem culpa” (*Manuale di diritto privato*, cit., p. 663).

¹⁶⁸ Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 12.

passou a ser plenamente possível que tais interesses não encontrassem corresponsáveis em deveres jurídicos atribuíveis a qualquer agente em particular, nem ao sujeito passivo universal, mas surgidos apenas no caso concreto, após uma violação perpetrada no âmbito de atividade, em princípio, lícita.¹⁶⁹

Tamanha era a dificuldade de desvinculação em face do paradigma da culpa que o direito francês, ao construir a teoria da guarda e do fato de outrem, recorreu aos conceitos de culpa *in custodiando*, *in vigilando*, *in eligendo* e assim por diante para justificar a atribuição de responsabilidade sem culpa.¹⁷⁰ Coube à doutrina o desenvolvimento inicial da teoria do risco como justificativa para a responsabilidade independente de culpa, capitaneada, na França, pelos comentários jurisprudenciais de Josserrand e Saleilles.¹⁷¹ Embora tenha se tornado, hoje, o contraponto da culpa como fundamento de imputação do dever de indenizar, o risco se revela, em verdade, um fundamento bastante deficitário para a enorme variedade de hipóteses de responsabilidade objetiva (algumas de todo irreduzíveis à ideia de atividade arriscada, a começar pela responsabilidade indireta dos pais pelos atos danosos dos filhos).¹⁷² Como a doutrina civil-constitucional não tardou a reconhecer, o fundamento valorativo verdadeiramente hábil a justificar os diversos casos de responsabilidade objetiva reside no princípio da solidariedade social.¹⁷³

Datam de muitas décadas os estudos que vinculam o crescimento do regime objetivo de responsabilidade civil ao incremento da urbanização, da industrialização e do desenvolvimento tecnológico.¹⁷⁴ De fato, o progresso social e técnico-científico criou uma série de riscos à sociedade antes impensáveis, trouxe à tona a noção de interesses difusos e coletivos e ensejou a produção massificada de danos às pessoas. Na esfera jurídica, o crescimento da preocupação com a tutela da pessoa humana, iniciado no período pós-guerra e impulsionado pelo processo de redemocratização de diversos países da família

¹⁶⁹ Cf., por todos, ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*, cit., p. 656.

¹⁷⁰ Nesse sentido, afirmam MALAURIE e AYNÈS que “quando o dano resulte da intervenção de um elemento intermediário que obedece mais ou menos àquele que o dirige (uma criança, um automóvel), a responsabilidade se torna complexa e se destaca, mais ou menos, da culpa. O intermediário pode ser, seja uma outra pessoa, seja uma coisa animada ou inanimada” (*Droit des obligations*, cit., p. 79. Tradução livre).

¹⁷¹ Após o julgamento do célebre *affaire Téffaine* pela Corte de Cassação francesa em 1896, foram publicadas as obras seminais dos dois autores: SALEILLES, Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile*. Paris: A. Rousseau, 1897; JOSSERAND, Louis. *De la responsabilité du fait des choses inanimées*. Paris: A. Rousseau, 1897. Como analisa Wilson Melo da SILVA, “todos, ou quase todos, vinham sentindo a insuficiência do velho critério da culpa, dominante. [...] E foi rompendo contra essa timidez que Saleilles e Josserrand acabaram por fazer luz na matéria, erigindo, de maneira clara, nítida, objetiva, o critério da responsabilidade sem culpa como sendo exatamente aquilo que tantos buscavam” (*Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 52). Relata o autor que, nesse processo, Josserrand encontrou na redação então vigente do §1º do art. 1.384 do *Code* o fundamento normativo para a responsabilidade sem culpa pelo fato das coisas.

¹⁷² Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 26.

¹⁷³ Cf. RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 173.

¹⁷⁴ No direito brasileiro, um dos estudos mais célebres foi o de Wilson Melo da SILVA, que, na sociedade industrial, o acidente “socializou-se, passando a se constituir num fator novo de organização econômica” (*Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 166).

romano-germânica, conduziu ao desenvolvimento de propostas de ampliação do dano indenizável e efetivação da reparação integral acompanhadas da repartição social do custo das indenizações.¹⁷⁵ Os danos produzidos em massa por atividades arriscadas estatisticamente passaram a ser associados à securitização e à pulverização dos prejuízos, de modo que toda a sociedade passou a responder, indiretamente, pelo peso econômico da reparação das vítimas, sobretudo a partir do custo dos produtos e serviços.¹⁷⁶

Todo esse processo de objetivação da responsabilidade em atividades de risco e repartição social dos prejuízos foi creditado justamente ao princípio da solidariedade social. Trata-se, com efeito, do princípio que tem sido responsável, nas últimas décadas, por inserir a tutela de outros interesses relevantes nas relações jurídicas (absolutas ou relativas), para além dos interesses individuais das partes, em todas as searas do direito civil.¹⁷⁷ Em matéria de responsabilidade civil, já na década de 1960, Stefano Rodotà identificava, pioneiramente no direito italiano, residir na solidariedade social a chave interpretativa para se compreender o processo de objetivação da responsabilidade civil.¹⁷⁸ Também no direito brasileiro a doutrina civil-constitucional identificou esse fundamento valorativo. E, de fato, com o tempo, a solidariedade se revelou o substrato mais adequado para explicar a responsabilidade objetiva, não apenas porque oferecia uma interface apropriada para explicar por qual razão o risco da atividade podia servir como critério de imputação da responsabilidade (questão que jamais se pôs em relação à culpa – a qual, herdada da tradição canonista, parecia um critério auto-evidente),¹⁷⁹ como também porque explicou, de forma coerente, os muitos casos de responsabilidade objetiva que não mantinham, a rigor, qualquer relação com a noção de risco.

Assim, passou-se a compreender que a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, dos comitentes pelos atos dos prepostos, dos donos por danos causados por animais e

¹⁷⁵ Cf., dentre outros, ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Paris: PUF, 2011, p. 490.

¹⁷⁶ Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 23. O compromisso com a solidariedade social acarreta que “quem suportará o dano causado no contato social não será mais a vítima, mas aquele que gera, com a sua atividade, a mera ‘ocasião’ ou a ‘oportunidade’ de dano, à qual sucede, de fato, um dano: para este (agora) responsável se deslocará o custo do dano, que poderá ser repartido entre os membros da coletividade através de diversos mecanismos, inclusive o do aumento do preço dos serviços e das atividades em geral” (Ibid., p. 25).

¹⁷⁷ Afirma Maria Celina BODIN DE MORAES: “o princípio da solidariedade [...] é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana” (O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 250-251).

¹⁷⁸ Na clássica página de Stefano RODOTÀ: “A violação do limite da solidariedade, implícita no verificar-se um dano injusto, exige [...] uma qualificação em direção subjetiva, para que se possa dar lugar à imputação da responsabilidade a título de culpa (com base no critério da culpa). [...] Essa afirmação é possível enquanto o limite da solidariedade se apresenta também como medida do agir, *standard* operante sempre que um contato social específica em concreto a exigência de apreciar o componente objetivo do comportamento” (*Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 173-174. Tradução livre).

¹⁷⁹ Segundo Maria Celina BODIN DE MORAES, o princípio da culpa “era tido então como axiomático, isto é, moralmente universal” (Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 26).

assim por diante – cuja objetivação foi promovida, no direito brasileiro, inicialmente pela jurisprudência, que passou a presumir a existência de culpa nesses casos,¹⁸⁰ e posteriormente pelo codificador de 2002 – têm em comum o fundamento na solidariedade social. Porque as vítimas não poderiam permanecer irressarcidas, e porque seria mais difícil ou mesmo impossível obter dos reais causadores do dano a indenização, optou-se por atribuir a certos indivíduos a responsabilidade, independentemente de culpa.¹⁸¹ Do mesmo modo, certos agentes que desenvolvem atividades arriscadas, particularmente aquelas capazes de produzir danos em larga escala, devem responder objetivamente pelos prejuízos relacionados a essas atividades, seja porque criaram esse risco, seja porque extraem proveito econômico por ele, seja, enfim, porque seu porte operacional permite que repartam o custo das indenizações com a coletividade.¹⁸²

As semelhanças entre as *fattispecie* legais de responsabilidade civil objetiva, no entanto, parecem se esgotar no propósito solidarista. Tome-se como exemplo o aspecto causal em cada uma delas. Por definição, o regime objetivo nada diz a respeito da causalidade – que, em princípio, deveria ser apurada nos mesmos moldes da responsabilidade subjetiva.¹⁸³ No entanto, boa parte das hipóteses de responsabilidade independente de culpa apresenta peculiaridades quanto à causalidade. Nos termos do art. 936 do Código Civil, por exemplo, o dono ou detentor do animal responderá pelo dano por este causado, se não provar “culpa” da vítima (*sic*) ou força maior. Além da equivocada omissão legislativa quanto à possibilidade de ter ocorrido fato de terceiro – suprível pela via interpretativa, diante das regras gerais sobre causalidade¹⁸⁴ –, é preciso destacar que, nessa hipótese, o próprio fato do animal não pode ser qualificado como caso fortuito pelo dono, muito embora esta devesse ser a sua qualificação na teoria geral da causalidade.¹⁸⁵

¹⁸⁰ “Com base na elaboração pretoriana e no desenvolvimento da doutrina, a tendência que predominou, enquanto em vigor o Código Civil de 1916, assentava a responsabilidade por fato de outrem no princípio da presunção de culpa. Era de se prever, contudo, que num futuro mais ou menos curto, procuraria abrigo na teoria do risco” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 122).

¹⁸¹ Assim, por exemplo, na lição de Alvino LIMA: “A razão predominante na responsabilidade do comitente é dar à vítima uma garantia da responsabilidade do preposto, quase sempre insolúvel. É um movimento mais vasto no Direito – o de alargar os pontos de vista sociais sobre os puramente jurídicos” (*Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 148).

¹⁸² Trata-se das diversas acepções já conferidas em doutrina ao risco (risco proveito, risco criado etc.). Cf., a respeito, dentre outros, ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du droit privé*, cit., pp. 492 e ss.

¹⁸³ Nesse sentido, cf., por exemplo, CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*, cit., p. 169.

¹⁸⁴ Assim propõe, por exemplo, o enunciado n. 452 da V Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho de Justiça Federal: “A responsabilidade civil do dono ou detentor de animal é objetiva, admitindo-se a excludente do fato exclusivo de terceiro”.

¹⁸⁵ Na doutrina francesa, a teoria da guarda pressupõe, do ponto de vista da causalidade, que “o fato da coisa é uma intervenção causal desta na realização do dano” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*, cit., p. 817). Sendo a causa do dano, portanto, não humana, a conclusão deveria ser pelo fortuito, como acontece, aliás, nos casos de danos causados por animais selvagens (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 146). No entanto, os autores que desenvolveram a teoria da guarda parecem sempre ter pressuposto, subjacente ao fato da coisa, uma ação humana (*Ibid.*, p. 139).

Por sua vez, nas hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro previstas pelo art. 932 do Código Civil, os responsáveis indiretos não podem invocar a conduta de certas pessoas específicas (filhos, tutelados, curatelados, prepostos e assim por diante) para se eximirem do dever de indenizar, embora ainda possam invocar fatos de terceiros em geral como excludentes. Do mesmo modo, nas relações de consumo, os fornecedores elencados pelo art. 12 do CDC não podem invocar fato de terceiro que faça parte da mesma cadeia de fornecimento, dada a opção legislativa por estipular um regime de responsabilidade solidária entre eles.

Essas, dentre tantas outras hipóteses de responsabilidade objetiva tipificadas em lei, parecem suscitar a seguinte questão: tratar-se-ia da admissão legal de responsabilidade sem nexos causal? A doutrina, particularmente em matéria de responsabilidade por fato de outrem, sustenta veementemente a existência de causalidade nessas hipóteses. Afirma-se, nesse sentido, que a causalidade é mantida entre o dano produzido e a conduta do responsável direto (filho, tutelado, curatelado, preposto, fornecedor na mesma cadeia de consumo), ao passo que entre esta e o responsável direto existe, necessariamente, também um vínculo juridicamente relevante (parentalidade, tutela, curatela, preposição, a própria cadeia de fornecimento).¹⁸⁶ É bem verdade que este vínculo jurídico entre o responsável direto (pelo dano) e o responsável indireto (pela indenização) não aparenta corresponder, em sentido estrito, a um vínculo de causalidade.¹⁸⁷ Por isso mesmo, muitos autores consideram haver causalidade presumida nas hipóteses de responsabilidade não decorrente de fato próprio.¹⁸⁸ No entanto, a melhor resposta à indagação sobre a existência ou não de causalidade na responsabilidade objetiva por fato das coisas ou de terceiros parece ser: não importa.

Com efeito, como se sustentou anteriormente, é preciso abandonar a perspectiva de que os requisitos da responsabilidade civil seriam parte de uma natureza ontológica do dever de indenizar e reconhecer que se trata, na verdade, de escolhas político-jurídicas, mais ou menos permissivas. Ao legislador (e apenas a ele), portanto, assiste dispensar o nexo de causalidade quando, mediante juízo valorativo, concluir pela necessidade de imposição da reparação civil a determinados agentes, em nome de se protegerem as

¹⁸⁶ Segundo Caio Mário da Silva PEREIRA, “a vítima ficará injustiçada, se se ativer à comprovação do proclamado nexo causal entre o dano e a pessoa indigitada como o causador do dano. Para que justiça se faça, é necessário levar mais longe a indagação, a saber, se é possível desbordar da pessoa causadora do prejuízo e alcançar outra pessoa, à qual o agente esteja ligado por uma relação jurídica, e, em consequência, possa ela ser convocada a responder” (*Responsabilidade civil*, cit., p. 119).

¹⁸⁷ Ressalvados os autores que consideram, filiados ao paradigma da culpa, que visualizam a conduta dos responsáveis indiretos como “causa eficiente” do prejuízo produzido (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 629).

¹⁸⁸ Assim afirmam, por exemplo, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 145 (sobre a responsabilidade pelo fato das coisas) e DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 500.

vítimas e de se garantir a reparação integral dos danos. O motivo pelo qual a causalidade é indispensável nos casos de responsabilidade objetiva fundada na noção de risco do art. 927, parágrafo único, do Código Civil é justamente o seu fundamento normativo: a cláusula geral contida no referido dispositivo prevê a causalidade e, portanto, não assiste ao intérprete dispensá-la.¹⁸⁹ Nos casos de responsabilidade objetiva especificamente cogitados pelo legislador, porém, é plenamente possível a criação de *fattispecie* positivadas em lei que dispensem a prova do nexa causal – modelo esse que, por outro lado, deverá, sem dúvida, justificar-se e provar sua compatibilidade com a axiologia do sistema. Portanto, por instigantes que sejam as construções doutrinárias na matéria, a existência ou não de causalidade nos casos de responsabilidade por fato das coisas ou de terceiros especificamente previstos em lei não passa de um falso problema.

Nesse particular, aliás, a estipulação de solidariedade passiva, acompanhada da previsão do direito de regresso em favor do responsável indireto em face do responsável direto, parece demonstrar que o próprio legislador admite a inexistência de um liame causal efetivo a vincular o responsável indireto ao dano. Note-se, comparativamente, que, no caso de coautoria do dano (quando há causalidade efetiva vinculando todos os coautores e corresponsáveis), também prevê o art. 942, parágrafo único do Código Civil (e, na sua esteira, o art. 7º, parágrafo único do CDC) a solidariedade passiva, mas não o regresso integral: o agente que vier a responder pela totalidade da indenização tem regresso apenas parcial em face do coautor, pois ambos foram efetivos causadores do dano. A solidariedade passiva estipulada pelos arts. 932 e 933 do Código Civil, por sua vez, opera de forma diversa, pois o art. 934 admite o regresso integral em face do real causador do dano. O mesmo entendimento deve ser aplicado às relações de consumo, quando o fornecedor que arcou com a indenização não tiver sido coautor do dano.

Isso ocorre porque, coerentemente com o sistema geral da responsabilidade civil, idealmente deveria assistir ao causador direto do dano o ressarcimento do mesmo. Em nome da solidariedade social, o legislador amplia o rol de responsáveis, em benefício da vítima, mas admite o regresso, reconhecendo que, do contrário, o responsável direto auferiria enriquecimento injusto, frontalmente contrário aos valores do ordenamento.¹⁹⁰ As exceções são os casos de fatos das coisas (eis que, aqui, não há, evidentemente, outro indivíduo em face do qual se poderia exercer o regresso), ou o caso da responsabilidade

¹⁸⁹ Que o nexa causal constitui um elemento da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva consiste em entendimento praticamente unânime na doutrina brasileira. Cf., por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, cit., p. 29.

¹⁹⁰ Cf., VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice ; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*, cit., p. 1085.

indireta por danos causados por descendentes incapazes (parte final do art. 934 do Código Civil), pois aqui o imperativo de solidariedade familiar prevalece no juízo de injustiça do enriquecimento, autorizando que eventual patrimônio do incapaz (causador direto do dano) deixe de responder pelo custo da indenização.¹⁹¹

Questão curiosa consiste na exigência, encontrada na doutrina estrangeira e também presente no direito brasileiro, de que a conduta do causador direto do dano tenha sido culposa (ou assemelhada a conduta culposa, no caso em que o causador direto seja pessoa inimputável) para que o responsável indireto venha a responder pelo dano.¹⁹² A esse sistema já se denominou responsabilidade subjetiva-objetiva.¹⁹³ Sem fundamento normativo, o entendimento se difundiu no direito brasileiro particularmente com a evolução da jurisprudência a respeito da responsabilidade do comitente pelos atos do preposto; embora o Código Civil de 1916 exigisse textualmente a prova da culpa *in eligendo* do comitente, o Supremo Tribunal Federal passou a sustentar o entendimento *contra legem*, presumindo essa culpa, como restou consignado no verbete n. 341 da sua Súmula.¹⁹⁴ O enunciado registra, porém, que a responsabilidade se daria em relação ao *ato culposo* do preposto, exigência que reverbera ainda hoje na jurisprudência pátria.¹⁹⁵

Conquanto se poste na contramão dos propósitos valorativos que orientaram a objetivação da responsabilidade indireta (a saber, facilitar o acesso da vítima à reparação), na medida em que dispensa a prova da culpa do comitente, mas passa a exigir a do preposto, esse entendimento parece estar radicado na mesma compreensão, acima destacada, de que não há causalidade efetiva na responsabilidade indireta e de que o pagamento da indenização pelo responsável indireto corresponde ao enriquecimento

¹⁹¹ Trata-se, segundo a doutrina, de preceito que se justifica por “considerações de ordem moral”, “pela organização econômica da família” e pela “solidariedade moral e, até certo ponto, econômica do ascendente para com o descendente” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1931, p. 305).

¹⁹² Assim, “a culpa daquele que possuía o dever de guarda era presumida a partir da culpa (ou da conduta socialmente reprovável) de quem se encontrava sob a sua autoridade” (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo *et alii*, cit., p. 828). No mesmo sentido, cf. DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 631; LIMA, Alvaro. *Culpa e risco*, cit., p. 145. Também na doutrina estrangeira se exige o caráter ilícito/culposo da conduta do preposto (cf., ilustrativamente, VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*, cit., p. 1075).

¹⁹³ Veja-se, ilustrativamente, o seguinte julgado: “Em outras palavras, somente se verificada a culpa dos prepostos responderá o preponente (hospital) de forma objetiva, não lhe sendo permitido provar que agiu de forma diligente, dada a presunção de sua culpa. Trata-se de verdadeira responsabilidade objetiva-subjetiva” (TJMG, Ap. Civ. 100249915229470011, 9ª C.C., Rel. Des. José Antônio Braga, julg. 2.6.2009).

¹⁹⁴ *Verbis*: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. A respeito do enunciado, afirma Caio Mário da Silva PEREIRA: “Deste contexto, resultaram os requisitos da responsabilidade do patrão, amo ou comitente: a) a existência de um prejuízo; b) a relação de emprego; c) a culpa do empregado, serviçal ou preposto, nesta condição, isto é, que no momento do dano encontrava-se no exercício de sua atividade ou por motivo dela” (*Responsabilidade civil*, cit., p. 130).

¹⁹⁵ Ilustrativamente: “Malgrado a responsabilização objetiva do empregador, esta só exsurdirá se, antes, for demonstrada a culpa do empregado ou preposto, à exceção, por evidência, da relação de consumo” (STJ, AgInt no AREsp 1079508, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 27.2.2018).

injusto do responsável direto. Assim, ao mesmo tempo em que autorizou a responsabilidade indireta, a jurisprudência passou a exigir a certeza da culpa do responsável direto como requisito para que a vítima fosse indenizada, de modo que sempre fosse possível o exercício do regresso.¹⁹⁶ A rigor, a culpa do preposto apenas deveria importar no momento da ação de regresso – quando, então, caberia indagar se o efetivo causador do dano deveria ou não reembolsar o comitente que arcou com a indenização. A exigência prévia da prova da culpa do preposto, nesse sentido, põe em destaque uma garantia em favor do comitente (o regresso) e o reconhecimento de que este figura como mero garante do credor da indenização¹⁹⁷ (função que se atribui, em geral, à solidariedade passiva),¹⁹⁸ mas não está vinculado causalmente ao dano.

Desprovido de previsão legal – mas, em princípio, valorativamente legítimo –, esse entendimento deve ser aplicado com cautela e afastado nos casos em que a disciplina positiva da reponsabilidade indireta se mostrar incompatível. Em matéria de responsabilidade estatal, o constituinte expressamente afastou a exigência de culpa ou dolo do agente público como requisito da indenização, relegando essa análise apenas para o momento posterior do regresso (art. 37, §6º da Constituição), no que foi seguido pelo art. 43 do Código Civil.¹⁹⁹ Na responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, o legislador previu sistema particular, cogitando de hipóteses em que os genitores não são obrigados a responder (art. 928 do Código Civil), seja porque seu patrimônio é inferior ao do filho, seja porque este cometeu ato infracional, caso em que o art. 116 do ECA o responsabiliza pessoalmente.²⁰⁰ Portanto, excetuadas essas hipóteses, parece razoável compreender que o genitor terá de indenizar a vítima, independentemente de prova de conduta culposa ou assemelhada por parte do menor.

Nas relações de consumo, considerando que todos os fornecedores da cadeia respondem objetivamente (art. 12 do CDC), o fornecedor que figurar como responsável indireto não poderá alegar ausência de culpa nem, tampouco, exigir prova da culpa do outro.²⁰¹

¹⁹⁶ Direito assegurado ao responsável indireto pelo art. 934 do Código Civil.

¹⁹⁷ Afirma-se, por exemplo, que, “sob o impacto de forças diversas, o que se sente é a transformação do conceito de responsabilidade pelo fato de outrem, no sentido de conceder à vítima garantia maior” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 122).

¹⁹⁸ Cf., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 93.

¹⁹⁹ Nesse sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 283.

²⁰⁰ Entendimento sustentado por BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., pp. 830-831.

²⁰¹ “Note-se que não se trata de simples aplicação de uma ideia de concorrência na produção do resultado danoso, pelo que também pode ser chamado a responder o agente que participa da cadeia antes do fato que vem a originar a lesão ao consumidor” (SCHREIBER, Anderson. *Flexibilização do nexos causal em relações de consumo*, cit., p. 35).

Questão particularmente difícil é aquela em que se questiona a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços por atos de seus prepostos: embora a responsabilidade no CDC, ressalvado o caso dos profissionais liberais, seja objetiva, não se pode ignorar que o fornecedor pode ser desde uma pessoa natural que presta serviços diretamente aos consumidores até uma grande estrutura empresarial, que o presta por meio de seus prepostos. Nada tendo o legislador consumerista disposto a respeito, a regra aplicável é a do Código Civil, de tal modo que, existindo vínculo de preposição, deverá ter havido culpa do preposto para que o fornecedor-comitente venha a responder.²⁰²

Não é necessário dizer que, dados os excessos típicos do direito consumerista brasileiro, que constantemente lançam esse setor do direito privado em um âmbito de preocupante assistemática,²⁰³ quase nenhuma atenção se tem destinado ao problema, simplesmente se presumindo que a responsabilidade objetiva prevista pelo art. 12 do CDC (destinado a reger a responsabilidade solidária apenas entre fornecedores) seria suficiente para dispensar a culpa do preposto.²⁰⁴ Tal entendimento tem o mérito de facilitar a reparação das vítimas de acidentes de consumo; contudo, enquanto nas relações paritárias predominar a tese de que a culpa do causador direto do dano é exigível, não parece haver fundamento legal para a adoção de um critério diferente nas relações consumeristas.²⁰⁵ Mais compatível com o sistema seria, portanto, a exigência de culpa do preposto também nas demandas consumeristas (bastante facilitada, note-se, pela possibilidade de inversão do ônus da prova em favor da vítima), o que se aplica até mesmo em demandas contra fornecedor diverso daquele cujo preposto causou o dano.

²⁰² O entendimento encontra acolhida, ainda que não majoritária, em sede jurisprudencial. Ilustrativamente: “Apelação cível. Responsabilidade civil objetiva. Transportadora. Atropelamento. Vítima fatal. Ato culposo do preposto. Dano moral caracterizado. 1 - A responsabilidade da transportadora é objetiva, à luz dos artigos 927, *caput*; 932, inciso III e 942, parágrafo único, do Código Civil/02, ante a teoria do risco da atividade, sendo, contudo, subjetiva a do preposto.[...] 3 - À luz das provas e evidências dos autos, conclui-se que a falta de atenção do preposto da ré, na condução do veículo, deu causa ao acidente fatal. Circunstância do evento que, por si só, exigiria do condutor cuidado e atenção redobrados” (TJRJ, Ap. Civ. 0022888-07.2015.8.19.0042, 22^a C.C., Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, julg. 6.3.2018). Em doutrina, predomina o entendimento contrário; assim, por exemplo, Sérgio CAVALIERI FILHO afirma que o CDC teria responsabilizado o fornecedor sempre *diretamente* pelo fato do serviço, não se aplicando mais a ele a responsabilidade indireta do Código Civil (*Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 284).

²⁰³ A respeito, Gustavo TEPEDINO critica o pensamento microssistemático como “grave fragmentação do sistema, permitindo a convivência de guetos legislativos isolados” (A aplicabilidade do Código Civil nas relações de consumo: diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69).

²⁰⁴ Nesse sentido: “Note-se, por fim, que, em se tratando de relação de consumo, o fornecedor de serviços responde independentemente de culpa sua ou de seu empregado, nos termos do art. 14 do CDC. Aqui, não é de se cogitar se o dano foi provocado pelo empregado do fornecedor ou pelo próprio, com ou sem culpa de quem quer que seja” (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 832).

²⁰⁵ Outro caminho possível seria afirmar que basta a configuração do “fato” do produto ou serviço para que o fornecedor responda independentemente de sua própria culpa ou da culpa de qualquer um de seus prepostos – nesse caso, porém, o conceito de “fato”, algo impreciso, parece encapsular em si mesmo todos os requisitos necessários e suficientes para a deflagração do dever de indenizar, como em um indesejável retorno à confusão conceitual entre esses requisitos, semelhante ao que ocorria sob a noção de ato ilícito.

Essa análise da conduta do preposto não deixa de ser salutar, tendo em vista ser bastante comum que, na prática, seja neste momento que o intérprete verifica se o preposto agiu ou não nos limites de sua função – consideração crucial para que se determine se ele deve mesmo ser tratado como representante do comitente ou como simples terceiro que deu causa exclusiva ao dano.

Outra conexão pouco lembrada com o problema da responsabilidade indireta consiste na clássica hipótese do *effusum et deiectum*, disciplinada pelo art. 938 do Código Civil. Nos casos de prédios de apartamentos, a responsabilidade objetiva por coisas deles caídas ou lançadas passou a ser atribuída ao condomínio edilício, por interpretação doutrinária e jurisprudencial²⁰⁶ conferida à expressão “aquele que habitar prédio, ou parte dele”, já constante do art. 1.529 do Código Civil de 1916. Onerar o condomínio em prol do pagamento da reparação de um dano que, provavelmente, foi provocado pelo morador de apenas uma das unidades corresponde à mesma lógica da responsabilidade indireta: responde-se pelo dano provocado por terceiro, como forma de se assegurar a indenização à vítima.²⁰⁷ Como, porém, todos os condôminos responsabilizados, menos um, não deram causa efetivamente ao dano, admite-se o regresso em face do real causador, caso este possa ser identificado.²⁰⁸ Pelo mesmo motivo, já se admitiu que fossem excluídos do rateio da indenização condôminos de cujas unidades, por sua própria posição no edifício, não possa absolutamente ter partido a coisa caída ou lançada.²⁰⁹

A solução conferida à responsabilidade por *effusum et deiectum* costuma ser atribuída à teoria da causalidade alternativa, que, a seu turno, é por vezes considerada uma hipótese de presunção de causalidade.²¹⁰ A noção de presunção de causalidade, nesses casos, é tão adequada e tão inadequada quanto na responsabilidade por fato de terceiro. De um lado, constata-se que há causalidade efetiva entre o dano e o fato de um dos condôminos do prédio; de outro, constata-se que não há causalidade em face dos demais condôminos, que estão, porém, ligados ao efetivo causador por um vínculo jurídico (a própria copropriedade). Como mencionado, mais importante do que se afirmar a existência ou não da causalidade presumida nesses casos (entendimento que parece se filiar à noção,

²⁰⁶ Cf., a respeito, o enunciado n. 557 da VI Jornada de Direito Civil do Centro da Justiça Federal: “Nos termos do art. 938 do CC, se a coisa cair ou for lançada de condomínio edilício, não sendo possível identificar de qual unidade, responderá o condomínio, assegurado o direito de regresso”.

²⁰⁷ Cf. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*, cit., p. 292.

²⁰⁸ Como assevera Caio Mário da Silva PEREIRA, “eventual discussão ou investigação entre os moradores constitui tarefa *interna corporis* da assembleia condominial, a despeito do ressarcimento da vítima” (*Responsabilidade civil*, cit., p. 155).

²⁰⁹ Cf. DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 539.

²¹⁰ Cf. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*, cit., p. 305.

já criticada, de que o nexos seria um elemento indissociável do dever de indenizar, devendo, portanto, ser provado ou presumido) parece ser reafirmar que apenas ao legislador assiste, ao valorar as hipóteses por ele disciplinadas, dispensar ou exigir o nexos causal para fins de atribuição do dever de indenizar.²¹¹

Vale tecer uma consideração final, ainda, no que diz respeito às já mencionadas hipóteses de responsabilidade civil dita agravada, de que são exemplos a responsabilidade do transportador de pessoas e da operadora de instalações nucleares. Afirma-se, em geral, que essas hipóteses representariam um caso particular de responsabilidade civil objetiva, mais gravoso para o agente.²¹² Como se viu a respeito da responsabilidade por fatos de coisas ou de terceiros, no entanto, não parece haver nada de extraordinário na previsão legislativa de contencões às excludentes de responsabilidade civil. Assim, a situação dos danos produzidos no transporte ou nas atividades nucleares não parece ser substancialmente distinta daquela que ocorre na responsabilidade por fato das coisas ou de outrem; aliás, o legislador não deixa de prever, em uma situação e em outra, o direito do regresso (ainda que com limitações) em face do efetivo causador do dano (art. 735, *in fine* do Código Civil e art. 7º da Lei n. 6.453/1977).

A responsabilidade dita agravada, portanto, não deixa de ser, na perspectiva apresentada pelo presente estudo, uma hipótese de responsabilidade objetiva, com as típicas modulações impostas legislativamente às excludentes passíveis de alegação pelo responsável. Como, porém, esses limites legais às excludentes não se relacionam com pessoas ou coisas juridicamente vinculadas ao agente responsável, a questão se assemelha mais à identificação do fortuito interno ou externo no regime de responsabilidade objetiva das atividades de risco²¹³ do que ao modelo de responsabilidade por fato de terceiros ou por fato das coisas, acima delineado. Reitere-se: diversamente do intérprete, o legislador dispõe de legitimidade para prescindir dos requisitos usuais das cláusulas gerais de responsabilidade civil quando, em juízo

²¹¹ Entendimento já expressado, por exemplo, por Aguiar DIAS ao tratar da responsabilidade indireta: “a enumeração do art. 932 do Código Civil de 2002 não admite interpretação ampliativa – senão nos termos em que recusá-la seria desconhecer o critério que o informa” (*Da responsabilidade civil*, cit., pp. 630-631). Assim também Caio Mário da Silva PEREIRA: “A responsabilidade civil por fato alheio não é arbitrária. A vítima não pode escolher a seu exclusivo alvedrio uma pessoa que venha ressarcir seu prejuízo. E é neste aspecto que os autores franceses afirmam que as disposições legais são de interpretação restrita” (*Responsabilidade civil*, cit., p. 121).

²¹² “Não seria errado afirmar que nestas hipóteses estamos perante uma nova categoria de responsabilidade, a par da responsabilidade subjetiva (fundada na culpa) e da objetiva (fundada no risco, mas exigindo nexos de causalidade entre a atividade do responsável e o dano)” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 667).

²¹³ Não por acaso, a responsabilidade agravada é definida, de modo muito semelhante à distinção entre fortuito interno e externo, como aquela em que os “fatos de terceiro e casos fortuitos ou de força maior que puderem ser considerados riscos típicos da atividade não excluirão a obrigação de indenizar” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 667).

valorativo, assim entender necessário;²¹⁴ nesses casos, não importa, de fato, perquirir se a responsabilidade ocorre sem nexos causal, ou se foi ampliado o próprio conceito de causalidade – que, aqui em sentido puramente jurídico, torna-se verdadeiro instrumento de política legislativa. O problema, como se comentará mais detidamente a seguir, está no abandono do nexos pelo intérprete, sem autorização legal – é nessas hipóteses que se justifica a defesa ora proposta do requisito causal.

5. O problema da imputação do dever de indenizar

No jargão jurídico, *imputar* significa *atribuir* ou *destinar*. Dá-se, por exemplo, a imputação do pagamento (arts. 352 e ss. do Código Civil) quando, diante do pagamento parcial de um conjunto de débitos existentes entre as mesmas partes, é preciso decidir quais deles devem ser considerados pagos e extintos, e quais ainda permanecem devidos. Uma pessoa é dita inimputável quando a ela não se possa atribuir certo regime de responsabilidade (civil ou criminal, por exemplo).²¹⁵ O credor pignoratício é obrigado a imputar o valor dos frutos de que se apropriar nas despesas de guarda e conservação, nos juros e no capital da dívida garantida (art. 1.435, III, do Código Civil), ou seja, destiná-lo para saldar tais débitos. Presume-se imputada na parte disponível do patrimônio do *de cuius* a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário (art. 2.005, parágrafo único, do Código Civil). Os exemplos são muitos e confirmam a relativa clareza de sentido do termo.

Em matéria de responsabilidade civil, *imputar* também significa atribuir ou destinar – nomeadamente, atribuir ou destinar o dever de indenizar a alguém.²¹⁶ São contraditórias, ainda, expressões como dano imputável a alguém, ou imputar certo fato danoso a alguém, que nada mais significam do que identificar o liame causal entre certo dano e a conduta de uma pessoa, ou identificar a autoria do fato que deu causa ao dano. Como se percebe, todos os usos tradicionais do verbo *imputar* em matéria de responsabilidade civil dizem respeito a uma das preocupações centrais do intérprete nessa matéria, a saber, *quem* deve responder pelo dever de indenizar. Dado o sentido amplo do termo, é possível utilizá-lo para tratar diretamente da atribuição da obrigação reparatória a certo

²¹⁴ A possibilidade de uma responsabilidade *ex lege* parece ser admitida, no sentido ora proposto, por LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit., p. 307. No sistema normativo atual, basta pensar na responsabilidade sobre causas fortuitas atribuída ao devedor em mora e ao possuidor de má-fé (art. 399 e 1.218 do Código Civil).

²¹⁵ Para VINEY, JOURDAIN e CARVAL, “a imputabilidade é uma noção de predominância psicológica ou psíquica que aparece como uma condição subjetiva da responsabilidade fundada sobre a liberdade do agente na realização do ato danoso. Trata-se praticamente de impedir a imputação de uma responsabilidade àqueles que não teriam agido com uma liberdade de espírito suficiente, como é o caso para as pessoas com problemas mentais ou para as crianças de pouca idade, ainda desprovidas de uma razão suficiente para compreender o alcance de seus atos” (*Les conditions de la responsabilité*, cit., p. 239. Tradução livre).

²¹⁶ Cf. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*, cit., p. 113.

agente, ou, ainda, para vincular esse agente aos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, seja à luz da cláusula geral de responsabilidade subjetiva, seja nos termos da cláusula geral ou das previsões legais específicas de responsabilidade objetiva.

Nesse cenário, causa certa surpresa a popularização do termo “nexo de imputação” na responsabilidade civil brasileira dos últimos anos. A expressão já era utilizada por autorizada doutrina há algum tempo, com o intuito de indicar que, para fins de aplicação das duas cláusulas gerais de responsabilidade civil previstas pelo *caput* e pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil, faz-se necessária a presença de um fundamento subjetivo de imputação do dever de indenizar, a saber, a culpa ou o risco.²¹⁷ Nesse sentido, esses dois requisitos são reunidos por parte da doutrina sob a designação “nexo de imputação”, que passa a ser elencado ao lado do dano e do nexo causal como requisitos da responsabilidade civil.²¹⁸ A sistematização mostra-se interessante do ponto de vista didático, pois destaca o papel semelhante desempenhado pela culpa e pelo risco nos dois sistemas de responsabilidade, embora o vocábulo “nexo” apresente o inconveniente de também ser utilizado, com muito mais frequência, em matéria de causalidade. Compreendida, porém, essa ressalva, não haveria qualquer óbice em sua utilização.

O que surpreende na recente difusão da noção de “nexo de imputação” é o sentido *adicional* que se tem a ela atribuído, a saber, o de um suposto requisito autônomo autorizador do dever de indenizar. De fato, certa parcela da doutrina passou a defender a possibilidade de se atribuir o dever de indenizar a determinado indivíduo mesmo se ausente o requisito do nexo causal, desde que verificado o chamado “nexo de imputação”, que passaria a substituir o anterior.²¹⁹ Como se buscou esclarecer neste estudo, a imputação do dever de indenizar a agentes que não deram causa direta e imediatamente ao dano não causa grande perplexidade, sendo este um expediente legítimo a que pode

²¹⁷ “Nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico. É o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este. Em regra o fundamento de tal imputação é uma atuação culposa. Excepcionalmente poderá haver imputação pelo risco” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 496).

²¹⁸ Ao fundamento ético da imputação do dever de indenizar (culpa ou risco) acrescenta-se, por vezes, a noção de imputabilidade do agente: “O nexo de imputação é o vínculo que se estabelece entre determinado fato e sua atribuição a certa pessoa, podendo a imputação ser delitual (culpa *lato sensu*) ou objetiva (risco). [...] No nexo de imputação, inclui-se também o conceito de imputabilidade, exigindo-se que o agente tenha capacidade (maturidade e higidez mental)” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152).

²¹⁹ Nesta acepção *sui generis* de imputação, a investigação causal é substituída por um juízo de equidade: “Situação que também emerge como exemplar é a imputação sem nexo de causalidade na responsabilidade por danos. Não raro se vê a reafirmação tradicional do nexo para imputar responsabilidade, o que, de todo correta, pode não ser, em determinados casos, o mais justo concretamente para a vítima. Quando assim, a direção pode indicar a renovação do conteúdo da causa, e especialmente do nexo causal. A imputabilidade tem no centro a preocupação com a vítima; a imputação é operação jurídica aplicada à reconstrução do nexo. [...] É de alteridade e de justiça social que se deve inebriar o nexo de causalidade, atento à formação das circunstâncias danosas” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*, cit., pp. 113-114).

recorrer o legislador tendo em vista, via de regra, a ponderação do princípio da solidariedade social com outros valores juridicamente relevantes. Preocupa, porém, na construção mencionada a criação de um requisito “novo” para a responsabilidade civil, sem fundamento legal, e, acima de tudo, a proposta de se dispensar o requisito do nexo de causalidade, *a despeito da ausência de qualquer autorização legislativa nesse sentido*, para substituí-lo pelo suposto “nexo de imputação”.²²⁰

A noção de imputação, nessa perspectiva, tem sido utilizada por este setor da doutrina como *fundamento* da atribuição do dever de indenizar a alguém – raciocínio, como se percebe, tautológico, vez que equivalente a dizer que basta haver (nexo de) imputação para que haja imputação. O advento desse sentido *sui generis* de “nexo de imputação” representa uma espécie de golpe de misericórdia sobre o nexo causal como barreira final à reparação. Ainda de acordo com essa concepção, estaria nas mãos do intérprete realizar uma escolha (que, na verdade, apenas cabe ao legislador), a saber: se a causalidade deve ou não ser exigida como critério de contenção do surgimento do dever de indenizar.²²¹ Essa noção *sui generis* de imputação não parece ter encontrado eco na jurisprudência, que, nas poucas ocasiões em que alude ao termo “nexo de imputação”, tem-no feito em caráter de sinonímia – e não de alternativa ou exclusão – ao nexo de causalidade.²²²

Parece estar na raiz dessa concepção uma incompreensão da atuação do princípio da solidariedade social sobre a autonomia privada – esta última, uma noção que se costuma

²²⁰ Por entender que o sistema tradicional da responsabilidade civil não responde satisfatoriamente à tutela da vítima, parte da doutrina indaga se não seria possível “imputar a alguém a responsabilidade por danos na ambiência civil e consumerista, sem que estivesse presente o nexo causal, previsível ou altamente provável, entre o fato danoso e o dano”, e responde afirmativamente, sustentando “a ideia da formação da circunstância danosa como um critério com melhor aptidão para imputar a responsabilidade ao causador direto do dano ou outro responsável, independentemente de haver nexo de causalidade ou presunção de causalidade de determinado fato, nos moldes construídos até o momento” (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos*, cit., p. 289). Assim também na doutrina portuguesa: “O que dissemos sobre o nexo de causalidade, ao transformá-lo, justificadamente, em nexo de imputação ou nexo de ilicitude, leva ínsita a resposta à questão sobre quem recai o ônus de provar a causalidade. [...] o antes condicional a que acresce o depois causalista são substituídos por uma também dialética conformação do nexo de imputação à luz das exigências de sentido comunicadas pela concretude dos acontecimentos, aos quais, por sua vez, só poderemos aceder na intelecção da intencionalidade do sistema já constituído e a constituir” (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade*. Cascais: Principia, 2014, pp. 195-196).

²²¹ Embora os defensores das teorias que dispensam ou presumem o nexo causal sustentem a desnecessidade de previsão legal para tanto (por todos, cf. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos*, cit., p. 229), propostas desse teor despertam críticas de outro setor da doutrina. Particularmente sobre propostas de presunção de causalidade, afirma-se ser “necessário identificar para ela [para a presunção de causalidade] um fundamento jurídico apropriado, que não seja tão genérico e omnicompreensivo como a dignidade humana ou o solidarismo jurídico. É ainda mais do que conveniente recorrer ao legislador democrático, se for a intenção de se criar uma nova e mais radical forma de responsabilidade de determinados agentes econômicos” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito*, cit., p. 124).

²²² Nesse sentido, cf., ilustrativamente, STJ, REsp. 1.451.312, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 5.12.2017; STJ, REsp. 1.426.598, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 19.10.2017; TJRJ, Ap. Civ. 0076813-90.2005.8.19.0001, 13ª C.C., Rel. Des. Antonio José Azevedo Pinto, julg. 30.4.2009. Em doutrina, já se observou que a proposta da superação do nexo causal “é chocante e tende a custar para ser bem assimilada pela comunidade jurídica em geral e, pelos aplicadores do direito em particular” (RAMOS, André Arnt. *A responsabilidade civil para além dos esquemas tradicionais: prospecções do dano reparável na contemporaneidade*, cit., p. 16).

definir justamente pelos limites a ela impostos pelo ordenamento.²²³ Com a progressiva funcionalização do direito privado aos valores do sistema, cada vez mais se entendeu que a liberdade individual é uma conquista juridicamente reconhecida e que, portanto, o exercício dessa liberdade deve se mostrar merecedor de tutela.²²⁴ Se essa mudança, por um lado, implicou a criação de novos deveres aos particulares a partir da incidência de princípios (tais como a boa-fé objetiva e a função social da propriedade), em nenhum momento, de outra parte, alterou a essência do direito civil, que é a da autonomia privada. Em outros termos, a regra geral no direito privado continua sendo a autonomia, embora perenemente sujeita ao teste valorativo do ordenamento. Portanto, para que se crie para certo particular qualquer dever jurídico, é preciso encontrar fundamento para tanto na vontade convencional validamente declarada ou na própria norma jurídica (entendida, em sentido amplo, como a legalidade constitucional).²²⁵

Nesse contexto, prevê o legislador ordinário um sistema completo para o surgimento de obrigações com perfil indenizatório – sistema dotado de duas cláusulas gerais (de responsabilidade civil pela culpa e pelo risco), acompanhadas de diversas previsões específicas de responsabilidade objetiva com características próprias. Ordinariamente a imputação desse dever de indenizar se faz a partir dos mesmos requisitos gerais da responsabilidade civil, inclusive o nexa causal – em outros termos, na generalidade dos casos, os mesmos requisitos exigidos para que haja dever de indenizar são utilizados pelo legislador para indicar quem deverá arcar com esse dever. Não parece adequado, porém, considerar, como fazem alguns autores, que a imputação seria uma “segunda função” do nexa causal, ou um “segundo momento” da aferição da causalidade. Com efeito, como sustentado acima, não é incomum, por política legislativa, a imputação do dever de indenizar a agentes que não tenham participado propriamente da cadeia causal – o que leva a crer que a causalidade figura mais como requisito geral para a configuração do dever de indenizar do que para a sua imputação²²⁶ (conclusão corroborada pela usual previsão de direito de regresso na responsabilidade indireta).

²²³ Permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., p. 89.

²²⁴ Segundo Pietro PERLINGIERI, a autonomia apenas merece tutela se exercida de forma a promover os princípios do ordenamento (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 342). Em sentido parcialmente diverso, mas não incompatível com tal entendimento, o presente estudo parte do pressuposto de que o ato de autonomia privada, desde que não viole a axiologia do ordenamento jurídico (portanto, desde que lícito e não abusivo) será, em princípio, tutelado, ainda que não promova especificamente nenhum interesse supraindividual, de modo que a autonomia pode, sim, ser considerada um valor juridicamente relevante em si mesmo.

²²⁵ É nesse contexto que sobressai a atual relevância do estudo das fontes das obrigações, tema dos mais tradicionais no direito civil e que assume uma renovada importância no momento contemporâneo. Uma proposta inovadora de abordagem das fontes das obrigações, que desloca o enfoque para o regime jurídico aplicável a elas, em perspectiva funcional, é apresentada por SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 84 e ss.

²²⁶ Na doutrina italiana, por exemplo, afirma-se que “as regras da causalidade não se sobrepõem aos critérios de imputação” (FRANZONI, Massimo. *L'illecito*, cit., p. 70. Tradução livre).

A análise da imputação como um problema diverso do surgimento do dever de indenizar e como uma questão exclusiva de política legislativa, embora possa suscitar alguma perplexidade (e não sem razão, já que, na prática, os dois problemas costumam apresentar-se como um momento único,²²⁷ por ocasião da análise da *fattispecie* danosa pelo intérprete), parece oportuna para que se desfaçam algumas concepções. Com efeito, esse enfoque permite destacar que, ainda que se compreenda que certo dano *deveria* ser indenizado, à luz do princípio da reparação integral, problema totalmente diverso é o de se determinar quem *poderá* ser responsabilizado.²²⁸ Assim, mostra-se conveniente que o intérprete considere que o dever de indenizar, como a generalidade das situações jurídicas subjetivas, independe de titular para sua configuração. A ulterior identificação desse titular consiste em uma questão à parte, que o legislador resolve, em regra, por economia de linguagem, remetendo ao mesmo requisito de causalidade por meio de cláusulas gerais e, apenas excepcionalmente, por meio de previsões específicas.

Esse amplo sistema legislado de imputação, como se teve oportunidade de afirmar anteriormente, tem-se revelado até hoje plenamente compatível com a axiologia constitucional, não havendo que se falar, ao que tudo indica, em sua inconstitucionalidade ou na necessidade de sua interpretação conforme à Constituição.²²⁹ Nesse contexto, não parece haver fundamento valorativo no sistema para justificar que o intérprete amplie as hipóteses expressamente legisladas que mitigam a exigência de causalidade, muito menos para que suprima das cláusulas gerais de responsabilidade civil a exigência da causalidade como requisito. Tal procedimento mostra-se antissistemático e, estando desamparado por um fundamento valorativo específico, não se faz possível inseri-lo na unidade lógica e axiológica do ordenamento.

Não é demais destacar que a imputação de responsabilidade sem causalidade direta pelo legislador não apenas consiste em expediente extraordinário como nem mesmo pode ser considerada uma tendência atual no direito brasileiro. O exemplo mais eloquente parece residir na recente edição do Marco Civil da Internet e da norma muito criticada prevista pelo

²²⁷ Sobre a noção da interpretação e aplicação do Direito como um “momento único”, propugnada por Pietro Perlingieri, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., pp. 79 e ss.

²²⁸ Assim, por exemplo, ao explicar o procedimento de identificação do *an debeatur*, Giovanna VISINTINI destaca que ele “pressupõe obviamente que já se tenha resolvido a questão da imputação da obrigação de indenizar a um responsável e a valoração em termos de injustiça da lesão sofrida pela vítima, e está sujeita a diretivas legislativas e jurisprudenciais voltadas a circunscrever a área dos prejuízos ressarcíveis” (*Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 629. Tradução livre). Como se percebe, segundo concepção predominante na doutrina italiana, embora se trate de uma operação unitária, a imputação da responsabilidade não deixa de consistir em uma questão diversa da valoração da lesão sofrida pela vítima.

²²⁹ Como se comentou na Introdução deste estudo, aliás, a preocupação central da doutrina civilista contemporânea tem sido a de evitar a excessiva expansão do dano ressarcível no Brasil.

seu art. 19:²³⁰ ao dispor sobre a responsabilidade dos provedores de aplicações por conteúdos criados por terceiros (hipótese que, pela sua própria enunciação, parecia ser, com excelência, um caso de responsabilidade objetiva e indireta), optou o legislador por instaurar um regime de responsabilidade subjetiva e direta para o provedor, que apenas responde pelos danos causados depois de descumprir ordem judicial de retirada de conteúdo e, assim, ingressar com ato próprio (o descumprimento da ordem) na cadeia de produção do dano.²³¹ Nessas condições, a superação da escolha legislativa e a criação de uma hipótese de responsabilidade sem causalidade direta apenas pode ocorrer pela via hermenêutica caso se demonstre, fundamentadamente, por que a previsão normativa contraria a axiologia do sistema. No caso específico do art. 19 do Marco Civil, tem-se sustentado, com razão, a inconstitucionalidade do dispositivo, ao argumento de que viola os princípios da reparação integral, do acesso à justiça e da vedação ao retrocesso.²³² O último fundamento é particularmente eloquente: ao que parece, a tendência do legislador brasileiro, na direção diametralmente oposta à expansão do dever de indenizar e à superação da causalidade, tem sido a de *retroceder* às técnicas mais tradicionais e restritivas ao dever de indenizar, seja ao exigir a causalidade direta para fins de imputação do dever de indenizar, seja ao exigir a própria culpa do agente.

Outro exemplo dessa tendência restritiva pode ser colhido da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que, ao dispor que o operador de dados responde por danos causados aos titulares “quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador”, e que os agentes de tratamento podem apenas se eximir da responsabilidade se provarem, dentre outras hipóteses, que “não houve violação à legislação de proteção de dados”, acena claramente na direção (tradicional e restritiva) da responsabilidade fundada na culpa (isto é, no descumprimento de um dever), ainda que o art. 43, II pareça presumir *iuris tantum* esse elemento culposo.²³³

²³⁰ Dispõe a Lei n. 12.965/2014: “Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. [...]”.

²³¹ Para uma necessária crítica ao dispositivo, cf. SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo geral por terceiro. In: LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (Org.). *Direito e Internet III*, t. II: Marco Civil da Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

²³² “Em suma, para os usuários da internet e pessoas humanas que possam ser afetadas por conteúdo lesivo dos seus direitos fundamentais, o art. 19 não traz qualquer benefício. Muito ao contrário, representa um flagrante retrocesso se comparado aos caminhos que vinham sendo trilhados pela jurisprudência brasileira na matéria” (SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet, cit., p. 292).

²³³ Dispõe a Lei n. 13.709/2018: “Art. 42. [...] § 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados: I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei; [...] Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: [...] II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; [...]”.

Como se advertiu anteriormente, é comum que se invoquem, de modo vazio, princípios como a dignidade humana ou a reparação integral como os supostos fundamentos valorativos que permitiram superar, interpretativamente, a exigência legal de causalidade. Nesse contexto, o chamado “nexo de imputação” parece traduzir, na concepção de seus defensores, um juízo equitativo fundado nesses valores. A imprecisão nesse procedimento parece residir na crença de que a proteção da pessoa humana e a garantia da reparação integral significariam que qualquer dano sofrido por qualquer pessoa pudesse ser imputado a qualquer outro indivíduo com capacidade de arcar com a indenização. Desconsidera-se, assim, que a identificação da injustiça do dano (e, portanto, de sua indenizabilidade) decorre de um juízo complexo de merecimento de tutela,²³⁴ que leva em conta também os interesses, juridicamente relevantes, do agente a quem se pretende, em um outro nível de análise, imputar o dever de indenizar.

Reitere-se, por oportuno: para além da abertura hermenêutica decorrente da própria análise funcional do direito e do imperativo de implementação dos valores constitucionais nas relações privadas, o campo da responsabilidade civil foi deliberadamente aberto à atividade hermenêutica em muitos aspectos pelo legislador, a começar pelo recurso a conceitos indeterminados como o risco e o próprio dano. A superação do requisito da causalidade e a imputação do dever de indenizar, no entanto, consistem em matérias de política legislativa, que nem foram delegadas ao intérprete pela técnica normativa atual, nem encontram fundamento valorativo suficiente para que se possa ultrapassar a sistemática legal.²³⁵ Ao contrário, o sistema legislado implementa corretamente o projeto constitucional, aliando amplas possibilidades de reparação com filtros razoáveis voltados a permitir o desenvolvimento da atividade econômica e da livre-iniciativa. O “nexo de imputação”, portanto, se compreendido como juízo equitativo de superação do nexo de causalidade por obra hermenêutica, não merece prevalecer.

A rigor, a noção de “nexo de imputação”, no sentido particular ora criticado, insere-se na esteira de uma tendência doutrinária, já não tão recente, de tentativa de superação do nexo causal. Nesse sentido, cogita-se, muitas vezes, de hipóteses de *presunção de*

²³⁴ Como ressaltado anteriormente, na doutrina italiana é amplamente difundido o entendimento do dano injusto como uma cláusula geral que se abre para a realização de um juízo valorativo por parte do intérprete no caso concreto. Cf., a respeito, dentre outros, ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 655 e ss.; FRANZONI, Massimo. *L'illecito*, cit., pp. 878 e ss.

²³⁵ Relembre-se, aqui, a lição de RODOTÀ sobre as cláusulas gerais e, em particular, sobre a boa-fé objetiva, de todo aplicável às cláusulas gerais de responsabilidade civil. Segundo o autor, ao mesmo tempo que representa uma abertura de conteúdo da norma, a cláusula geral delimita o espaço de atuação do intérprete e “confirma, assim, o caráter residual da equidade no nosso ordenamento”, de modo a excluir “intervenções puramente discricionárias do juiz” e contestando-se “o uso que historicamente se tem feito da equidade em nosso sistema, considerando-a como puro trâmite dos valores do mercado” (RODOTÀ, Stefano. *Il tempo delle clausole generali*. *Rivista Critica di Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 1987, p. 733. Tradução livre).

causalidade, demasiado variadas para serem tratadas em uma análise unitária. A noção de presunção de causalidade, como visto, já foi utilizada, no passado, para explicar situações hoje consideradas pacificadas, como a responsabilidade pelo fato da coisa. De todo modo, em linhas gerais, constata-se que não parece ter sido identificado, até o presente momento, um fundamento valorativo que justifique o enfraquecimento do requisito da causalidade na responsabilidade civil, diversamente do que ocorreu com os processos, anteriormente descritos, de ressignificação do conceito de dano e de presunção e posterior superação da culpa como requisito em certos casos de reparação.

6. Síntese conclusiva

O fenômeno da responsabilidade civil, como todas as demais figuras jurídicas, reflete uma série de escolhas políticas do sistema normativo. Os elementos configuradores do dever de indenizar, nesse sentido, têm servido historicamente a balizar, de modo mais ou menos permissivo em cada época e em cada sistema, o surgimento do dever de indenizar. Não existe, assim, uma inerência ontológica que impeça ao legislador autorizar a configuração desse dever mesmo na ausência de tais elementos – desde que o faça, evidentemente, de modo sistematicamente adequado e coerente com a axiologia do ordenamento. Quando, por outro lado, não houver autorização específica em lei para que tais elementos sejam dispensados, incumbe ao intérprete aplicar as cláusulas gerais relativas ao surgimento do dever de indenizar, que exigem, de modo inequívoco, dentre outros requisitos, o da causalidade.

Nesse sentido, uma defesa da causalidade como requisito do dever de indenizar corresponde, na verdade, a uma defesa do sistema normativo – ressalte-se, na medida em que não se tenha localizado fundamento valorativo plausível a indicar eventual contrariedade desse sistema aos valores constitucionais. Enquanto assim for, cabe ao julgador respeitar os requisitos normativamente previstos, inclusive o da causalidade, evitando sua confusão conceitual (particularmente com a culpa) e refutando sua substituição por outros elementos (como o chamado nexo de imputação). Como se buscou demonstrar, a fuga dogmática dessas diretrizes tem-se prestado, em larga medida, apenas a viabilizar juízos de suposta equidade por parte do julgador – que, munido de presunções ou propondo o simples abandono dos critérios legais em troca de outros requisitos ou mesmo de nenhum outro critério, acaba encontrando na invocação vazia de princípios um indesejável caminho para poder decidir a partir de suas próprias convicções e de modo dissociado aos valores e à lógica do sistema.

7. Referências bibliográficas

- ALPA, Guido. *I principi generali*. In IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (a cura di). *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2006.
- _____. *Manuale di diritto privato*. Padova: CEDAM, 2017.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Atual. Pietro Maria Putti (a cura di). Milano: Giuffrè, 2001.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexos de causalidade*. Cascais: Principia, 2014.
- BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et alii. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 1999.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1931.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9, n. 29. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul.-dez./2006.
- _____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a interpretação-aplicação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, vol. 56. São Paulo: RT, out-dez/2013.
- _____. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- _____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, vol. 854, dez./2006.
- BURI, Maximilian von. *Über Kausalität und deren Verantwortung*. Leipzig: J.M. Gebhardt, 1873.
- BUSNELLI, Francesco. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964.
- CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexos de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2016.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. III. Coimbra: Almedina, 2010.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. As excludentes de ilicitude no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- _____. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DAM, Cees van. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- DANTAS, F. C. de San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIEZ-PICAZO, Luís. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- FRANZONI, Massimo. *L'illecito*. Milano: Giuffrè, 2010.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GORLA, Gino. Sulla cosiddetta causalità giuridica, fatto dannoso e conseguenze. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1951.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1997.

- JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*, t. II. Paris: Sirey, 1938.
- _____. *De la responsabilité du fait des choses inanimées*. Paris: A. Rousseau, 1897.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil*, vol. II. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- _____. *Direito civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.
- MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 2016.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan et al. *Temas relevantes de direito civil contemporâneo*. São Paulo, Atlas, 2012.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I. Paris: Recueil Sirey, 1947.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MONATERI, Pier Giuseppe. Le strutture della RC. Disponível em: <academia.edu>.
- MONATERI, Pier Giuseppe; GIANTI, Davide. *Nesso causale [dir. civile]*. Disponível em: <<http://www.treccani.it/enciclopedia>>.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: GEN, 2018.
- _____. *Instituições de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- _____. *Responsabilidade civil*. Atual. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GEN, 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. Il principio di legalità nel diritto civile. *Rassegna di diritto civile*, a. 31, n. 1, 2010.
- _____. *Manuale di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2014.
- _____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PINO, Giorgio. *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 2008.
- POLETTI, Dianora. Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (diretto da). *Diritto civile*, vol. IV, t. III: *La responsabilità e il danno*. Milano: Giuffrè, 2009.
- POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, tome 1^{er}. Paris: Debure, 1761.
- RAMOS, André Arnt. A responsabilidade civil para além dos esquemas tradicionais: prospecções do dano reparável na contemporaneidade. *Revista Fórum de Direito Civil*, a. 4, n. 10. Belo Horizonte: Fórum, set.-dez./2015.
- RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A mitigação de prejuízos no direito brasileiro: *quid est et quo vadat?*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017.
- ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Paris: PUF, 2011.
- RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967.
- _____. Il tempo delle clausole generali. *Rivista Critica di Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 1987.
- _____. Modelli e funzioni della responsabilità civile. *Rivista Critica di Diritto Privato*, vol. 3. Napoli: Jovene, 1984.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set./2016.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SALEILLES, Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile*. Paris: A. Rousseau, 1897.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. Flexibilização do nexos causal em relações de consumo. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo geral por terceiro. In: LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (Org.). *Direito e Internet III*, t. II: Marco Civil da Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

_____. Um olhar civil-constitucional sobre a 'inconstitucionalidade no caso concreto'. *Revista de Direito Privado*, vol. 73, ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2017.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun./2012.

_____. Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. *Pensar*, vol. 20, n. 3. Fortaleza: set.-dez./2015.

_____. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. Merecimento de tutela: a nova fronteira do direito privado no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014.

_____. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. A aplicabilidade do Código Civil nas relações de consumo: diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

_____. Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. In: FRANÇA, Erasmo; ADAMEK, Marcus Vieira von (Coord.). *Temas de direito empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2014.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2017.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2016.

_____. *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè, 2017.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*. In: GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 2013.

VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. Padova: CEDAM, 2005.

civilistica.com

Recebido em: 21.08.2018

Publicação a convite.

Como citar: SOUZA, Eduardo Nunes de. Nexo causal e culpa na responsabilidade civil: subsídios para uma necessária distinção conceitual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/nexo-causal-e-culpa-na-responsabilidade/>>. Data de acesso.