

MODELOS E FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL*

Stefano Rodotà

Eduardo Nunes de Souza (Tradutor)

Professor associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2098-5973> E-mail: eduardo.nunesdesouza@yahoo.com

Sumário: **1** Qual crise? – **2** Variações da função – **3** Danos e Estado de bem-estar social – **4** Ressarcimento e racionalidade das decisões – **5** A elasticidade da disciplina – **6** Um modelo unitário e “laicizado” – **7** A nova responsabilidade civil: um “direito público mascarado”? – **8** Responsabilidade por ilícito e por risco lícito – **9** Interesses e danos – Referências citadas nas notas de tradução

1 Qual crise?

Atualmente, uma reflexão geral sobre as perspectivas do sistema da responsabilidade civil impõe, entre outras coisas, responder a uma pergunta e tentar fazer uma previsão. A pergunta pode ser formulada assim: quais são as razões pelas quais, há pelo menos trinta anos, o termo “crise” é recorrente em uma parte não ignorável da literatura sobre a responsabilidade civil? Já a previsão diz respeito a duas questões: a área em que, no médio prazo, o sistema da responsabilidade civil desdobrará prevalentemente a sua função;¹ e as fundações teóricas que acompanharão seu destino.

* O texto original, intitulado “Modelli e funzioni della responsabilità civile”, foi publicado na *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano 2, v. 3, 1984, p. 595 e ss. Esta tradução contou com a valiosa interlocução de Bernardo Diniz Accioli de Vasconcellos, doutorando e mestre em Direito Civil pela UERJ, que generosamente contribuiu para o aprimoramento do texto final e das notas explicativas, com a singular predileção que devota, em igual medida, a dois cativantes tormentos: a responsabilidade civil e a tradução.

¹ N. do T.: No atual cenário da doutrina brasileira, parece oportuna uma advertência prévia. Ao aludir à “função” da responsabilidade civil neste texto, o autor não se refere à questão, atualmente no centro das discussões da doutrina nacional, de se admitir ou não que a responsabilidade civil pudesse atender

Voltando nosso olhar ao passado, e interrogando-nos especificamente sobre o problema da “crise”, parece imediatamente evidente que o termo tem sido adotado para individualizar situações totalmente diversas. Até os anos 60, sobretudo em regiões continentais nas quais a responsabilidade civil ocupava um posto de grande relevo cultural e prático (como a francesa), a palavra “crise” ocorria conjuntamente a outras que, tais como “declínio” ou “morte”, deixavam entrever uma inexorável fase recessiva, no curso da qual as funções tipicamente exercidas pelo sistema da responsabilidade civil teriam sido pouco a pouco absorvidas por técnicas socioinstitucionais diversas, como as individuadas pelo sistema de seguros ou pela previdência social. Refletia-se nisso uma inclinação reducionista que atingia muitos observadores das disciplinas privatísticas – às quais se atribuía um âmbito operativo cada vez mais restrito e confinado à administração de uma microconflitualidade muito pouco relevante social e economicamente.²

Hoje, quando se fala de “crise”, alude-se a uma situação de todo invertida. A responsabilidade civil se disseminou em áreas as quais era quase impensável que pudesse alcançar: a crise é de superabundância; determinada por um excesso de *inputs*, diz-se, que teria acarretado a perda de uma fisionomia unitária do instituto, fazendo com que se curvasse a funções incompatíveis com a sua natureza e com a normativa que o disciplina.³ Mais que um instituto jurídico reconhecível, a responsabilidade civil seria agora uma verdadeira e própria ideologia jurídica, que permeia as zonas mais diversas do sistema jurídico e pode causar algumas distorções dele.

Pareceria contraditório falar-se de crise diante de uma vitalidade tão transbordante. E, de fato, aqui a avaliação se entrelaça com a previsão (ou com a esperança). Diz-se mesmo que uma expansão tão pronunciada não é sustentável pela própria estrutura do instituto, a qual, cedo ou tarde, não vai suportar o peso das

a finalidades outras que não a reparatória (de todo modo, um breve e contundente aceno crítico do autor à chamada função punitiva consta do item 6, *infra*). Como ficará claro ao longo da leitura, a preocupação central do autor dizia respeito, muito diversamente, à seleção dos interesses tuteláveis pela via indenizatória e, conseqüentemente, a ampliação do espectro de interesses juridicamente relevantes protegidos pelo ordenamento italiano por intermédio da responsabilidade civil. O problema, pertinente sobretudo aos interesses de natureza não patrimonial e agravado, no ordenamento jurídico italiano, pela redação bastante restritiva do art. 2.059 do *Codice Civile* de 1942, aludindo a uma tipicidade dos danos não patrimoniais, desembocaria, na doutrina daquele país, na construção de uma série de figuras (como os chamados dano biológico, dano à saúde, dano existencial etc.) cuja utilidade desaparece na experiência brasileira; por outro lado, as conclusões alcançadas pelo autor no item 9, *infra*, acerca da reformulação do conceito de dano a partir do prisma do interesse mostra-se de grande relevo ainda para a nossa doutrina atual.

² N. do T.: O ponto será retomado no item 7, *infra*.

³ N. do T.: Embora não deixe de ser impressionante a adequação dessas palavras ao cenário contemporâneo da responsabilidade civil brasileira, vale repisar que, no contexto abordado pelo autor, a “perda de fisionomia por funções incompatíveis” da qual o instituto era acusado consistia, como ficará claro mais adiante, na despatrimonialização do modelo, isto é, na admissibilidade de que atendessem a interesses de ordem não patrimonial e não mais se submetessem apenas à lógica proprietária.

múltiplas funções⁴ que lhe foram impostas e conhecerá um inevitável redimensionamento.

Essa previsão, evidentemente, filia-se a uma valoração negativa do recurso que sobretudo os tribunais têm feito nesses últimos anos a uma série de situações caracterizadas pela demanda de reconhecimento de novos interesses, de soluções de conflitos sociais irreduzíveis aos esquemas conhecidos. Dessa valoração negativa nasce uma expectativa de redimensionamento do recurso à responsabilidade civil, entendendo-se como pouco mais que um parêntese a fase por que acabamos de passar.⁵

Uma avaliação desse gênero, e a previsão que a acompanha, parecem-me fundadas sobre uma subvaloração do processo que conduziu à recente explosão das técnicas de responsabilidade civil: um processo longo, que assistiu a uma re-fundamentação teórica do instituto paralela à ampliação da sua área de incidência. Não estamos diante, assim, de uma manipulação improvisada de uma técnica jurídica para fazer frente a exigências de curto prazo. Assistimos, e ainda estamos assistindo, em vez disso, ao encontro e a uma sintonia entre um instituto que já estava saindo da velha casca havia muito tempo, apresentando-se profundamente renovado sob diversos aspectos, e demandas sociais que, de longa data, batiam à porta do sistema jurídico.

2 Variações da função

Indicando sumariamente as características do processo de transformação do modelo⁶ da responsabilidade civil e das suas funções, aqui é suficiente recordar que a função prevalentemente desempenhada na fase histórica caracterizada pela

⁴ N. do T.: Leia-se, na esteira das notas anteriores: o peso dos múltiplos interesses, de naturezas diversas entre si, que passaram a ser tutelados pela via indenizatória.

⁵ N. do T.: Contrariando essa expectativa, e confirmando a previsão do autor, a Itália continuaria a observar uma progressiva expansão do dano extrapatrimonial indenizável até o final dos anos 90, com a multiplicação de “subtipos” de danos, como o biológico e o existencial (cf. SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 47, n. 149, 2020. item 3). Por outro lado, o processo observaria uma fase de retração na primeira década dos anos 2000, em particular com quatro julgamentos paradigmáticos proferidos pelas *Sezioni Unite Civili* da Corte di Cassazione em novembro 2008 (*sentenze* n. 26972-26975) e voltados especificamente à contenção do dano ressarcível naquele país, sobretudo na formulação denominada “dano existencial”. A tentativa de unificação de todas as modalidades de dano não patrimonial formuladas no ordenamento italiano em uma única figura indenizatória, adstrita à tipicidade prevista pelo art. 2.059 do *Codice Civile* (ainda que ressignificada em um contexto de legalidade constitucional), sofreria diversas idas e vindas nos anos subsequentes (cf., por todos, FERRARO, Angelo Vigliani. La reductio ad unitatem del danno non patrimoniale in Italia: una mission impossible...? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 26, n. 3, 2021).

⁶ N. do T.: Por “modelo” entenda-se, neste texto, a estrutura da responsabilidade civil (a saber, os requisitos normativos do dever de indenizar), por oposição à “função” (como visto, os interesses tutelados).

passagem da sociedade agrícola à industrial foi aquela, dúplice, de tutela e de controle da propriedade, defendendo-a contra as agressões externas e atenuando, ao mesmo tempo, a sua carga agressiva nos confrontos com terceiros (proprietários inclusive). Assim, em um período no qual um dos problemas centrais era o de se disciplinar o conflito entre diversas propriedades, todas entendidas como absolutas, elaboram-se critérios idôneos a permitir a escolha entre diferentes tipos históricos de propriedade. A responsabilidade civil acompanha esse processo de seleção entre os interesses: de regra externa de tutela da propriedade torna-se também instrumento de gestão das suas compatibilidades.

Essa evolução da responsabilidade civil encontra ilustração significativa no modo como são resolvidos os conflitos entre as formas tradicionais de propriedade, estáticas, e as propriedades dinâmicas, organizadas na forma de empresa:⁷ uma manifestação, esta, do antagonismo entre agricultura tradicional e empresa nascente. É uma evolução dominada inteiramente pela lógica proprietária, na verdade “intraproprietária”, que ajuda a compreender as razões, nem um pouco dogmáticas, pelas quais a tutela aquiliana é circunscrita à categoria dos direitos subjetivos absolutos e, assim, substancialmente, dos direitos reais. Compreende-se, assim, por que, diante de danos irreduzíveis ao esquema intraproprietário, manifesta-se na origem uma reação que tende a levá-los para fora da área da responsabilidade civil: o caso mais notório é o dos acidentes de trabalho.⁸

A crise, ou, se se quiser, a revisão desse modelo é paralela à perda de centralidade do esquema proprietário tradicional. Configura-se, assim, uma dúplice pressão. De um lado, avança a demanda de garantir também à empresa na sua

⁷ N. do T.: Em todas as ocorrências do termo “empresa” neste texto, consta, no original, a palavra *impresa*. Embora se tenha optado pela tradução literal, o contexto parece evidenciar que não se trata, aqui, apenas do conceito técnico de empresa, mas sim de todo modelo de atividade centrado prioritariamente em relações negociais, por oposição ao modelo anterior, agrário, fulcrado no cultivo da terra. A contraposição pretendida pelo autor, ao descrever esta primeira mutação sofrida pela “função” (isto é, pelos interesses tutelados) da responsabilidade civil, ainda adstrita ao dano patrimonial, corresponde ao contraste entre a responsabilidade aquiliana e a contratual, a qual ganharia força com a progressiva urbanização da sociedade.

⁸ N. do T.: Como se sabe, a responsabilidade contratual, tal como hoje se compreende, considera-se uma noção historicamente bastante posterior à responsabilidade aquiliana. Entende-se, em geral, que a inserção da violação de deveres contratuais no âmbito da responsabilidade civil ocorreu primeiramente na França, em grande parte pela contribuição de Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*. 9. ed. Paris: LGDJ, 1923. t. II. p. 618 e ss.), que estabeleceu na seara contratual o mesmo paralelo entre responsabilidade e *faute* que existia em matéria delitual, tendo por base justamente a questão dos acidentes de trabalho. Sobre essa contribuição, cf., entre outros, VINEY, Geneviève. Introduction à la responsabilité. In: GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2007. p. 406; GARDNER, Daniel; MOORE, Benoît. La responsabilité contractuelle dans la tourmente. *Les Cahiers de Droit*, v. 48, n. 4, 2007. p. 547-549; permita-se, ainda, remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. O “equivalente” no direito das obrigações: uma proposta hermenêutica. *Civilistica.com*, ano 12, n. 1, 2023. p. 11 e ss. Uma ideia semelhante de responsabilidade contratual também pode ser encontrada na doutrina italiana do período, cuja base era eminentemente francesa à época (ilustrativamente, cf. GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 4. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1895. v. II. p. 118-119).

nova configuração a tutela contra as atividades danosas de terceiros:⁹ não mais, portanto, na sua base proprietária material, como na fase precoce de industrialização, mas no conjunto das relações jurídicas que a compõem. E essa demanda foi, explícita ou indiretamente, justificada com o fato de que a empresa assumiu o posto da propriedade tradicional no vértice da escala dos valores juridicamente relevantes. Na mesma lógica, de outro lado, avança a demanda de se estender a tutela aquiliana a todas as situações que, por sua relevância social e pelo grau de proteção jurídica que recebem, são também assimiláveis, em uma escala de valores hipotética, àquele que a propriedade tinha representado no período precedentes.¹⁰

Nessa fase, todavia, parece ainda evidente a adaptação ao modelo proprietário: a extensão da tutela aquiliana é demandada invocando-se analogias formais ou substanciais de novas situações com aquelas precedentemente protegidas.¹¹ Essa linha encontra ecos não ignoráveis na jurisprudência, que, quase sempre, viabiliza a ampliação do esquema ressarcitório invocando a violação de uma “base” proprietária. Assim foi, no passado, para o ressarcimento concedido à empresa pela morte do empregado, usando-se o expediente do direito (potencialmente já adquirido pela empresa) sobre informações e dados reunidos pelo empregado por conta da própria empresa para forçar a estrutura do direito relativo de crédito; e, mais recentemente, o direito à saúde foi reconhecido tomando por base, ainda uma vez, a conexão entre o seu titular e uma posição proprietária.

⁹ N. do T.: Ao ponto de se admitir, excepcionalmente, que até mesmo direitos relativos violados por terceiros (isto é, por agentes que não integrassem a relação obrigacional) pudessem ser tutelados pela via indenizatória, na figura conhecida como tutela externa do crédito. Ao analisar a ideia tradicional de que o dano aquiliano, regido pela cláusula geral do dano injusto constante do art. 2.043 do *Codice Civile* e referente à lesão de um direito absoluto, contrapunha-se ao dano contratual, referente à violação de um direito relativo, afirmava Francesco Busnelli, o mais célebre defensor da tutela externa do crédito, que aquela dicotomia somente estaria correta na mesma medida em que se pudesse dizer que apenas o devedor pode violar o direito de crédito; sustentava, assim, que seria possível haver dano injusto por lesão ao crédito por terceiros (*La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 56). O problema também é enfrentado por Rodotà, em seu *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 201-205. Mais considerações sobre o tema, com ampla citação às obras de ambos os autores, podem ser encontradas em SOUZA, Eduardo Nunes de. O “equivalente” no direito das obrigações: uma proposta hermenêutica. *Civillistica.com*, ano 12, n. 1, 2023. p. 33 e ss.

¹⁰ N. do T.: Aqui parece estar a primeira alusão, pelo texto, à tutela indenizatória de interesses existenciais, muito embora, como autor ressalta já na frase seguinte, ainda em perspectiva predominantemente patrimonializada (como exemplo, aquela ótica, hoje tida como superada, que reduzia atributos da personalidade a objetos de propriedade do seu titular). Sobre o ponto, cf., por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008. item 1.

¹¹ N. do T.: Segundo Rodotà, essa tendência decorria da histórica associação entre fato danoso e violação ao direito de propriedade, o que fez com que, conforme se reconheciam danos injustos decorrentes de lesões a interesses não patrimoniais, surgissem referências a interesses da pessoa sobre o próprio corpo como manifestações da propriedade (RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 189-190).

O passo ulterior, bem mais largo, foi dado quando se assegurou a tutela, sem mediações, a interesses de base não proprietária. Aqui, o modelo tradicional não está em condições de operar, justamente porque não se trata de gerir a compatibilidade entre interesses homogêneos (em uma lógica intraproprietária); o conflito se produz entre interesses qualitativamente irreduzíveis a lógicas comuns.

3 Danos e Estado de bem-estar social

Chegava-se a uma ruptura considerável do velho esquema, de todo modo, transferindo-se decisivamente a atenção para o momento do dano e reconstruindo-se o esquema da responsabilidade civil em torno da posição da vítima. Esse é um resultado para o qual tendem diversos sistemas, com óbvias e conspícuas variações, mas também com uma fundamental sintonia que não se pode ignorar e que, antes, deve-se buscar explicar.

O momento em que mais claramente se manifesta a propensão a construir e orientar o modelo da responsabilidade civil em direção à tutela das vítimas é aquele que coincide com o forte realce do interesse social à segurança geral, que constitui um traço característico do Estado social ou de bem-estar social.¹² Abrem-se, assim, dois processos paralelos. De um lado, o sistema da responsabilidade civil evolui contemporaneamente na mesma direção de uma série de outros sistemas tendentes a oferecerem ao cidadão uma proteção integral contra as “adversidades”: nesse sentido, a transferência da atenção para a vítima e a centralidade do momento do dano (e não mais da sanção)¹³ favorecem a aptidão do sistema da responsabilidade civil de legitimar e tutelar novos interesses, ainda que na ausência de específicas disposições normativas,^{14 15} justamente porque o inteiro

¹² N. do T.: Processo observado também no direito brasileiro. Sobre o ponto, cf. as considerações de MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, 2006. item 2.

¹³ N. do T.: Note-se, aqui, uma primeira alusão à superação da chamada “função punitiva” como uma conquista evolutiva da responsabilidade civil.

¹⁴ N. do T.: A preocupação com disposições normativas específicas deve-se não apenas à já mencionada circunstância, específica do ordenamento italiano, de o art. 2.059 do *Codice* exigir a tipicidade dos danos extrapatrimoniais, mas também à vetusta vinculação do dano indenizável ao descumprimento de um dever jurídico e à violação de um direito subjetivo contraposto, tradicional nos países de base francesa. Rodotà aduzia não ser admissível a interpretação restritiva até então conferida ao art. 2.043 do *Codice*, que reduzia o dano injusto apenas à lesão a direitos subjetivos, tendência que decorria da necessidade de limitar o ressarcimento a situações jurídicas cuja estrutura já contasse com um elemento voltado a impedir a violação (RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 195). Para o autor, deve-se reputar injusta a lesão a quaisquer situações jurídicas que ostentem uma “idoneidade objetiva” para tanto, isto é, cuja estrutura revele que a norma pretendeu conferir aos interesses de seus titulares a tutela indenizatória (RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 201-205).

¹⁵ N. do T.: No direito brasileiro, a tipicidade sugerida pelo conceito tradicional de dano sob o paradigma do ato ilícito (lesão a um dever jurídico e ao direito subjetivo correlato), embora menos evidenciada, não escapou à

sistema institucional aparece orientado em direção a esses objetivos de larguíssima garantia (por vezes formalizados em disposições de hierarquia constitucional).

De outro lado, uma série de atividades econômicas (de empreendedores)¹⁶ obtêm uma legitimação também com base na sua capacidade de assumirem o conjunto de danos que produzem.¹⁷ O que, como bem se vê, é algo mais que uma mera, ainda que relevante, “internalização de externalidades”: é a individuação de sujeitos chamados a concorrer a um projeto de proteção “global” do indivíduo contra as eventualidades danosas conexas à vida em sociedade.¹⁸

Desaparece – ou melhor, redimensiona-se fortemente – um dos elementos característicos do modelo tradicional da responsabilidade civil, construído de tal maneira a permitir uma forte seleção dos danos ressarcíveis, com o fim de não prejudicar a eficiência econômica da empresa (do ator econômico, em termos mais gerais). E isso pode acontecer porque a expansão do Estado social e das técnicas jurídicas que o acompanham determina-se em uma fase de alta conjuntura, de forte crescimento econômico.

Tecnicamente, esse resultado foi obtido com um forte redimensionamento do critério da culpa, rebaixado de elemento constitutivo a variação, parificada a outras,¹⁹ do modelo ressarcitório. A passagem de um sistema monocêntrico a

doutrina. Para Maria Celina Bodin de Moraes, por exemplo, aquele conceito “acaba por interpretar o sistema da responsabilidade civil como se fora típico” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, 2006. p. 240). Por isso, os autores que adotam a noção de injustiça do dano no direito brasileiro costumam considerar que o dano contemporâneo (e a responsabilidade civil como um todo) independe da “antijuridicidade” (no sentido de “ilicitude”). Em formulação distinta, mas não incompatível, já se sustentou a antijuridicidade do dano injusto, não no sentido tradicional de ilicitude (violação estrutural ao ordenamento), mas como resultado de um juízo de merecimento de tutela, que leva em conta uma noção muito mais ampla de legalidade – e elimina o problema da tipicidade (SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexo causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil brasileira. *In*: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018. item 2).

¹⁶ N. do T.: No original, *imprenderial*.

¹⁷ N. do T.: Trata-se de uma alusão ao sistema de responsabilidade civil objetiva e, particularmente, à sua associação às noções de risco criado e de risco-proveito. Sobre o tema, cf., na doutrina brasileira: MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 854, dez. 2006, *passim* e, em especial, item 2.

¹⁸ N. do T.: A frase reflete, com sutileza, a tese, notabilizada por Rodotà, segundo a qual o fundamento da responsabilidade civil não seria propriamente nem a culpa, nem o risco (elemento inexistente em diversas hipóteses de responsabilidade independente de culpa), mas sim a incidência do princípio da solidariedade social, a determinar que as vítimas de determinados danos não permaneçam sem ressarcimento (RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 89). A perspectiva de “internalização das externalidades”, prioritariamente econômica, diretamente associada à mensuração do risco da atividade e por toda parte reproduzida na doutrina que trata da responsabilidade objetiva, torna-se, nesse cenário, apenas um dos aspectos do sistema de responsabilização civil, cujo objetivo central é o de proteção da pessoa.

¹⁹ N. do T.: Particularmente no caso do sistema brasileiro, a mais autorizada doutrina costuma afirmar a existência de um modelo dualista de responsabilidade civil, em que os casos nos quais se exige a prova da culpa e os casos em que esta é dispensada figuram com igual relevância. Sobre o ponto, cf., por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 854, dez. 2006. item 4.

outro articulado segundo uma multiplicidade de critérios de imputação acentua a flexibilidade do modelo e a sua propensão a desempenhar múltiplas funções.²⁰

Este último é um dado que merece ser atentamente valorado, por duas ordens de razão. A primeira é que a construção do modelo da responsabilidade civil segundo uma série aberta de critérios de imputação representa um dos poucos casos de fundamentação teórica da superação da antítese entre princípios e regras especiais, que dilacerou parcela tão substancial do tecido privatístico.²¹ Ordenando o conjunto dos critérios de imputação de maneira sistemática (mas não dogmática),²² incrementa-se globalmente o valor operativo do modelo da responsabilidade civil.

A segunda razão deve ser buscada no fato de que a conjugação entre essa larga disponibilidade operativa do modelo e os objetivos do Estado social estabelece a premissa para aquela função de proteção integral da esfera pessoal, que constituirá um momento ulterior de ampliação do raio de operatividade do sistema de responsabilidade civil.

De todo modo, se refletirmos mais sobre o conjunto dos resultados técnicos do que sobre as vicissitudes de origem, constataremos o fato de que nos encontramos diante de um modelo não condicionado na sua operatividade à permanência das condições típicas do Estado social na fase da sua máxima expansão. A crise deste último pode mais incidir sobre o alcance de alguns critérios de imputação (e, portanto, sobre funções)²³ do que arruinar o modelo no seu todo.²⁴

²⁰ N. do T.: Leia-se, na linha das notas precedentes: propensão a atender à tutela de múltiplos interesses.

²¹ N. do T.: A “dilaceração” a que alude o autor corresponde ao fato, que hoje dispensa ulterior explicitação, de que o progressivo reconhecimento da incidência de princípios sobre o direito civil abala a perspectiva tradicional que propunha uma aplicação lógica e mecânica dos institutos de direito civil, pautada por conceitos consolidados, supostamente capazes de conduzir a uma única resposta correta para o caso concreto. Substitui-se, assim, a crença em uma pretensa fundamentação lógico-racional, na qual as escolhas políticas do intérprete encontravam-se mascaradas sob a forma de decorrências necessárias das regras, por uma lógica informal que põe sempre à prova a validade da decisão. Sobre o tema, cuja bibliografia, apenas entre os autores filiados ao direito civil-constitucional, já seria inesgotável, cf., por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. *Civilistica.com*, ano 2, n. 1, 2013.

²² N. do T.: A “dogmática” a que se contrapõe o autor nesta frase, em consonância com o pensamento civil-constitucional, não é, evidentemente, o estudo acadêmico do fenômeno jurídico (mesmo porque uma das aspirações deste é justamente a sistematização do direito), mas sim o “dogmatismo”, isto é, o recurso aos conceitos e às formulações teóricas como axiomas imutáveis, aplicáveis de forma mecanizada e não valorativa, em prejuízo à própria unidade sistemática do ordenamento. Sobre a crítica, amplamente reproduzida entre os autores filiados ao direito civil-constitucional, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim* e, em especial, p. 95 e ss.

²³ N. do T.: Vale dizer, na mesma linha das notas anteriores: sobre os interesses que são selecionáveis para receber ou não tutela pela via indenizatória.

²⁴ N. do T.: O autor retomará o ponto no item 5, *infra*, afirmando que a flexibilidade do modelo pela adoção de cláusulas gerais não o tornou um mecanismo ineficaz de seleção dos interesses a serem ou não tutelados.

4 Ressarcimento e racionalidade das decisões

É evidente, em tudo isso, a tentativa de, por intermédio do modelo da responsabilidade civil, delinear um “plano” daquela parcela de relações sociais que se traduzem em conflitos produtivos de danos, segundo uma lógica amplamente redistributiva, e que, assim, ultrapassa a antiga propensão a olhar para cada conflito entre o causador do dano e a vítima como um segmento isolado. Apresentando-se, assim, a responsabilidade civil como instrumento de atuação de políticas socioeconômicas mais gerais, não surpreende que operações análogas tenham sido tentadas em outras vertentes.

A mais notória é seguramente aquela associada à *economic analysis of law*,²⁵ sobre a qual não é certamente o caso de realizar aqui uma análise mais detalhada, mas cujo elemento fundamental vale a pena recordar. Para além das oscilações muito fortes dos modelos (reunificados em torno da culpa, por vezes; fundados propriamente sobre uma ainda mais decisiva crítica desse critério, por outras), constatamos uma estreita ligação sua às leis do mercado, identificando assim a função do modelo de responsabilidade civil na promoção da eficiência econômica.

O modelo, na verdade, engloba o fim da eficiência. E aqui a distância das construções do passado se apresenta muito claramente, na medida em que, naquelas, a eficiência econômica se colocava como um limite à operatividade do esquema ressarcitório: este podia operar somente até onde aquela eficiência não fosse prejudicada.

A discrepância estrutural e funcional não é pequena. Qual é o tipo de racionalidade de que o modelo da responsabilidade civil deve se fazer mensageiro?

Mesmo em sistemas capitalistas ou fundados (teoricamente) sobre o mercado, de fato, a racionalidade econômica pode ser realizada de formas muito diversas. Uma é aquela, proposta justamente pela parte mais ortodoxa da análise econômica do direito, de identificar racionalidade e eficiência: tudo que no modelo ressarcitório é incompatível com a eficiência, ou, mais ainda, não contribui para promovê-la, deve ser retirado dele.

Mas há um outro tipo de racionalidade econômica, weberiana,²⁶ que pode permitir discutir as relações entre mercado e modelos de responsabilidade civil sem dever fazer do mercado a fonte das regras constitutivas desses modelos. O que interessa, nessa perspectiva, é que o ator econômico esteja em condições

²⁵ N. do T.: Em inglês no original, “análise econômica do direito”, designação hoje tão inespecífica quanto usual das correntes teóricas que recorrem a elementos da economia para a compreensão do direito.

²⁶ N. do T.: Como esclarece em sua nota final ao presente texto, o autor pretende aludir especificamente à obra de Max Weber, intitulada *Economia e sociedade (Wirtschaft und Gesellschaft)*, publicada postumamente entre 1921 e 1922), da qual existe uma tradução para o português por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, publicada em dois volumes pela Editora UnB em 2004.

de prever e de valorar, em termos de custos, as consequências da adoção de um determinado modelo, que ainda pode ser orientado em direção a valores e finalidades bem diversos daqueles do mercado. E a racionalidade do agir econômico é aqui garantida justamente pelo fato de que a operatividade do modelo não atrapalha o cálculo econômico: isso é muito diferente do peso, ainda que severíssimo, que o funcionamento de um determinado modelo pode ter sobre os custos. O que conta é que sejam previsíveis.²⁷

5 A elasticidade da disciplina

Poder-se-ia perguntar, a este ponto, se a evolução do modelo de responsabilidade civil delineada anteriormente pode ser ou não reputada compatível com o tipo de racionalidade que se acaba de delinear. Uma resposta em termos gerais é arriscada e, provavelmente, deve ser preferida uma atitude analítica, com referência aos diversos critérios de imputação e aos modos em que concretamente se estruturam em cada sistema. Limito-me a um único aceno, na esteira do projeto de diretiva comunitária sobre a responsabilidade dos produtores pelas mercadorias defeituosas.²⁸ São conhecidas as discussões em torno da exclusão ou inclusão dos *development risks*, “riscos de desenvolvimento”,²⁹ reputados justamente de tal natureza que não poderiam ser racionalmente inseridos no cálculo econômico do empreendedor. Mas, se se considerar a propensão do empreendedor a assegurar-se (e sem querer avançar em direção às fronteiras da *assurance oblige*),³⁰

²⁷ N. do T.: Vale destacar que o autor trata, neste trecho, da previsibilidade dos custos econômicos decorrentes da adoção de um modelo, que não se confunde a previsibilidade dos danos – antigo problema que periodicamente retorna à pauta das preocupações do civilista. Cuida-se, aqui, prioritariamente de um juízo político sobre a própria estipulação normativa do regime de responsabilidade objetiva, muito mais que de um juízo técnico-jurídico voltado à eventual demarcação de requisitos do dever de indenizar. Sobre a questão particular da previsibilidade do dano, cf. TEPEDINO, Gustavo. A previsibilidade dos danos na responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 32. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

²⁸ N. do T.: O projeto tornar-se-ia a Diretiva 85/374/CEE do Conselho da Comunidade Econômica Europeia, de 25.7.1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, depois alterada pela Diretiva 1999/34/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10.5.1999.

²⁹ N. do T.: Cuida-se, como se sabe, daqueles danos causados por produtos disponibilizados no mercado de consumo que eram imprevisíveis à luz do conhecimento técnico-científico disponível ao tempo de sua concepção e comercialização. Prevê o art. 7º da Diretiva 85/374/CEE: “O produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar: [...] e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito”.

³⁰ N. do T.: Em francês no original, “o seguro obriga”. Diz-se da tendência, para alguns associada à ideia de *deepest-pocket* da *common law*, segundo a qual o fato de certo agente imputável por um dano contar com cobertura securitária influenciaria na fixação menos parcimoniosa do montante indenizatório, tendo em vista a capacidade da seguradora de arcar com valores mais elevados – ou, ainda, que o mero fato de ser segurado já levaria à imputação do dever de indenizar. Cf. FAURE, Michel. The view from law and economics. In: WAGNER, Gerhard (Ed.). *Tort law and liability insurance*. Viena: Springer, 2005. p. 262.

pode-se também argumentar de modo diverso, observando como os *development risks* podem traduzir-se apenas em um agravamento dos prêmios, inserindo-se assim entre os custos calculáveis.

Nessa perspectiva, porém, permanece aberto o problema das estruturas que viabilizaram os desenvolvimentos recordados e, portanto, da sua capacidade de produzir decisões previsíveis. Formulo assim o problema porque é bem conhecida a preocupação de muitos com um modelo que, a seu dizer, concederia muito à discricionariedade do juiz.

Ora, é indubitável que as transformações profundas do modelo não teriam sido possíveis se a responsabilidade civil não tivesse sido fundada substancialmente sobre cláusulas gerais que não apenas permitiram a superação, também nos sistemas aparentemente mais rígidos, da antítese entre tipicidade e atipicidade do ilícito³¹ como igualmente permitiram a manutenção de uma elevada flexibilidade do modelo, sem que isso significasse uma exoneração de todo e qualquer parâmetro de julgamento. De certas formas, também, mesmo a redução da área de operatividade da culpa e a sua consideração em termos explicitamente objetivos³² contribuiu para eliminar margens de discricionariedade judiciária perigosamente utilizadas no passado. Globalmente, porém, é verdade que o desenvolvimento do modelo foi confiado a formas de interação entre legislação, tribunais e estudiosos não facilmente redutíveis aos esquemas habitualmente adotados em outras épocas e para outras matérias.

A fenomenologia dos danos e das modalidades de seu cometimento, todavia, apresenta-se irredutível, em muitos aspectos, a um tipo de normativa tendente a restringir as margens de atuação do intérprete, a menos que queiramos correr o risco de discrepâncias fortes demais entre a disciplina normativa e as dinâmicas sociais.³³ O problema é velho: mas aqui continua a apresentar-se com caracteres

³¹ N. do T.: Como se sabe, há sistemas, como o alemão, que restringem os casos de responsabilidade civil à lesão de bens jurídicos taxativamente previstos em lei. No entanto, ao contrário do que geralmente se supõe, a diferença prática entre os sistemas típicos e os atípicos não é significativa, pois em ambos os casos a atividade interpretativa promoveu a filtragem dos interesses a serem tutelados a partir da abertura do texto normativo, ora ampliando, ora restringindo o espectro de danos indenizáveis. A respeito, cf. TRIMARCHI, Pietro. *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè, 2017. p. 14 e ss.

³² N. do T.: A objetivação do conceito tradicional de culpa, dita psicológica ou subjetiva, resultou na noção geralmente designada como culpa normativa, associada ao descumprimento de parâmetros de conduta. A figura foi notadamente difundida no direito francês por influência da obra dos irmãos Mazeaud (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. Paris: Recueil Sirey, 1947. t. I. p. 414 e ss.). Entre nós, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 854, dez. 2006. p. 21.

³³ N. do T.: Afinal, a seleção dos interesses a serem tutelados é justamente um dos problemas centrais da responsabilidade civil, a demandar, em cada momento histórico, a adaptação do dano ao contexto social pelo intérprete. Por outro lado, o termo “modalidades” não sugere, aqui, uma suposta tipificação (acadêmica ou judicial) de “novos danos”, tão cara à experiência brasileira recente. No setor sobre o qual o autor prevê a expansão do dano indenizável (o extrapatrimonial), como ficará claro, a regra é a atipicidade, em

de agudeza superior àqueles encontradiços em outros setores. De modo que a alternativa volta a ser aquela entre intervenções repetidas do legislador, com função de atualização, e adaptações confiadas à ação dos diversos sujeitos já mencionados, legitimados com base em cláusulas gerais. E, se se analisar a realidade sem preconceitos ideológicos, um modesto exercício de cálculo de custo-benefício pode mostrar como a adaptação por intermédio de cláusulas gerais representa uma solução menos onerosa do que aquelas confiadas à intervenção legislativa, que, ademais, não são exequíveis repetidamente.³⁴

O próprio papel exercido pelos estudiosos, determinante até mesmo em outros contextos, suscitou recentemente preocupações no ambiente estadunidense,³⁵ onde foi realçada a falta de legitimação dessa classe para o desempenho de uma função que os fatos mostram ser substancialmente legislativa. A objeção é ingênua. Sem querer aqui reivindicar nenhum privilégio para o intelectual, pode-se recordar como a tradução “normativa” das suas opiniões é de todo modo precedida de um crivo da opinião pública e científica, que cria, assim, as condições de transparência em que muitos ora reconhecem uma fonte de legitimação ao menos parelha àquela conferida por outras vias.³⁶

6 Um modelo unitário e “laicizado”

Pode-se tentar, a este ponto, uma valoração mais aproximada das consequências do processo anteriormente descrito. A sua descrição sumária, de todo modo, deveria ter confirmado uma assunção inicial: a de que não se está diante de um ajustamento apressado, ao qual se possa pensar que se siga no curto prazo um igualmente brusco *revirement*,³⁷ mas sim de uma transformação profunda,

abstrato, dos interesses tutelados: o intérprete há de se voltar, portanto, a identificá-los em cada caso concreto.

³⁴ N. do T.: Sobre o interesse na adoção da técnica de cláusulas gerais, cf., do autor: RODOTÀ, Stefano. Il tempo delle clause generali. *Rivista Critica del Diritto Privato*, Napoli, 1987.

³⁵ N. do T.: Em sua nota final ao presente texto, o autor parece sugerir que aqui há uma “referência implícita” à obra de G. E. White, intitulada *Tort Law in America. An Intellectual History* (New York-Oxford: Oxford University Press, 1980), da qual uma das críticas centrais se volta à “tendência do pensamento conceitualista de elevar os acadêmicos a posições de indevida proeminência” (cit., p. 243).

³⁶ N. do T.: Dessa primazia do legislador para o balizamento dos casos em que se reconhece o dever de indenizar por meio das cláusulas gerais, esquece-se com frequência também certo setor da doutrina pátria, bastante penoso a defender uma falsa obsolescência de requisitos legais da responsabilidade civil (os quais apenas pela própria via legislativa poderiam ser dispensados). A crítica foi desenvolvida em: SOUZA, Eduardo Nunes de. A “função política” e as chamadas funções da responsabilidade civil. In: RODRIGUES, Cássio Monteiro. *Reparação e prevenção de danos na responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas*. Indaiatuba: Foco, 2024. p. XVII e ss. Prefácio.

³⁷ N. do T.: Em francês no original, “reviravolta”.

que incidiu sobre o próprio material legislativo “elástico”, de tal modo que parece inadequado o apelo à letra da lei para tornar a conduzir a responsabilidade civil sobre trilhos mais tranquilos.³⁸ Em última análise, em vez disso, o apelo à literalidade normativa nesta matéria sempre foi muito frágil, porque buscou conferir às normas aquela característica de detalhe que elas não tinham. Geralmente, portanto, em vez de um apelo à concretude legislativa, converteu-se na defesa de modelos teóricos ou jurisprudenciais consolidados, assumindo assim um (talvez involuntário) caráter regressivo.

Ao revés, hoje a questão fundamental, do mais alto interesse teórico, parece ser uma outra. Como resultado da explosão dos usos do modelo da responsabilidade civil, não se corre o risco de perder dois entre os mais conspícuos resultados da fase anterior, as características de “unitariedade” e de “laicização”³⁹ do modelo?

Antecipo, em termos muito gerais, uma resposta. O problema, indubitavelmente, foi posto pela própria realidade dos fatos; mas, pelo menos até agora, a reflexão teórica foi adequada? E então: não seria talvez o caso de aprofundar essa reflexão antes de fornecer respostas definitivas que, de outro modo, correm o risco de aparecer como o fruto de insatisfações pessoais?

Um breve aceno à questão da laicização do modelo. Não há dúvida de que a orientação em direção à vítima e ao dano despojou o modelo da responsabilidade civil de qualquer função de tipo “educativo”, orientando-o decisivamente em direção a objetivos mais globais de engenharia social.⁴⁰ Devo dizer que não me parece que esse resultado seja ameaçado, nem pelas propostas de retorno à culpa, nem pelas referências a exigências de “justiça”. As primeiras, de fato, tendem a fazer

³⁸ N. do T.: A frase merece destaque por sua relevância para o cenário atual da doutrina brasileira: embora descreva mudanças radicais dos interesses tutelados pela via indenizatória, destaca-se que elas se deram a partir da abertura do próprio texto legal (e não à revelia dele) e, mais ainda, a partir de um processo gradual que encontrava fundamento na própria axiologia do sistema – e não por meio de interpretações de ocasião.

³⁹ N. do T.: Os termos “laicização” e “laicidade”, que se tornariam cada vez mais predominantes no pensamento de Rodotà nos anos seguintes, normalmente são empregados pelo autor para designar a progressiva redução de intervenções heterônomas (jurídicas ou mesmo morais) sobre as escolhas da pessoa (cf., ilustrativamente: RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução de Carlos Nelson Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 17, jul./set. 2018. p. 139). Neste texto, os termos são associados à superação da função punitiva da responsabilidade civil e ao deslocamento do foco do instituto para a proteção da vítima, com a consequente perda de relevância de uma moralidade estatal a ser “pedagogicamente” ensinada ao causador do dano na forma de uma sanção pecuniária.

⁴⁰ N. do T.: Sobre a associação entre as chamadas funções “punitiva” e “pedagógica” da responsabilidade civil, em perspectiva crítica, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. Capítulo 4; e, mais recentemente: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Considerações sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 21, n. 3, jul./set. 2022. item 3; RODRIGUES, Cássio Monteiro. *Reparação e prevenção de danos na responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas*. Indaiatuba: Foco, 2024. Capítulo 2.

da culpa um instrumento de controle social mais penetrante (por exemplo, sobre a atividade de empresa), ou o caminho para equilibrar melhor as posições da vítima e do causador do dano: nada, portanto, que torne a encarregar a responsabilidade civil de uma função “moral” em sentido lato.⁴¹

Isso também ocorre com os diversos apelos à justiça. Se, por exemplo, tomarmos em consideração uma das formulações mais conhecidas (ainda que por uma moda tardia), a de John Rawls,⁴² notaremos que a perspectiva é bem aquela de atribuir tutela aos assim chamados “bens primários”.⁴³ Assim, não há nenhum retorno em direção aos velhos esquemas precedentes, mas, ao revés, um incentivo ao alargamento dos instrumentos de responsabilidade civil na direção indicada, a secundar a tendência expansiva já recordada.

7 A nova responsabilidade civil: um “direito público mascarado”?

Mais sério é o problema de um dualismo entre função privatística e função publicística a que o modelo da responsabilidade civil findaria por atender. Em particular, a função publicística cresceria todas as vezes em que a responsabilidade civil se revela orientada em direção à persecução de finalidades gerais de política redistributiva ou de alocação ótima dos recursos: nesses casos, já se falou da disciplina dos *torts*⁴⁴ como de um “direito público mascarado” (*public law in disguise*).

Considerado na sua versão mais radical, esse argumento não afeta a unitariedade do modelo, pondo, quando muito, o problema diverso da sua integral atração pela área do direito público.⁴⁵ Valorado mais realisticamente, ele parece refletir, em vez disso, visões e preocupações típicas de uma fase em que o tema dos danos foi visto de modo atomizado, fase essa destinada a ser superada no

⁴¹ N. do T.: É dizer: em um ambiente de responsabilidade civil laicizada (i.e., voltada precipuamente à promoção da responsabilidade social), a culpa, quando utilizada como requisito da reparação pelo legislador, atua como ferramenta da ponderação legislativa para o merecimento de tutela dos interesses em jogo, e não como fundamento ou medida da imposição de uma penalidade.

⁴² N. do T.: Como esclarece em sua nota final ao presente texto, o autor se refere às ideias que Rawls sustenta em *Uma teoria da justiça* (*A theory of justice*, de 1971), com tradução para o português de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, cuja primeira edição foi publicada pela Editora Martins Fontes em 1997.

⁴³ N. do T.: A noção de bens primários, tal como proposta por Rawls em seu *Uma teoria da justiça* (Capítulo II, item 15), alude ao conjunto de bens que “todo homem razoável presumivelmente quer” e de que todos necessitam para a “promoção de seus objetivos, quaisquer que sejam eles”.

⁴⁴ N. do T.: Em inglês no original, o termo, de difícil tradução, designa ilícitos civis por violação a deveres extracontratuais que ensejam responsabilidade civil (GOYOS JR., Durval de Noronha. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Observador Legal, 1998, p. 271) – e, por extensão, também o respectivo campo de estudo.

⁴⁵ N. do T.: Sobre a superação da rígida dicotomia público-privado no direito, por todos, cf. GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, 1998; TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 5, 1997.

momento em que assumem o controle critérios bastante tendentes a dar vida a planos abrangentes de regulação das relações sociais – que não teriam maior caráter público do que os códigos de direito privado na fase em que era máxima a sua ambição “planificatória”.

Uma função publicística poderia ser cogitada considerando o fato de que 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.⁴⁶ Essa função de legitimação, todavia, não afeta as modalidades operativas do modelo, uma vez que a tutela tenha sido estendida às novas situações.

8 Responsabilidade por ilícito e por risco lícito

Merece um aceno à parte a bipartição entre um modelo de responsabilidade por ato ilícito e outro de responsabilidade objetiva por risco lícito. Permaneço da opinião de que essa distinção se destina a manifestar sua influência mais sobre o plano de uma mais acurada análise dos critérios de imputação do dano do que da diferença entre os modelos.⁴⁷ Não é o caso, além do mais, de que a contraposição dos modelos requeira um renovado recurso à categoria da ilicitude, cujo caráter de complicação inútil desponta em uma análise mais atenta ao momento do dano e ao dos critérios de imputação.⁴⁸

⁴⁶ N. do T.: Sobre esse papel da responsabilidade civil, de oferecer uma resposta inicial do ordenamento jurídico à lesão de interesses que outrora não se reputavam merecedores de tutela (servindo, assim, também de índice da recém-adquirida relevância jurídica) e, ainda, sobre a improcedência do raciocínio inverso, isto é, de que a recusa de tutela indenizatória implicaria necessariamente a irrelevância jurídica do interesse, cf. RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 201-202; na doutrina nacional, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. O “equivalente” no direito das obrigações: uma proposta hermenêutica. *Civilistica.com*, ano 12, n. 1, 2023. p. 34.

⁴⁷ N. do T.: Coerentemente, o autor utiliza a todo tempo o termo *risarcimento* (ressarcimento, geralmente associado, no direito italiano, à reparação do dano decorrente de ilícito) e nunca *indennizzo* (indenização, em geral relativo aos casos de responsabilidade objetiva), mesmo quando se refere à responsabilidade independente de culpa. Sobre a distinção no direito italiano, com viés crítico, cf. PERLINGIERI, Pietro. La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento. *Rassegna di diritto civile*. Napoli: ESI, 2004. v. 4.

⁴⁸ N. do T.: Com a transição do paradigma da responsabilidade civil, outrora centrado no ato ilícito e na punição do infrator, para a injustiça do dano e a reparação da vítima, um processo que geralmente se reputa operado também na experiência brasileira (cf. o célebre texto de 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), considerava-se, em geral, que, tal como afirmado por Rodotà, também entre nós a responsabilidade civil objetiva ocorre sem antijuridicidade (ilustrativamente: MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, 2006. p. 248 e ss.). Registre-se, porém, relevante lição doutrinária que, embora reconheça a injustiça como requisito do dano indenizável no Brasil, afirma ser necessária a antijuridicidade para que surja o dever de indenizar mesmo na responsabilidade objetiva, sob a forma de uma valoração social negativa sobre o fato que originou o dano (TEPEDINO, Gustavo. O art. 931 do Código Civil e a antijuridicidade do dano injusto. *Revista Brasileira de Direito Civil*,

A referência ulterior a estes últimos, em vez disso, permite um esclarecimento quanto ao modo em que a seleção dos interesses é efetuada no âmbito de um modelo que a eles faça referência. Aqui é necessária, para um esclarecimento, justamente a referência ao risco de empresa, que não é, de fato, determinante apenas pelo critério (objetivo) de imputação, mas também pelo fato de que ele permite o ressarcimento de danos (e, portanto, a tutela de interesses) que poderiam não ser tomados em consideração na presença de outros critérios de imputação. Em outros termos, a seleção dos interesses não é predeterminada de uma vez por todas, como acontecia na presença do modelo fundado sobre a culpa, mas modulada em razão da articulação do sistema.⁴⁹

9 Interesses e danos

Mas é de interesse ou de dano que é preciso falar?⁵⁰ Aqui se toca verdadeiramente o nó que, neste momento, parece-me o mais difícil de se desfazer. O

Belo Horizonte, v. 22, out./dez. 2019). De outra parte, autorizada doutrina recusa a injustiça como atributo do dano indenizável no Brasil e aduz que a antijuridicidade, em regra, deve existir mesmo na responsabilidade objetiva, ressalvados casos excepcionais de exclusão de ilicitude prevista em lei (MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Min. Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 396 e ss.). Finalmente, em formulação diversa, mas não incompatível com a primeira posição, sustentou-se em outra sede que, no direito civil contemporâneo, a produção do dano injusto é dotada de antijuridicidade (entendida como contrariedade à legalidade constitucional e não como simples ilicitude), em qualquer regime de responsabilidade civil, não propriamente por se tratar de um requisito voltado a conter a expansão da reparação civil, mas apenas por decorrência lógica do juízo de merecimento de tutela em que se traduz a injustiça do dano (SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexo causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil brasileira. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 48-51).

⁴⁹ N. do T.: Em lugar de uma ilicitude predeterminada, portanto, que denotava também a predeterminação dos interesses a serem protegidos, importa um juízo valorativo que considere e promova a necessária ponderação entre os concretos interesses em jogo. Substitui-se, em outros termos, a lógica de tudo-ou-nada que pré-selecionava quais interesses seriam ou tutelados com a técnica regulamentar, típica do pensamento estruturalista, por uma lógica de balanceamento dos interesses a serem protegidos à luz das peculiaridades de cada caso concreto. A injustiça do dano, nesse sentido, converte-se em um amplo juízo de merecimento de tutela dos interesses das partes, como passou a reconhecer parcela significativa da doutrina italiana (sobre o ponto, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 58, abr./jun. 2014. item 5; e, ainda, SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexo causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil brasileira. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 48-51).

⁵⁰ N. do T.: É possível que a indagação pareça pouco clara ao leitor contemporâneo, habituado à já referida formulação de dano injusto como lesão a todo e qualquer interesse juridicamente tutelado (a respeito, cf., ainda uma vez, 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). Aliás, mesmo autores que, entre nós, rejeitam a injustiça como atributo do dano indenizável costumam defini-lo como lesão a interesses jurídicos (cf., por exemplo, MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem

processo de larga legitimação de interesses, possibilitado pela evolução global do sistema da responsabilidade civil, não se limitou a alargar a área dos interesses protegidos, ficando imutável a noção de dano. Ao contrário, esta resulta modificada: e isso era inevitável em diversos aspectos, no momento em que a proteção se desvinculava da área dos interesses de tipo proprietário e tomava em consideração interesses qualitativamente diversos, para os quais se tornava inutilizável o esquema tradicional do dano como lesão ao patrimônio.

Torna-se, assim, plausível falar de um modelo de responsabilidade orientado em direção aos danos e de outro orientado em direção aos interesses? A formulação tem uma indubitável força descritiva, mas não me parece que esclareça os termos teóricos do problema.

Parece-me que estes se colocam de outra forma. Hoje o pano de fundo do sistema da responsabilidade civil não é apenas o proprietário: não se trata de gerir (assim recordava no início) a compatibilidade entre propriedades diversas, mas, em muitos casos, a compatibilidade entre o conjunto propriedade-empresa e interesses de tipo não proprietário (à saúde, à tutela do meio ambiente, à integridade física da pessoa, à identidade pessoal e assim por diante).⁵¹ Assim, o controle se exerce sobre uma situação de tipo proprietário; a garantia se oferece a um interesse de tipo não proprietário.⁵²

da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Jurisdição e direito privado*: estudos em homenagem aos 20 anos da Min. Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 407). Aqui, porém, o autor retoma as dicotomias estabelecidas ao longo do texto. O “dano” a que ele alude é o do conceito clássico, forjado sob o paradigma do ilícito, identificado a partir do critério estruturalista de infração de um dever/violação de um direito (e adstrito, portanto, a certo grau de tipificação, mesmo em sistemas de atipicidade ampla como o brasileiro) e adequado ao direito civil patrimonial. O “interesse”, por sua vez, retoma a evolução da responsabilidade civil em superação ao modelo do ilícito e a dispensa de qualquer tipificação prévia, levando em conta o merecimento de tutela em concreto (no âmbito do qual podem despontar interesses juridicamente tuteláveis inovadores, antes não reconhecidos) e, assim, mais adequado à seara extrapatrimonial. A conceituação do dano (injusto) como lesão a um interesse juridicamente tutelado independentemente da estrutura de situação jurídica, portanto, embora traduza uma evolução do sistema de responsabilidade civil, não torna obsoleto o conceito tradicional, ainda aplicável em matéria patrimonial.

⁵¹ N. do T.: Sobre a inconveniência da redução dos interesses existenciais da pessoa aos moldes rígidos de direitos subjetivos e outras situações jurídicas tradicionais, cf., entre outros, PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 153 e ss.; e, no direito brasileiro, TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. 1. p. 47 e ss.; MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988*: efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 372 e ss.

⁵² N. do T.: Na linha das notas anteriores, apenas faz sentido a distinção entre situação jurídica e interesse neste contexto, em que o autor pretende contrastar interesses inseridos na estrutura de situações típicas e outros interesses juridicamente relevantes, reconhecidos como tais sem revestirem essas estruturas. Daí o primeiro caso ser associado à ideia de “controle” (da expansão do dano ressarcível) e o segundo à ideia de “garantia” (com forte viés expansivo). Sobre o perfil do interesse como um aspecto das situações jurídicas subjetivas, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 669.

Dessa premissa se poderia extrair a deixa para sinalizar um dualismo diferente daquele entre danos e interesses.⁵³ Existem interesses de tipo proprietário, para os quais continua a operar a noção de dano visto em chave de diferença patrimonial negativa, ressarcível assim com a técnica da compensação pecuniária.⁵⁴ Existem, depois, interesses de tipo não proprietário, para os quais, apesar disso, ainda é possível recorrer ao esquema do dano individualizado (dano à pessoa, por exemplo) e para os quais a técnica da monetização, em sede ressarcitória, permanece praticável. Existem, em vez disso, interesses coletivos de base não proprietária, para os quais se configura um “dano social”, em relação ao qual a técnica da compensação pecuniária pode não parecer suficiente, de tal modo que pode ser integrada ou substituída por técnicas reparatórias em sentido lato.

Desconsidero, aqui, um exame mais aproximado das características dessas várias categorias de dano, assim como do conjunto das outras técnicas (inibitórias, de controle administrativo e assim por diante) que se foram estratificando por ocasião ou em relação à produção de danos das diversas categorias. Limito-me a observar que até mesmo o articular-se das hipóteses de lesividade parece excluir hipóteses de redução da área de operatividade do modelo da responsabilidade civil, ao menos em um razoável horizonte temporal.

Dado que o nó está na articulação interna da categoria do dano, de outra parte, uma resposta em termos teóricos poderia ser buscada no sentido de uma adequação do único aspecto que parece ser colocado seriamente em discussão, aquele das modalidades da reparação. Não parece, de fato, que tenha sido posto em dúvida o caráter do juízo de responsabilidade, que se move a partir do dano e se articula por meio dos critérios de imputação.

Nota: Para uma rica série de indicações (inclusive bibliográficas) sobre as discussões atuais em torno dos problemas da responsabilidade civil, remeto a alguns artigos já publicados nesta revista:⁵⁵ C. Salvi, *Il paradosso della*

⁵³ N. do T.: A frase merece destaque, pois demarca uma mudança brusca na chave de análise do tema. A partir daqui, o autor passa a dividir as hipóteses de responsabilidade civil, não mais com base nos binômios tipicidade-atipicidade ou lesão a direito subjetivo-lesão a interesse, mas sim nos mecanismos de tutela mais adequados (desde a reparação pecuniária individual até outras modalidades reparatórias de caráter coletivo).

⁵⁴ N. do T.: Para o dano material individual, portanto, seguem adequados os modelos tradicionais, deflagrados pela concreta diferença patrimonial, tanto na seara aquiliana quanto na contratual, sem nenhum prejuízo à “laicização” (esta, global) da responsabilidade civil, hoje integralmente voltada à reparação da vítima em todos os casos (para uma aplicação dessa perspectiva ao conceito de dano no direito brasileiro, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. O “equivalente” no direito das obrigações: uma proposta hermenêutica. *Civilistica.com*, ano 12, n. 1, 2023. item 5).

⁵⁵ N. do T.: A nota, registrada pelo próprio autor no original, alude à *Rivista Critica del Diritto Privato*, fundada pelo Prof. Rodotà, na qual este texto foi originalmente publicado.

responsabilità civile, 1983, 123-166; C. W. Canaris, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, 1983. 567-618, 793-830; J. Fleming, *C'è un futuro per i torts?*, 1984, 271-296; A. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, 1984, 297-334. No texto encontram-se explícitas as referências a Max Weber (*Economia e società*, trad. it., 2 voll., Milano, 1961) e a John Rawls (*Teoria della giustizia*, trad. it., Milano, 1982); implícitas estão as referências ao livro, bastante impressionante, de G.E. White, *Tort Law in America. An Intellectual History*, New York-Oxford, 1980. Para captar o espírito diverso com que podem ser tratadas as questões dos modelos teóricos e das perspectivas da responsabilidade civil, limito-me a acrescentar uma referência, entre os escritos não italianos, a J. Brinker, *Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, Differenzierungsdefizite, Resourceverwendungsplane und das Wertproblem*, Berlin, 1982; H. Strickler, *Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: auf dem Weg zum Generalklausel?*, Bern-Stuttgart, 1983; e à coletânea de artigos organizada por H.A. Schwartz-Lieberman von Wahlendorf, *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglaise*, Paris, 1983. Para uma análise do modo concreto com que uma “mão visível” guia a substituição de um modelo pelo outro, veja-se D. Kretzmer, *Transformation of Tort Liability in the Nineteenth Century: the Visible Hand*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1984, 46-87.

Referências citadas nas notas de tradução

BUSNELLI, Francesco. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964.

FAURE, Michel. The view from law and economics. In: WAGNER, Gerhard (Ed.). *Tort law and liability insurance*. Viena: Springer, 2005.

FERRARO, Angelo Viglianisi. La reductio ad unitatem del danno non patrimoniale in Italia: una mission impossible...? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 26, n. 3, 2021.

GARDNER, Daniel; MOORE, Benoît. La responsabilité contractuelle dans la tourmente. *Les Cahiers de Droit*, v. 48, n. 4, 2007.

GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 4. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1895. v. II.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, 1998.

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.

GOYOS JR., Durval de Noronha. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Observador Legal, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Min. Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. Paris: Recueil Sirey, 1947. t. I.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. *Civilistica.com*, ano 2, n. 1, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 854, dez. 2006.

PERLINGIERI, Pietro. La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento. *Rassegna di diritto civile*. Napoli: ESI, 2004. v. 4.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 9. ed. Paris: LGDJ, 1923. t. II.

RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução de Carlos Nelson Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 17, jul./set. 2018.

RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964.

RODOTÀ, Stefano. Il tempo delle clausole generali. *Rivista Critica del Diritto Privato*, Napoli, 1987.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. *Reparação e prevenção de danos na responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas*. Indaiatuba: Foco, 2024.

SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 47, n. 149, 2020.

SOUZA, Eduardo Nunes de. A “função política” e as chamadas funções da responsabilidade civil. In: RODRIGUES, Cássio Monteiro. *Reparação e prevenção de danos na responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas*. Indaiatuba: Foco, 2024.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexu causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil brasileira. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 58, abr./jun. 2014.

SOUZA, Eduardo Nunes de. O “equivalente” no direito das obrigações: uma proposta hermenêutica. *Civilistica.com*, ano 12, n. 1, 2023.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Considerações sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 21, n. 3, jul./set. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. A previsibilidade dos danos na responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 32, 2023.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. 1.

TEPEDINO, Gustavo. O art. 931 do Código Civil e a antijuridicidade do dano injusto. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 22, out./dez. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 5, 1997.

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

VINEY, Geneviève. Introduction à la responsabilité. In: GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODOTÀ, Stefano. Modelos e funções da responsabilidade civil. Tradução de Eduardo Nunes de Souza. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 1, p. 171-191, jan./mar. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.01.008.

Recebido em: 14.01.2024

Aprovado em: 14.01.2024