

TRADIÇÕES EUROPEIAS EM RESPONSABILIDADE CIVIL:
FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA RESPONSABILIDADE
CIVIL EUROPEIA^{*,**}

*EUROPEAN TRADITIONS OF TORT LIABILITY: PROLEGOMENA TO A NEW
EUROPEAN TORT LAW*

Stathis Banakas¹

Professor titular de Direito Comparado na Universidade de
East Anglia (UEA, Inglaterra)

ÁREA(S): direito comparado; direito
civil.

RESUMO: O artigo realiza uma síntese
da evolução das experiências jurídicas
europeias sobre a responsabilidade
civil, apontando algumas diferenças
entre elas e destacando a importância

dos elementos normativos e factuais.
Repassa também as diferentes percep-
ções sobre funções e fundamentos
da responsabilidade civil, se mais ligada
a concepções de justiça distributiva
ou corretiva, os objetivos visados pela
responsabilidade civil, com grande
destaque para questões ligadas a

* Publicado em: Europa e America Latina: Due Continenti, un solo diritto – Unità e Specificità del sistema giuridico latinoamericano. *European Traditions of Tort Liability: Prolegomena to a New European Tort Law*, tomo II, Antonio Saccoccio; Simona Cacage (a cura di), G. Giappichelli Editore (Torino); Editorial Tirant Lo Blanch (Valencia). p. 610-623.

** Traduzido do inglês por Eugênio Facchini Neto, Professor titular de Direito Civil da Escola de Direito da PUC/RS, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado, Doutor em Direito pela Universidade de Florença/Itália, Desembargador do TJRS. *E-mail:* facchini@tjrs.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6714748405905770>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9978-886X>; Fábio Siebeneichler de Andrade, Professor titular de Direito Civil da Escola de Direito da PUC/RS, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado, Doutor em Direito da Universidade de Regensburg/Alemanha, Advogado. *E-mail:* fabiosiebenandrade@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5144874187298158>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5562-349X>; Martina Recena, Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS, Advogada. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0001491955099628>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4366-7078>. Agradece-se, também, o auxílio do Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação da PUC/RS, Guilherme Schoeningher Vieira. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3174494502335947>.

¹ *E-mail:* e.banakas@uea.ac.uk. Currículo: <https://research-portal.uea.ac.uk/en/persons/stathis-banakas>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2843-6183>.

aspectos morais da responsabilização. A análise usa o método comparativo e histórico-evolutivo, tanto doutrinário quanto jurisprudencial.

ABSTRACT: *The article summarizes the evolution of European legal experiences on civil liability, pointing out some differences between them and highlighting the importance of normative and factual elements. It also reviews the different perceptions about the functions and foundations of civil liability, whether more linked to conceptions of distributive or corrective justice, the objectives pursued by tort law, with great emphasis on issues related to the moral aspects of civil liability. The analysis uses the comparative and historical-evolutionary method, both doctrinal and jurisprudential.*

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil; direito comparado; direito europeu.

KEYWORDS: *civil liability; comparative law; european law.*

SUMÁRIO: 1 Responsabilidade restrita ou “aberta”?; 2 Conceitos normativos ou factuais de dano? Compensação normativa ou factual?; 3 Função instrumental ou relacional da responsabilidade civil?; 4 Compensação e objetivos sociais mais abrangentes; 5 O que é e o que deveria ser; 6 Argumentos principiológicos e contingentes; 7 As funções social e moral da indenização.

SUMMARY: *1 Restricted or “open” liability?; 2 Normative or factual concept of damage? Normative or factual compensation?; 3 Instrumental or relational function of tort liability?; 4 Compensation and broader social objectives; 5 What is and what ought to be; 6 Principled and contingent arguments; 7 The social and moral function of compensation.*

1 RESPONSABILIDADE RESTRITA OU “ABERTA”?

A responsabilidade civil extracontratual, igualmente passível de ser denominada como *delitual*², é, em essência, compensatória e, somente de forma excepcional, punitiva. Os sistemas jurídicos europeu-continentais ainda estão enraizados em uma visão “relacional” de delito, concebida pelos grandes juristas romanos e estabelecida no *Digesto* (*lex*

² Embora no Direito brasileiro não seja usual denominar-se *delitual* a responsabilidade extracontratual, essa equiparação é muito usada em vários ordenamentos jurídicos, como o francês, italiano e até na *common law*, remontando a denominação ao Direito romano das XII Tábuas (*delicta*) e ao subsequente Direito justinianeu, que acresceu aos *delicta* (conduta dolosa) os *quasi-delicta* o *quasi ex delicto* (conduta culposa). Embora originariamente a expressão *delicta* tivesse uma conotação que hoje chamaríamos de penal, ainda no Direito romano passou também a indicar hipóteses em que a sanção consistia em reparar o dano causado, ingressando, assim, no vocabulário da responsabilidade civil extracontratual (nota dos tradutores).

Aquilia). Essa visão de delito vislumbra a responsabilidade *ex lege* para reparar ou compensar danos causados por uma pessoa à outra e é, essencialmente, de cunho moral.

As grandes tradições jurídicas europeia-continentais modernas são, contudo, divididas entre o problema se todo o dano moralmente errado (isto é, causado por culpa do réu) é um delito ou se o é somente aquele dano que é especificado como “injusto” pela ordem jurídica. A esse respeito, a ciência pandectista germânica propôs a doutrina da “lesão injusta” (*damnum iniuria datum*) como inerente ao modelo da *lex Aquilia*, excluindo da responsabilidade civil delitual danos ou perdas não considerados como injustos (*damnum sine iniuria*). Essa doutrina situa o delito em consonância com um princípio fundamental do direito penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*) e não surpreende que possa ser identificada no direito antigo, em um tempo em que crime e delito eram quase inseparáveis no pensamento jurídico.

O que, talvez, seja mais notável a respeito é que essa visão do delito como um ato injusto, como um crime, tenha sobrevivido na grande maioria das codificações europeias modernas, com a flagrante exceção do Código Civil francês; este último, com efeito, optando, simplesmente, por cláusulas gerais de responsabilidade civil baseadas no princípio da responsabilidade individual. Nesse sentido, muita pouca inovação real na teoria fundamental da responsabilidade civil extracontratual tem ocorrido na Europa desde a *lex Aquilia*.

2 CONCEITOS NORMATIVOS OU FACTUAIS DE DANO? COMPENSAÇÃO NORMATIVA OU FACTUAL?

Uma exceção a esse respeito tem sido o desenvolvimento da tradição germânica acerca de uma concepção normativa de dano (*normativer Schadensbegriff*) seguindo uma notável transplantação de uma ideia da *common law* para o solo continental europeu. Um primeiro requisito da responsabilidade civil, que em toda a jurisdição o autor deve ser capaz de atender, para que a sua ação possa prosperar, é que a conduta do réu tenha resultado em um tipo de lesão reconhecido pelo ordenamento como capaz de amparar um pedido jurídico, em essência deve corresponder a um “dano” juridicamente significativo. Na tradição jurídica germânica, a questão do que constitui um dano juridicamente significativo é frequentemente relacionada ao problema de se a lesão foi infligida injustamente, nas circunstâncias individuais de cada

caso. Mesmo que este último problema seja, conceitualmente, separado do primeiro, referindo-se à conduta do réu ao invés do lesão do autor.

Nem toda a lesão efetiva é, necessariamente, reputada como um dano aos olhos da lei, apesar de haver sistemas jurídicos que professam ter adotado um conceito jurídico “aberto” de dano, capaz de englobar a maioria dos casos de lesões reais. Os sistemas jurídicos parecem oscilar entre um conceito de dano de complexidade factual ou normativa.

Um conceito factual de dano jurídico sugere que:

- a) todos os tipos de lesão efetiva podem se qualificar como dano; e que
- b) nunca pode haver dano juridicamente significativo na ausência de lesão real de alguma espécie.

Um conceito “normativo” de dano jurídico significa que somente alguns casos selecionados de prejuízos reais se qualificam como “dano” sob o prisma jurídico, e que é também possível para um determinado ordenamento jurídico aceitar a presença de um “dano” juridicamente significativo, mesmo quando nenhuma lesão real seja aparentemente evidente.

O Direito anglo-americano sobre a noção de culpa é baseado no princípio de que não pode haver um erro nessa hipótese efetivamente passível de ser discutido em juízo (*actionable*) e, portanto, nenhuma ação judicial sem uma lesão real. Mas “lesão real” é definida de forma muito abrangente. De acordo com a teoria prevalecente na América, conhecida como “teoria da conduta negligente”, negligência é a “conduta que se enquadra no padrão estabelecido pela lei para a proteção de outros contra riscos irrazoáveis de lesão”³.

O princípio da lesão real não tem outro significado, então, na prática do que o de não haver base para a propositura da ação sem que tenha ocorrido uma conduta real, e objetivamente perigosa, do réu; em síntese, de que um estado mental de indiferença ou inadvertência, desacompanhado de uma conduta, nunca poderá ser acionável pelo delito de negligência.

O regime jurídico inglês e americano sobre responsabilidade civil também conhece os tradicionalmente chamados “danos acionáveis *per se*”. Em alguns casos, uma ação no âmbito da responsabilidade civil subsiste sem nenhuma

³ *Restatement (Second) of Torts* Para. 282, 1965; Veja também HARPER, F. V.; JAMES JR., F. *The Law of Torts*. Editado: O. S. Gray. Boston/Toronto, 3, 2007, 382 f., com referências adicionais.

prova de um dano real⁴. A razão é histórica⁵. Invasão de propriedade, violação a pessoas⁶ ou bens⁷ e difamação são notáveis exemplos de danos acionáveis *per se*. No Direito anglo-americano, a ação por perdas e danos também serve ao propósito de testar a existência de um direito; figuras jurídicas especiais, como a *vindicatio* do Direito romano, em casos de violação de direitos de propriedade, nunca foram diretamente adotadas pelo Direito anglo-americano para efetivar direitos. Se direitos de segurança pessoal ou de tutela da propriedade são infringidos, é, portanto, importante que o ordenamento não exija a presença de lesão real para que o autor possa ingressar com uma ação.

No Direito inglês, o delito de negligência (*tort of negligence*)⁸ é “tradicionalmente descrito como dano – visão não tão remota como se poderia pensar – causado pelo descumprimento de um dever de cuidado devido pelo réu ao autor”⁹.

Mas com a sua prática de reconhecimento de indenizações por “danos gerais” (*general damages*), as Cortes inglesas têm se permitido espaço considerável para manobras normativas, mesmo no caso de uma ação pelo delito de negligência. Esse é, frequentemente, o caso de indenizações por danos gerais que extrapolam o valor monetário do real prejuízo sofrido. A utilidade dessa prática fica muito evidente com os novos tipos de prejuízo: se as cortes entendem que cabe no caso indenização, o mecanismo está disponível para concedê-la.

Desse modo, as Cortes inglesas têm tido a oportunidade de acomodar diversas ações novas por perdas cuja natureza está longe de ser clara, como,

⁴ A noção anglo-americana de “*torts actionable per se*” aproximam-se muito da noção que costumamos chamar de “danos *in re ipsa*” (nota dos tradutores).

⁵ Ver JONES, M. A.; DUGDALE, A. M.; SIMPSON, M. *Clerk and Lindsell on Torts*. London, 1975, para. 302, com uma lista de casos de demandas acionáveis onde a prova de lesão real é desnecessária.

⁶ Violações não intencionais a pessoas podem precisar de prova da lesão real: *Letang v. Cooper* [1965] 1 Q.B. 232, 245 per Diplock L.J. Mas veja também a decisão do *House of Lords* em *Stubblings v. Webb* [1993] A.C. 498: agora está claro que se uma agressão intencional é cometida há uma ação por violação que, no que diz respeito ao importante problema da limitação, está separada da negligência.

⁷ *Hayward v. Hayward* [1887] 34 Ch. D. 198.

⁸ O *tort of negligence* corresponde, grosso modo, à nossa responsabilidade civil por conduta culposa (nota dos tradutores).

⁹ JONES, M. A.; DUGDALE, M.; SIMPSON, A. M. *Clerk and Lindsell on Torts, cit.*, para. 859; *Lochgelly Iron & Coal Co. v. M’Mullan* [1934] A.C. 1, 25 per Lord Wright.

por exemplo, uma ação por não poder aproveitar um feriado¹⁰. A prática de conceder indenização por danos gerais poupou as Cortes anglo-americanas da controvérsia dogmática que demandas semelhantes causaram no Direito alemão¹¹. Constitui, porém, uma outra questão o problema prático, distinto, conhecido como a “crise da responsabilidade civil”, presente especialmente na América¹².

Na Alemanha, tem sido frequentemente sustentado que o Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*, abreviadamente, BGB), aparentemente sob a forte influência de Mommsen¹³, endossou um conceito factual, “materialista” de dano. É sua a filosofia por trás do princípio da não compensação da chamada perda “não material” (§ 253 BGB). Nos anos trinta do século passado, contudo, um estudo comparativo feito por um outro jurista alemão, Neuner, abriu caminho para que considerações normativas se infiltrassem no direito da responsabilidade civil do BGB¹⁴.

A teoria “normativa” do dano, de Neuner, foi diretamente inspirada pela tradição antiga da *Common law* de utilizar a ação indenizatória como um

¹⁰ Ver, e.g., *Ichard v. Frangoulis* [1977] 1 W. L. R. 556.

¹¹ Ver HELDRICH, A. Compensating Non-Economic Losses in the Affluent Society. *Am. J. Comp. L.*, 22, 18/1, 1970; para problemas que surgiram a partir das ações por “perda de feriados” no Direito alemão, ver GRUNSKY, W. Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1975, 609 ff.; HONSELL, H. Die misslungene Urlaubsreise. *Juristische Schulung*, 1976, 222 ff.

¹² Indenizações por dor e sofrimento (*pain and suffering*) (também conhecidos como “desfiguração), como danos gerais, têm atingido quantias lendárias na América: Um eminente jurista comparativista, da responsabilidade civil francês, dá uma noção gráfica: TUNC, A. *La Responsabilité Civile*. Paris, 1981, 1 f.; ver, também, BANAKAS, S. Non-Pecuniary Loss in Personal Injury: Topography Architecture and Nomenclature in the European Landscape. *10:2 Journal of Comparative Law*, 2015, 291-342. Para uma noção crítica penetrante por um jurista americano, ver ABEL, R. L. A Critique of Torts. *U.C.L.A.L. Rev.*, 37, 1990, 785.

¹³ MOMMSEN, F. *Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig, 1853-55.

¹⁴ NEUNER, R. Interesse und Vermögensschaden. *Archiv für die civilistische Praxis*, 133, 1931, 277 f.; ver, também, um ano depois, WILBURG, W. Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung. *Jhering Jahrbuch*, 82, 51 f. Para uma noção crítica da literatura após esses dois artigos, ver GRUNSKY, W. Aktuelle probleme zum Begriff des Vermögensschadens, 1968; Hagen, H. Fort-oder Fehlenentwicklung des Schadensbegriffs. *Juristische Schulung*, 1969, 61 ff.; HAUSS, F. Entwicklungslinien des deutschen Schadensersatzrechts. *Zeitschrift für die Versicherungs Wissenschaft*, 1967, 151 ff.; ZEUNER, A. Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden. *Archiv für die civilistische Praxis*, 163, 1963, 380; *Id.*, *Gedachtnisschrift für Dietz*, 1972, 99 ff.; BAUR, F. Einige Bemerkungen zum Stand des Schadensausgleichs Rechts, In: AA.VV. *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*. Tübingen, 1974, 120 ff.

teste para verificar a existência de um direito; Neuner denominou essa prática de “função afirmativa” (“*rechtsverfolgende Funktion*”) da ação de reparação. O trabalho de Neuner, e o seu efeito na evolução da doutrina e jurisprudência alemãs, proporcionou um raro e marcante exemplo de transplantação não somente de um princípio ou de uma doutrina, mas de uma cultura jurídica, de um sistema jurídico com um estilo experimental altamente individual, para um sistema jurídico com altíssima sofisticação dogmática.

A partir da aludida “função afirmativa” (*rechtsverfolgende Funktion*) da ação indenizatória, Neuner concluiu que o conceito de “dano” propriamente dito deve ser um conceito “normativo”. O Direito deve ser deixado livre para elaborar o seu próprio conceito de dano para o seu próprio propósito. A quantificação do dano deveria, ademais, ser feita com bases objetivas do “valor comum” do interesse lesado (*gemeine-Wert*), ao invés de ser baseada no seu valor subjetivo. Este último foi outro postulado do tradicional conceito mommseniano de dano. As ideias de Neuner foram posteriormente desenvolvidas por vários renomados juristas, como exemplificativamente Bydlinski (que denominou a indenização por danos de “uma sanção pela violação de interesses ou bens”)¹⁵ e Larenz, que introduziu a ideia de uma função de implementação jurídica (*Rechtsfortsetzungsfunktion*)¹⁶ da ação de responsabilidade civil¹⁷.

No Direito francês, parece que a presença de uma lesão real constitui-se como uma condição *sine qua non* para compensação: “*Sans dommage, pas de droit à réparation*”¹⁸. Esse princípio não é, contudo, fácil de conciliar com determinados casos em que a indenização é dada por perdas que, na verdade,

¹⁵ *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und osterreichischem Recht*. Wien, 1964, 29 f.

¹⁶ “*The function of pursuing a right*” (“A função de implementar um direito”) é uma possível tradução para o inglês desse difícil conceito alemão.

¹⁷ LARENZ, K. *Schuldrecht*, 1, 1976¹¹, 346, repetida em edições subsequentes; ver, geralmente, LANGE H.; SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*. Tübingen, 2003³, *passim*; WOLF, E. Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis. In: *Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag*. München, 1976, 545 ff.; KÖNDGEN, J. *Archiv für die civilistische Praxis*, 177, 1977, 1 f., tenta fazer uma análise econômica da questão. Um excelente estudo comparativo do significado de “danos jurídicos” pode ser encontrada na monografia de MAGNUS, U. *Schaden und Ersatz*. Tübingen, 1987.

¹⁸ Ver WEILL, A.; TERRÉ, F. *Droit Civil, Les Obligations*. Paris, 1975², 657 f., repetida em edições subsequentes.

já foram compensadas ao autor de alguma outra forma¹⁹. E a ascensão do poder soberano das cortes de primeiro grau na quantificação dos danos, somado às suas negativas – muito conhecidas –, de revelar os detalhes sobre os métodos usados, não tem permitido um estudo do exato papel das considerações normativas dessas quantificações²⁰. As Cortes francesas têm concedido indenização por danos “simbólicos” (*dommages-intérêts symbolique*), em casos de violação abusiva de direitos, uma prática condenada pela *Cour de Cassation*, que proclamou recentemente²¹ que “*le préjudice doit être réparé dans son intégralité et non pour le principe*”²², com base no antigo princípio do *réparation intégrale* previsto no art. 1.240 (antigo 1.382) do Código Civil francês.

3 FUNÇÃO INSTRUMENTAL OU RELACIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL?

Para uma inovação real no pensamento sobre a responsabilidade civil extracontratual, um observador deve-se voltar ao mundo da *common law*. O Direito americano da responsabilidade civil tem aberto caminho para uma nova concepção de responsabilidade civil extracontratual – muitas vezes descrita como “instrumental”²³ –, e para o estudo contextual dos problemas jurídicos, baseados em uma análise econômica dos efeitos das regras jurídicas

¹⁹ Veja a discussão *ibidem*; em Cour de Cassation, ch. civ. 2, juin 1976, *Dalloz-Sirey*, 1976, 137, note LE TOURNEAU, P., como também em *Revue Generale des Assurances Terrestres*, 1977, 369.

²⁰ Ademais, há certas áreas definidas do Direito francês, em que o conceito normativo de dano com um escopo e uma função especialmente determinados é abertamente usado. O chamado prejuízo coletivo *préjudice collectif*, isto é, dano aos legítimos interesses coletivos de profissionais ou de um sindicato, é o exemplo mais notável nesse sentido. Ver WEILL, A.; TERRE, F. *Droit Civil, Les Obligations*. Paris, 1975, 769; para os sindicatos profissionais, ver art. L. 411-11 *Code du Travail*.

²¹ Cour de Cassation, ch. civ. 1, 21 novembre 2018, n. de pourvoi: 17-26766, não publicado (Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000037676942&fastReqId=388428355&fastPos=15&oldAction=rechJuriJudi>. Acesso em: 1º ago. 2019).

²² “O dano deve ser compensado integralmente e não por uma questão de princípio.”

²³ Um termo primeiramente usado por James Jr. F., em seu artigo “*Contribution Among Joint Tortfeasors: A Pragmatic Criticism*”, em *Harvard L. Rev.*, 54, 1941, 1156. Ver, também, PRIEST, G. L. *The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law*. *J. Legal Studies*, 14, 1985, 461. Para uma crítica inicial sobre o pensamento de dano “instrumentalizado”, ver GREGORY, C. O. *Contribution Among Joint Tortfeasors: A Defense*. *Harvard L. Rev.*, 54, 1940-1941, 1170, respondido por JAMES JR., F. *Replication*. *Harvard L. Rev.*, 54, 1940-1941, 1184. Um bom resumo do debate entre as teorias de responsabilidade civil relacional e instrumental podem ser encontradas em WEINRIB, E. J. *Thinking About Tort Law*. *Valparaiso Univ. L. Rev.*, 26, 1992, 717; *Id.*, *Corrective Justice*, Oxford, 2012.

no mercado. Mas enquanto as teorias instrumentais originais enfatizam os aspectos compensatórios da responsabilidade civil, como um “Direito público disfarçado”²⁴, tendo um caráter regulatório e distributivo, objetivando a diluição do custo de prejuízos pela comunidade²⁵, a nova análise econômica da responsabilidade civil, como demonstrado no trabalho de, entre outros, Calabresi e Posner, visa à dissuasão e à redução de prejuízos por meio do planejamento de regras que produzem incentivos econômicos para um comportamento mais seguro²⁶.

A concepção instrumental da responsabilidade civil coloca a função social dos remédios de responsabilidade civil no centro do palco, emancipando a responsabilidade civil de sua conexão histórica com o direito penal e dos princípios da responsabilidade individual baseada no erro moral. A obrigação de reparar ou de compensar o dano, ou, excepcionalmente, de pagar danos punitivos (*aggravated damages*), é determinada por considerações sociais e econômicas sobre alocação de risco e perdas específicos.

A teoria instrumental da responsabilidade civil substitui nos sistemas de *common law* o conceito de “injusto” por um conceito de “política legal” baseado naquelas considerações. Tem se tornado possível pelo desenvolvimento histórico da responsabilidade civil por juízes, como um sistema de jurisprudência em grande parte não regulamentado pelo legislador, e totalmente independente do Direito Penal. No mundo da *common law*, a ação civil, mesmo que a lesão seja também um crime, será proposta separadamente e em uma cultura jurídica diferente (sem júris na Inglaterra), sendo permitida uma contribuição muito

²⁴ Esse ponto é tratado sob a luz da experiência da década de 1990 e da nova virada “individualista” da consciência social, por FARBER, D. A.; FRICKLEY, P. P. In the Shadow of the Legislature: The Common Law in the Age of the New Public Law. *Michigan L. Rev.*, 89, 1991, 875.

²⁵ Ver o trabalho pioneiro de KEETON, R. E.; O’CONNEL, J. *Basic Protection for the Traffic Victim*. A Blueprint for Reforming Automobile Insurance. Boston, 1965; ISON, T. G. *The Forensic Lottery*. London, 1967; também sob uma perspectiva do Direito inglês. ATIYAH, P. S. *The Damages Lottery*. Oxford, 1997; CANE, P.; GOUDKAMP, J. *Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law*. Cambridge, 2018⁹.

²⁶ Ver LANDES, W. M.; POSNER, R. A. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia L. Rev.*, 15, 1981, 851; a literatura sobre análise econômica da responsabilidade civil é enorme: ver, e.g., POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. New York, 2014⁹, ch. 6. Na Alemanha, o movimento atraiu muito interesse e gerou trabalhos originais como SCHÄFER, H.-B.; OTT, C. *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1986. Para o Direito inglês, para uma vasta literatura ver BURROWS, P.; VELJANOWSKI, C. G. *The Economic Approach to Law*. London, 1981. Uma recente visão é a de OGUS, A.; VAN BOOM, W. H. *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private law*. Oxford, 2011.

restrita de qualquer processo criminal paralelo ao caso civil – contrariamente aos sistemas europeu-continentais, que fazem uso extensivo da inclusão de uma pretensão reparatória, apresentada pela vítima, no bojo do processo penal ajuizado pelo titular da acusação penal para a responsabilização criminal.

Não surpreende, portanto, que nesses sistemas a emancipação da responsabilidade civil da influência da filosofia e do estilo do direito penal constitui um longo caminho a ser percorrido. Cortes criminais operam em uma atmosfera permeada pela moral, na qual visões instrumentais de condutas danosas não podem ter espaço de forma alguma. Desse modo, o Direito francês de responsabilidade civil, que bravamente apartou-se da noção de injusto existente nos arts. 1.240 (antigo 1.382) e seguintes do Código Civil, sofreu um grande retrocesso nas mãos de juízes criminais fortemente envolvidos em litígios de responsabilidade civil por partes “civis” – em processos criminais: por muito tempo, cortes criminais francesas impuseram a noção de *iniuria* sobre a responsabilidade civil (a chamada teoria do interesse jurídico legitimamente protegido – *intérêt légitime juridiquement protégé*).

Retornando à responsabilidade civil anglo-americana, a atividade propositalmente perigosa, ou atividade intencionalmente danosa, será frequentemente socialmente disfuncional e, portanto, em princípio, tortuosa (no caso de intenção prejudicial com importantes exceções, como quando o dano econômico está em causa). Mas o cenário é muito mais obscuro no âmbito da negligência ou dano acidental.

Uma visão instrumental de responsabilidade civil por dano culposos dará prioridade não à transgressão moral do réu, mas para considerações sobre eficiência econômica e utilidade social, determinando sobre quem o dano deve, em última análise, recair. Incumbe ao direito penal a tarefa de dissuasão e retribuição. No que diz respeito à responsabilidade civil, danos por culpa deixam de ser pessoais e passam a ser sociais. Grandes áreas do direito contemporâneo anglo-americano da responsabilidade subjetiva estão impregnadas com esse pensamento instrumentalista: por exemplo, regras de causalidade e prova em casos de danos pessoais (notoriamente a chamada *egg-thin-skull rule*²⁷ e a regra

²⁷ Essa regra – *egg-thin-skull-rule* – consiste na noção de que as vítimas do dano, que, eventualmente, padeçam de condições pré-existent, não devam ser prejudicadas por essa situação, no momento da fixação da indenização. Possui essa denominação a partir do exemplo, comumente dado na academia americana, para a pessoa que possuísse o crânio mais fino – como uma casca de ovo, e que,

res ipsa loquitur – a coisa fala por si mesma), responsabilidade pelo produto, responsabilidade do ocupante, e, recentemente, nos Estados Unidos, a chamada responsabilidade proporcional (*Market share liability*, ou responsabilidade por cota de mercado, que potencialmente dispensa a prova de uma causalidade real)²⁸.

A utilização mais comum desse novo conceito tem sido a tendência, que apareceu primeiramente na responsabilidade civil americana, a impor responsabilidade coletiva dos fabricantes mesmo quando os autores eram incapazes de identificar qual companhia vendeu o produto (bem) defeituoso, em alguns casos responsabilizando um fabricante e condenando-o em perdas e danos, mesmo depois de ter provado que não poderia ter causado o dano²⁹. Cortes aplicaram o chamado *market-share test* e quantificaram danos em desfavor do fabricante na proporção de sua parcela de vendas no mercado, e não em proporção a sua parcela de culpa pelo dano causado³⁰.

4 COMPENSAÇÃO E OBJETIVOS SOCIAIS MAIS ABRANGENTES

Responsabilidade sem causa conduz a responsabilidade civil bem além do modelo romano da *lex Aquilia*, e ideias tradicionais de justiça restaurativa. Conforme uma visão: “Objetivos sociais superam a noção de responsabilidade ou de culpa legítimos”³¹. Alguns autores procuraram explicar o modelo

portanto, estaria mais facilmente sujeito a uma lesão de que pessoas destituídas dessa característica. Muito embora essa circunstância, a referida pessoa não deveria perceber uma indenização distinta – menor – do que as demais pessoas. Ou seja, idiosincrasias somáticas das vítimas, que as tornem mais vulneráveis do que as outras, configuram um “azar” do ofensor, não do ofendido, em se tratando de responsabilidade civil por eventuais danos por aquele a este. Disso resulta a conhecida parêmia: “*The tortfeasor must take his victim as he finds him*” (O ofensor deve aceitar a vítima tal como ele a encontra) (Nota dos tradutores).

²⁸ DOUGHERTY, J. P. Accountability Without Causality: Tort Litigation Reaches Fairy Tale Levels. *Catholic Univ. L. Rev.*, 41, 1991, 1. Uma recente coleção comparativa de relatórios nacionais consta em GILEAD, I.; GREEN, M. D. K., b.A (ed.). *Proportional Liability, Analytical and Comparative Perspectives*. Berlin, 2013.

²⁹ E.g., *Hymovitz v. Eli Lilly & Co.* 539 N.E. 2d 1069, 1078-79 (N.Y.), cert. denied, 493 U.S. 944 (1989)

³⁰ Ver *Sindell v. Abbott Labs.* 607 P. 2d 924, 027 (Cal.), cert. denied, 449 U.S. 912 (1980). Para outro paradigma sobre responsabilidade proporcional, restrito a casos de ações de compensação contra empregadores por exposição a *amianto causando mesotelia*, ver o caso inglês *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22, limitado aos casos de mesotelia pelo *Compensation Act* 2006.

³¹ DOUGHERTY, J. P. Accountability Without Causality: Tort Litigation Reaches Fairy Tale Levels. *Cath. U.L. Rev.*, 41, 1992, 11, nt. 24.

exposto *supra* de *market-share liability* baseado em teorias sobre causalidade alternativa, refletindo a mudança de perspectiva da responsabilidade civil moderna: de uma base anteriormente teística, a partir de uma abordagem do direito natural para a natureza humana, para uma concepção secular, baseada no materialismo e determinismo social e psicológico. Um autor americano desafiou teorias tradicionais sobre causalidade objetiva e “cadeia causal” já em 1870: “Para cada evento há certos antecedentes [...] a verdadeira causa é o conjunto inteiro de antecedentes colocados juntos”³².

Ademais, na cultura jurídica anglo-americana (em contraste com a germânica), ações de responsabilidade civil têm, em princípio, como premissa, a reparação de danos: isto é, a compensação monetária, sendo a *restitutio in naturam* uma rara exceção; por conseguinte, argumentos financeiros prevalecem na determinação da política legal. Prejuízos de qualquer tipo precisam ser precificados, antes que a responsabilidade civil possa se deparar com eles. Isso transforma um dano pessoal, a condição psiquiátrica da pessoa, danos à propriedade, ou a violação de liberdades pessoais ou privacidade em uma quantia de dinheiro, minando seriamente a tradicional teoria da responsabilidade relacional. Claramente, o que o réu da ação de indenização é condenado a dar ao autor é quase nunca o que lhe retirou. Quando dinheiro está envolvido, toda a comunidade está envolvida, já que dinheiro é forma mais pura de interação social. Não surpreende, portanto, que novas teorias emergem no sentido de considerar presente uma responsabilidade coletiva, pretendendo a alocação de certos prejuízos não ao indivíduo, mas à comunidade. Não só o cenário fica maior do que os dois (indivíduo ou empresa) protagonistas (isto é: as partes nomeadas na ação de responsabilidade civil) e a posição relativa entre si (por exemplo, benefícios colaterais para o autor e lucros colaterais para o réu); perda e seguro de responsabilidade também estão presentes sob a (aparente) questão da alocação de perdas pelo Judiciário.

Em uma economia de mercado sofisticada, a responsabilidade civil pode, ademais, ser usada não só para restaurar perdas injustas ou socialmente disfuncionais, mas, também, produzir riqueza para certas profissões³³, ou para

³² N. St. John Green, Proximate and Remote Cause. *American L. Rev.*, 4, 1870, 201.

³³ Autores do movimento chamado “Estudos jurídicos críticos” (*Critical Legal Studies*) têm atacado fortemente a exploração capitalista da responsabilidade civil por advogados, seguradoras e empresários: ver ABEL, R. L. A Critique of Torts. *U.C.L.A.L. Rev.*, 37, 1990, 785.

aumentar os ativos de um negócio, como uma forma útil do chamado *paper-entrepreneurism*³⁴. Isso agrava seriamente a já dramática crise do aumento do custo social dos litígios de responsabilidade civil na América, adicionando urgência à tarefa de desenvolver uma teoria econômica sobre responsabilidade civil consistente para o futuro³⁵. Qualquer interesse em *iniuria* como uma afronta pessoal reduz-se à insignificância perante as implicações políticas e econômicas do custo social dos litígios de responsabilidade civil. Nós estamos há um longo caminho do mundo idílico, rural, da *Lex Aquilia*. No Direito anglo-americano da responsabilidade civil, *iniuria* transformou-se em um veículo de política social e econômica. O direito continental-europeu ainda não experimentou essa mudança na mesma extensão; visões tradicionais baseadas na concepção natural da responsabilidade civil e da causalidade estão melhor preservadas, e a responsabilidade civil permanece um mecanismo retificador de distribuição de perdas³⁶.

5 O QUE É E O QUE DEVERIA SER

No entanto, apesar dessa transformação da responsabilidade civil na família jurídica anglo-americana, a linguagem das decisões judiciais continua hoje a refletir a velha moralidade, baseada em uma tradicional abordagem relacional sobre a questão de alocar até mesmo perdas acidentais. Há pouca diferença entre essa terminologia moral e a que se encontra nas decisões judiciais nos sistemas jurídicos continentais, como, por exemplo, no Direito alemão, onde, no entanto, a ligação entre direito e moralidade no campo da responsabilidade civil (*Unerlaubte Handlungen*) foi explicitamente recepcionada legislativamente no parágrafo 826 do BGB. Esse dispositivo legal encontrou ampla e notável aplicação na jurisprudência alemã, cobrindo diversas áreas que, no Direito inglês, se enquadram no âmbito de diferentes molduras de responsabilidade civil, tais como fraude, difamação, ameaça, conspiração, interferência em relações contratuais e outros. Mas o que impressiona mais a um jurista da

³⁴ Ver REICH, R. *The Next American Frontier*. New York, 1983, ch. 7.

³⁵ “A crise da responsabilidade civil” e a “reforma da responsabilidade civil” têm sido um tema fortemente debatido na América por vários anos e, frequentemente, aparece como uma questão política em eleições presidenciais. Ver RABIN, R. L. *The Politics of Tort Reform*. *Valparaiso Univ. L. Rev.*, 26, 1992, 709.

³⁶ Ver a conclusão de MAGNUS, U. *Reformüberlegungen für das österreichische Haftpflichtrecht*, *Verhandlungen des XII Österreichischen Juristentages*. Wien, v. II/1, 1994, 82 f.

tradição da *common law* é a forma como o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) combinou esse dispositivo com os artigos da Constituição alemã (*Grundgesetz*) que garantem os direitos fundamentais dos cidadãos, a fim de criar um fundamento moral superior a partir do qual o comportamento ilícito é julgado. O *Bundesverfassungsgericht* afirmou que “as cláusulas gerais [ou seja, os parágrafos 823 e seguintes do Código Civil alemão, que estabelecem as regras gerais do direito da responsabilidade civil] [...] foram corretamente descritas como os pontos de irrupção dos direitos fundamentais no direito privado”³⁷. O tribunal considerou, além disso, que cláusulas gerais como o parágrafo 826 do BGB

implicam julgamento da conduta humana por critérios que estão fora do direito civil, na verdade além do próprio ordenamento jurídico [...] para decidir o que estes preceitos sociais exigem em um determinado momento, em um caso particular, deve-se proceder principalmente a partir da totalidade dos conceitos de valor que o povo alcançou em um determinado momento de seu desenvolvimento intelectual e cultural e fixados em sua Constituição.³⁸

Contrastando com o direito continental europeu, o moderno direito da responsabilidade civil inglesa foi moldado não por normas constitucionais ou códigos, mas por várias decisões judiciais importantes do século XX, a primeira das quais foi a decisão da Câmara dos Lordes³⁹ em *Donoghue v. Stevenson*⁴⁰. Antes do julgamento deste caso, em 1932, o Direito inglês da responsabilidade

³⁷ “[...] die Generalklauseln [...] [sind mit Recht] [...] als die ‘Einbruchstellen’ der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden”: *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão), em uma decisão seminal de 1958, publicada no *Bundesverfassungsgericht Entscheidungen (BVerfGE)*, 7, 198.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Esclareça-se que a referência à Câmara dos Lordes não diz respeito à *House of Lords* (Câmara dos Lordes) do Parlamento britânico, compondo, juntamente com a *House of Commons* (Câmara dos Comuns), o Poder Legislativo inglês. A referência, mais precisamente, é ao *Appellate Committee of the House of Lords*, que tem origem medieval, tendo sido reformulado por uma lei de 1876 (*Appellate Jurisdiction Act*), que a colocou na cúpula do sistema judiciário inglês. Importante reforma institucional de 2005 alterou esse arranjo e substituiu a antiga corte pela atual *Supreme Court of the United Kingdom*, que entrou em funcionamento em 2009, integrada por 12 juízes (nota dos tradutores).

⁴⁰ [1932] A.C. 562.

civil não continha nenhum princípio abrangente de responsabilidade subjetiva e, na ausência de previsão de alguma responsabilidade contratual ou de algum outro ato ilícito “nominado”, havia pouca chance de êxito para pedidos de indenização fundados em culpa (*negligence*). *Donoghue* inaugurou o moderno direito da responsabilidade civil ao introduzir a regra geral do dever de cuidado (*duty of care*) como base de responsabilidade. O que é interessante, no entanto, é a forma como isso foi feito, no voto condutor do Lorde Atkin, que tem sido considerado desde então como a pedra angular da responsabilidade por culpa na lei inglesa: “Eu me contento em salientar que no direito inglês *deve haver, e há*, alguma concepção geral de relações que dão origem a um dever de cuidado, do qual os casos particulares encontrados nos livros são apenas exemplos”⁴¹.

Comentando essa passagem, um grande mestre da *common law* e também jurista comparativo, Tony Jolowicz, observou que “num sistema de *case-law* como o inglês, ainda mais claramente do que num sistema codificado, a distinção entre *o que é a lei* e *o que ela deveria ser* é muitas vezes obscura”⁴².

6 ARGUMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS E CONTINGENTES

A linguagem moral das decisões em matéria de responsabilidade civil contrasta nitidamente com o compromisso declarado dos juízes de implementar o direito de acordo com as exigências de uma política econômica e social mais ampla. No entanto, a linguagem moral do direito de responsabilidade civil inglês foi reavivada em vários casos importantes que tratam do que tem sido uma questão mais premente e séria de responsabilidade civil na Inglaterra, qual seja, o problema da responsabilidade por danos financeiros culposos. Essa questão tem sido tradicionalmente considerada como uma questão de “política jurídica” *par excellence*, ou seja, a ser resolvida, em cada caso, à luz de mais amplas considerações econômicas, sociais ou, até mesmo, políticas. Em uma pioneira decisão tomada por um Câmara de sete julgadores, ao invés dos usuais cinco membros, juízes da Câmara dos Lordes, no caso *Murphy v. Brentwood D.C.*⁴³, afastaram-se do precedente a fim de desacolher pleitos indenizatórios por atuação culposa de inspetores de construção empregados

⁴¹ [1932] A.C., 580 (grifo do autor).

⁴² JOLOWICZ, T. Compensation for Personal Injury and Fault. In: ALLEN, K.; BOURN, C. J.; HOLYOAK, J. (ed.). *Accident Compensation After Pearson*. London, 1979, 75.

⁴³ [1991] 1 A.C., 398.

por autoridades locais, ajuizados por proprietários de casas mal construídas que, no entanto, tinham sido licenciadas como construídas com segurança. O fundamento dessa decisão baseava-se em uma política jurídica contra tais pleitos, embora a linguagem empregada pelos juízes tenha continuado a ser a velha linguagem moral da responsabilidade pessoal. Ao invés de usar jargão sociológico ou econômico, os juízes continuam a usar palavras carregadas de sentimentos morais e, às vezes, emocionais.

O progresso tecnológico, acelerando a rápida disseminação e interdependência das relações financeiras e a interação entre diferentes setores das indústrias e das profissões, está ocorrendo em um momento em que, em ambos os lados do Atlântico, o direito da responsabilidade civil está sendo repensado de forma fundamental. Tornou-se novamente moda enfatizar sua natureza “relacional” ou moral. A abordagem instrumental da operação dos princípios da responsabilidade civil, ou seja, como um meio de atingir objetivos coletivos, está sob ataque a partir de uma variedade de diferentes perspectivas teóricas⁴⁴. Na era da revolução da tecnologia da informação, a proteção dos indivíduos e de sua distinta identidade e potencial está novamente se tornando moda, ganhando importância sobre a busca de objetivos e interesses coletivos.

Pode ser que a abordagem relacional do direito da responsabilidade civil leve a uma alocação de danos socialmente ineficiente. Entretanto, é difícil argumentar contra o fato de a responsabilidade civil ser o mecanismo original e, ainda, o único disponível para uma alocação moralmente aceitável de imputação pessoal pelas consequências danosas de suas condutas ilícitas. Se uma questão não tem nada a ver com moralidade, ela não deveria ser uma questão de responsabilidade civil (por exemplo, salvo melhor juízo, acidentes por erro inevitável devem ser deixados para esquemas de fundos indenizatórios coletivos); inversamente, se uma questão é uma questão de responsabilidade civil, a dimensão moral não pode ser ignorada. Não se pode negar, além disso, que nos casos de atuação culposa existe uma clara dimensão moral, uma questão quanto à justiça do comportamento de uma pessoa frente ao de outra. Em contraste, a política jurídica não precisa necessariamente estar ligada ao senso comum de moralidade na comunidade, e muitas vezes os juízes revelam isso em seu raciocínio. No entanto, ao explicar a política da

⁴⁴ WEINRIB, E. J. *Thinking About Tort Law, cit.*, 717: forneceu uma análise influente das concepções relacionais e instrumentais do direito da responsabilidade civil.

lei, os juízes só parecem confortáveis quando usam a linguagem moral da tradicional norma da culpa. Uma expressão comum é que seria “inadequado, injusto e desarrazoado” (*unfair, unjust and unreasonable*) impor ao réu o dever de indenizar o autor da ação, exceto nos casos em que a pretensão é acolhível, mais uma vez, precisamente porque se diz que é “adequado, justo e razoável” que o réu pague⁴⁵. E um sentido mais amplo, isso não é surpreendente: argumentos econômicos ou quaisquer outros argumentos pragmáticos ou técnicos, desprovidos de linguagem moral, simplesmente não são suficientes para explicar às partes, e à comunidade em geral, o julgamento de uma corte de justiça. Como tem sido corretamente observado:

O texto legal constitui uma superfície material visível, uma moldura concreta, um corpo jurídico cuja função figurativa é a de representar uma ordem invisível, uma coerência espiritual, um dogma ou unidade que identificará e direcionará o pensamento ou a visão do sujeito de direito para sua imagem mítica lícita.⁴⁶

A importância da linguagem moral tradicional para a autoridade do texto judicial está bem ilustrada, entre outras, no *leading case* da Câmara dos Lordes, no caso *Spring v. Guardian Assurance Plc*⁴⁷. Ao aceitar a alegação do autor de que seu antigo empregador estava vinculado a um dever de cuidado para com ele, que lhe impedia de escrever negligentemente uma referência imprecisa em relação a ele que poderia ter custado seu novo emprego, a Câmara dos Lordes está mostrando nesse caso emoções sem precedentes nos registros de julgamentos da mais alta jurisdição do país. O julgamento de Lord Lowry, por exemplo, está cheio de tais emoções: a questão é certamente moral, e pelo menos ele não tinha dúvidas de que pode ser um equívoco que o direito da responsabilidade civil não reconheça uma pretensão de danos puramente econômicos, com base em uma política jurídica mais ampla, como, por

⁴⁵ Os tribunais frequentemente usam estas palavras para referir a existência de um dever de cuidado em casos de danos puramente econômicos, mas não somente nestes: veja, e.g., *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 A.C., 605 at 617 f. per Lord Bridge e 632 f. per Lord Oliver; *Spring v. Guardian Assurance Plc* [1994] 3 All E R, 129 at 161 per Lord Slynn e 176 per Lord Woolf.

⁴⁶ GOODRICH, P. *Jani anglorum: signs, symptoms, slips and interpretation in law*. In: DOUZINAS, C.; GOODRICH, P.; HACHAMOVITCH, Y. *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies*. London, 1994, 107-135.

⁴⁷ [1994] 3 All E R, 129.

exemplo, aquela ditada por previsões de repercussões adversas de mercado, de base duvidosa⁴⁸.

A política jurídica expressa em termos morais precisa ser explicada em termos morais. Entretanto, os demandantes em casos ingleses anteriores “clássicos” de danos puramente econômicos, tais como *The Aliakmon*⁴⁹, *Caparo*⁵⁰ e *Murphy*⁵¹ (para mencionar alguns *leading cases* entre muitos), não foram informados em termos morais por juízes que rejeitaram suas pretensões porque seria “inadequado, injusto e desarrazoado” (*unfair, unjust and unreasonable*) compelir os demandados a pagar pelos danos sofridos pelos autores, quando tais danos resultassem não de erros inevitáveis, mas sim de negligência, pura e simples. Nestes, como em muitos outros casos de danos puramente econômicos, a política contrária à indenizabilidade de tais danos parece ter sido baseada em uma percepção dos juízes de que a injustiça da conduta do réu em relação ao autor era de menor importância, quando comparada quer com a injustiça da indenização para a sociedade, quer com a injustiça para o próprio réu ao impor-lhe uma responsabilidade maior do que aquela que poderia ser imposta a um terceiro. Entretanto, em tais casos, como, de fato, em todos os casos de responsabilidade civil, a base de uma decisão impondo uma responsabilização é explicada em termos da relação entre as partes, e os juízes frequentemente dizem que “a situação deve ser aquela que o tribunal considere ‘adequado, justo e razoável’ (*fair, just and reasonable*) que a lei imponha um dever de um

⁴⁸ Falando sobre um argumento de política jurídica contra a responsabilidade subjetiva por uma referência imprecisa mas não intencional, derivada de uma suposta necessidade de proteger o adequado âmbito dos ilícitos de difamação e injúria, ele disse: “*This argument falls to be considered on the assumption that, but for the overriding effect of public policy, a plaintiff who is in the necessary proximate relation to the defendant will be entitled to succeed in negligence if he proves his case. To assess the validity of the argument entails not the resolution of a point of law but a balancing of moral and political arguments. This exercise could no doubt produce different answers but, for my own part, I come down decisively on the side of the plaintiff*”: [1994] 3 All E R, 129, 152. E então ele se revelou, coisa sem precedente para um magistrado em sua posição, abertamente emocional: “*One the one hand looms the probability, often amounting to certainty, of damage to the individual, which in some cases will be serious and may indeed be irreparable. The entire future prosperity and happiness of someone who is the subject of a damaging reference which is given carelessly but in perfectly good faith may be irreparably blighted. Against this prospect is set the possibility that some referees will be deterred from giving frank references or indeed any references... I am inclined to view this possibility as a spectre conjured up by the defendants to frighten your Lordships into submission*”: [1994] 3 All E R, 129, 153.

⁴⁹ [1986] A.C., 785.

⁵⁰ [1990] 2 A.C., 605.

⁵¹ [1991] 1 A.C., 398.

determinado âmbito ‘a uma parte em benefício da outra’” (grifo do autor)⁵². A importância de obter o equilíbrio adequado, primeiro e acima de tudo, entre o autor e o réu, e então considerar, para o propósito de restringir o âmbito da responsabilidade, efeitos frente a terceiros, é a base do julgamento de Lord Woolf no caso *Spring v. Guardian Assurance Plc*. Ao julgar favoravelmente ao autor, ele disse: “Responsabilizar um empregador por uma referência imprecisa, mas somente na hipótese dele ter sido negligente, é, eu sugeriria, totalmente justo”. Isso equilibraria os respectivos interesses do empregador e do empregado. “Seria um desenvolvimento da responsabilidade subjetiva, em acordo com os princípios que devem controlar seu desenvolvimento”⁵³.

7 AS FUNÇÕES SOCIAL E MORAL DA INDENIZAÇÃO

O cenário não é diferente nos Estados Unidos. Como Gary T. Schwartz apontou: “Grande parte da doutrina norte-americana sobre responsabilidade civil é atualmente afetada por um debate geral sobre se é a eficiência ou a justiça que deve fornecer o critério adequado para as teorias envolvendo a responsabilidade civil”⁵⁴.

Ernest J. Weinrib, um dos teóricos mais influentes da responsabilidade civil contemporânea, e um dos principais defensores da prevalência, na responsabilidade civil, de ideias de justiça corretiva sobre objetivos sociais e eficiência de mercado, é enfático:

Talvez... devêssemos substituir a responsabilidade civil por um regime de fundos indenizatórios públicos. Talvez também, benefícios mais generosos no âmbito de políticas de bem-estar social, especialmente seguro saúde, aliviariam a tentação [...] de usar decisões de responsabilização civil para proporcionar o que o processo político tem negado. Mas a responsabilidade civil é fundamentalmente relacional: ele pressupõe

⁵² [1990] 2 A.C., 605 at 617 f. *per* Lord Bridge; citado, com aprovação, por Lord Slynn of Hadley in *Spring v. Guardian Assurance Plc*, [1994] 3 All E R, 129-161.

⁵³ [1994] 3 All E R, 129-172.

⁵⁴ The Economic Loss Doctrine in American Tort Law: Assessing the Recent Experience. *In*: BANAKAS, E. (ed.). *Civil Liability for Pure Economic Loss*. London/Boston, 1996, ch. 5.

um vínculo normativo que destaca e conecta as partes individualizadas ao litígio.⁵⁵

É bem possível que o Direito anglo-americano da responsabilidade civil em geral e a responsabilidade subjetiva em particular estejam voltando à ortodoxia de sua função tradicional como formas de importar e introduzir considerações morais na vida social e econômica. Isso, se acontecer, seria um notável distanciamento da filosofia instrumental-utilitarista prevalecente nos últimos anos. Assim, se o direito da responsabilidade civil, qualquer que seja a tradição jurídica, ainda estiver fundamentado em um sentido moralista, não deixará de depender da efetividade de uma compensação monetária (material) para ter qualquer efeito. A reparação monetária, em vez de simpatia, é a que as vítimas desejam. Como brilhantemente disse Jhering há muito tempo, a indenização monetária pelos danos sofridos, incluindo danos pessoais imateriais, é um fundamento indispensável da conduta em sociedade, tanto na sociedade antiga quanto na moderna. O dinheiro é a única recompensa igual e perfeita ao que realizamos, ou o equivalente aos danos que sofremos, nas relações sociais. Era evidente para Jhering que a violação de qualquer interesse pode gerar o dever de indenizar; na verdade, que a reparação sob a forma de compensação monetária é fundamental para todo tipo de relação social⁵⁶.

Não há ideia, como a de reparação, que seja para os seres humanos algo tão imprescindível.⁵⁷

Somente o dinheiro é capaz de realmente resolver os problemas das relações intersubjetivas, ou seja, estabelecer o verdadeiro sistema de satisfação plena garantida das necessidades humanas [...] O dinheiro satisfaz cada necessidade, da mais nobre à menos, e em qualquer grau calculável, tanto a mais elevada necessidade quanto a menor⁵⁸. Nossa liberdade e independência pessoal consiste em poder e ser

⁵⁵ WEINRIB, E. J. *Thinking About Tort Law*, cit., 717; ver, também, seu livro *The Idea of Private Law* (Cambridge Mass., 1995).

⁵⁶ VON JHERING, R. *Der Zweck im Recht*. Leipzig, I, 1877.

⁵⁷ *Id.*, *Der Zweck im Recht*, cit., p. 124: “Não há nenhuma ideia tão persuasiva para o homem como a da equalização”.

⁵⁸ *Id.*, *Der Zweck im Recht*, cit., p. 127.

obrigado a pagar [...] o dinheiro não só nos garante a nossa independência financeira, mas também a nossa independência não material.⁵⁹

A ousada afirmação de Jhering sobre uma natureza humana baseada em interesses voltados a recompensas econômicas ou indenizações monetárias implica que o direito deve visar à compensação econômica em caso de violação de interesse tanto material quanto moral, e justifica o regime aberto e amplo de indenização da tradição jurídica francesa, que coloca a compensação de danos não materiais no mesmo patamar da reparação de danos materiais. Todo dano tem uma dimensão social e econômica, não menos importante do que sua dimensão pessoal e íntima. É por causa dessa dimensão que a responsabilidade civil propicia uma indenização. Em razão do dano, e não em razão da ofensa ao princípio, como diz a Corte de Cassação francesa. Se o dano pode ser causado por um homem a outro, a responsabilidade civil continuará sendo indispensável, e questões secundárias como os custos de transação e outros custos sociais, por mais importantes que sejam, continuarão sendo secundárias⁶⁰. Mas como já foi apontado por Jhering, a compensação não é apenas um dever, mas também um direito⁶¹, tornando possível para a comunidade escolher entre riscos aceitáveis e inaceitáveis, e maximizar a liberdade de ação.

Aclamada como a “Jurisprudência da Esperança”⁶² pelos entusiastas da busca de “uma justiça e um direito mais justos”, o direito da responsabilidade

⁵⁹ *Id.*, *Der Zweck im Recht*, cit., p. 128.

⁶⁰ O ápice da “cultura da compensação” parece ter terminado e as questões relacionadas aos custos muitas vezes elevados de um litígio parecem ter sido resolvidas pelo amplo uso de acordos indenizatórios baseados em danos (DBA - *damages based agreements*), pactos de *quota litis*, agora incorporados ao Direito inglês pela *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* (LASPO), que entrou em vigor em 1º de abril de 2013. Resta, no entanto, o importante problema das pequenas pretensões de reparação de danos que permanecem sem solução satisfatória.

⁶¹ Immanuel Kant (em *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, *passim*) considerou o “direito de estar (e agir) errado” como uma pedra angular da autonomia moral individual (se, pode-se acrescentar, os indivíduos estão preparados para pagar o preço [monetário] por agir errado, como demonstra o antigo delito romano de *iniuria*).

⁶² Ver LAMBERT JR., T. F. *The Jurisprudence of Hope*. *J. Am. Trial Law. Ass’n*, 31, 1965, 29; ver, também, RUSTAD, M. *The Jurisprudence of Hope: Preserving Humanism in Tort Law*. *Suffolk U.L. Rev.*, 28, 1994, 1099. Também se reconhecem qualidades “terapêuticas” à responsabilidade civil. Ver: FELDTHUSEN, B. *The Civil Action for Sexual Battery: Therapeutic Jurisprudence?* *Ottawa L. Rev.*,

civil, sendo descrito como um direito público disfarçado⁶³, funciona “como um compensador, um dissuasor, um educador, um terapeuta psicológico, um regulador econômico, um *ombudsperson*, e um instrumento para empoderar os lesados a ajudarem a si mesmos e a outras vítimas potenciais de todo tipo de ilícitos danosos em nossa sociedade”⁶⁴.

Existe, no entanto, o perigo de que a função primária da responsabilidade civil como um mecanismo para recolocar as vítimas de danos na posição em que se encontrariam caso o ato ilícito não tivesse ocorrido seja desafiada pela proliferação de danos não compensatórios (*non-compensatory damages*)⁶⁵ e sua crescente utilização como único remédio frente ao ilícito em situações em que o direito penal não funciona, como, por exemplo, violações dos direitos humanos pelas autoridades públicas⁶⁶. A Corte de Cassação francesa percebeu esse perigo ao desconstituir a já mencionada decisão de uma corte inferior reconhecendo

25, 1993, 203; WEINRIB, E. J. Understanding Tort Law. *Valparaiso Univ. L. Rev.*, 23, 1989, 485, exagera em seu entusiasmo. Ele afirma: “Explicar o amor em termos de fins posteriores é necessariamente um equívoco, porque uma relação amorosa não tem um fim ulterior. O amor é seu próprio fim. A esse respeito, a responsabilidade civil é como o amor”. *Id.*, *Understanding Tort Law*, *cit.*, 526.

⁶³ LINDEN, A. M. *Viva Torts*. *J. High Tech. L.*, 5, 2005, 139, 142 (citando Tom Lambert). Assim, em países de tradição jurídica francesa com sistemas altamente desenvolvidos de responsabilidade civil administrativa (pública), os tribunais administrativos acolhem pretensões indenizatórias por violações de direitos coletivos: ver HENAO, J. C. *Collective Rights and Collective Actions: Samples of European and Latin American Contributions*. In: STUART MADDEN, M. (ed.). *Exploring Tort Law*, 2005, 426, sobre as *acciones populares*, um instrumento administrativo que desempenha funções semelhantes às ações coletivas. Para outra visão da função pública da responsabilidade civil nos EUA, veja: CALABRESI, G. *The Complexity of Torts-The case of Punitive Damages*. *Exploring Tort Law*, *cit.*, 333, argumentando à página 337 que a primeira função da responsabilidade civil é fazer cumprir as normas da sociedade por meio de um uso de um “*private Attorney’s General*”.

⁶⁴ LINDEN, A. M. *Viva Torts*, *cit.*, 143.

⁶⁵ No momento da redação deste artigo, o Direito inglês reconhece quatro tipos diferentes de danos não compensatórios (*non-compensatory damages*). Além da prática antiga e bem estabelecida de indenização punitiva (*punitive damages*) utilizada principalmente para coibir abusos da autoridade pública e para neutralizar os lucros obtidos pela prática do ilícito, mais três tipos de danos não compensatórios estão em uso: *contemptuous*, concedido quando o autor ganha o caso, mas o tribunal não ficou muito convicto sobre o mérito da ação (geralmente em difamação); *nominal*, ou seja, £1, concedido quando os direitos de uma pessoa foram violados, mas não sofreu ela nenhuma perda real (correspondendo aos *dommages symboliques* franceses); *vindictive*, quando um direito fundamental é violado, ou seja, um dos direitos protegidos pela Lei de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act 1998*) (ver *Faulkner, R (on the application of) v. Secretary of State for Justice and another* [2013] UKSC 23).

⁶⁶ O papel crescente da responsabilidade civil como remédio disponível para os cidadãos da UE e terceiros para confrontar atos ilegais quanto legais dos órgãos da UE e governos nacionais que lhes causam danos é outro exemplo do uso da responsabilidade civil como “último recurso” (*last-resort*) como mecanismo de justiça reparadora em sociedades abertas complexas: veja o excelente

apenas *dommages symboliques*, e reafirmar a regra da reparação integral, ao mesmo tempo em que rejeitou uma indenização meramente simbólica por ofensa a “princípios”, no caso de violação de direitos humanos⁶⁷. Somente uma sentença baseada no princípio da reparação integral pode neutralizar a vantagem injusta obtida pelo agente lesivo sobre sua vítima, como é o cerne da responsabilidade civil. As preocupações sobre a avaliação dos danos imateriais, muitas vezes o tipo mais importante de dano causado às vítimas, precisam ser enfrentadas, mas não devem perturbar a importante função social (e moral) da indenização, tão brilhantemente defendida por Jhering há muitos anos.

Submissão em: 04.04.2023

Avaliado em: 10.04.2023 (Avaliador A)

Avaliado em: 06.04.2023 (Avaliador B)

Aceito em: 10.04.2023

resumo de um relatório publicado pelo Tribunal de Justiça Europeu em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630333/EPRS_BRI\(2018\)630333_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630333/EPRS_BRI(2018)630333_EN.pdf) (last accessed 02.08.2019).

⁶⁷ Em *Michael and others v. The Chief Constable of South Wales Police and another* [2015] UKSC 2, a Suprema Corte do Reino Unido, com base nos princípios fundamentais da responsabilidade subjetiva, negou mais uma vez o direito dos cidadãos de buscar uma reparação integral da polícia, em razão de uma violação culposa de seus direitos humanos, mas não fechou a porta a uma possível pretensão por “*vindictive damages*” por tal violação, nos termos da Lei de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act 1998*). O valor de tais indenizações é tabelado.