

Dossiê

II Congresso Internacional de Direito e Inovação

Desafios contemporâneos na Responsabilidade Civil

TULA WESENDONCK*

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora Permanente do Programa em Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora Adjunta de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Integrante do Instituto de Estudos Culturalistas e da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Pesquisadora no Direito Privado, com ênfase em Direito Civil.

Drª Tula Wesendonck

Eu gostaria, inicialmente, de agradecer efusivamente ao professor Daniel, à professora Joyceane e ao professor Sérgio, pela organização desse evento, que está sendo um evento muito bacana, tendo vários expoentes do Direito Civil e a possibilidade que eu vou ter aqui de dialogar com a posição, que é uma posição um pouquinho diferente do que a minha em relação à reforma do Código Civil, que é o que eu vou passar para vocês posteriormente. Então, cumprimento também os colegas de mesa, o professor Carlos, a professora Fernanda, o professor Rocco. Muito prazer. E passo então a fazer a minha exposição.

Bom, o tema da minha apresentação é “Desafios contemporâneos na responsabilidade civil”. E o maior desafio que nós temos hoje na responsabilidade civil, no meu entendimento, e não só no meu, mas de muitas pessoas que estão preocupadas com os rumos do Direito Civil, é relacionado à proposta de reforma do Código Civil. Por isso, a minha exposição vai ser centrada nesse ponto. Essa exposição ela não tem como objetivo fazer nenhum ataque pessoal a qualquer membro da comissão. Ela tem por objetivo somente apontar algumas das reflexões de uma professora de Direito Civil e especialmente de responsabilidade civil. A fala vai na direção de muitos dos eventos que a gente tem visto que têm sido promovidos com o objetivo de discutir essa proposta de reforma do Código Civil, principalmente no âmbito da responsabilidade civil. A exemplo disso, nós tivemos ontem um evento que foi organizado pelo IDIP, juntamente com a Universidade Federal de Minas Gerais e também no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que tratou especificamente sobre a responsabilidade civil.

E é claro que não é possível fazer a análise aqui de todos os artigos da responsabilidade civil numa exposição de vinte minutos. Então, a gente fez uma discussão dessa reforma, dessa proposta de

reforma no meu grupo de estudos que eu coordeno na UFRGS, que é o Grupo de Estudos de Responsabilidade Civil. E nós demoramos mais de dois meses em encontros semanais para fazer a análise de todos os artigos e das implicações desses artigos. Então, aqui eu vou passar somente alguns dos pontos que a gente tem discutido nesse grupo.

Então, o foco da palestra é analisar esses pontos, que são os pontos mais controvertidos e problemáticos da proposta de reforma do Código Civil. E eu inicio a minha apresentação fazendo uma citação ao professor Fernando Noronha. Ele tecia uma série de críticas ao Código Civil de 2002 e ele fazia essas críticas e ele apontava as críticas considerando as deficiências que o Código Civil de 2002 tinha por omissão. E logo na sequência dessa apresentação que ele fazia, ele relativizava a própria crítica, referindo que, ao longo do prazo, as possíveis omissões poderiam se revelar como uma estratégia benéfica e arrematava: “É preferível ter lacunas na lei do que ter que lutar contra regras inadequadas. As lacunas da lei hão de estimular os juízes sobre cujos ombros continuará recaindo a tarefa de encontrar as soluções normativas em falta, a criar o Direito de que a sociedade carecer.” E eu acho que essa reflexão que foi apresentada pelo professor Noronha, há muito tempo atrás, pode calhar agora.

Na mesma direção, na I Jornada de Direito Civil, a Comissão de Juristas fez uma moção que fez questão de incluir a matéria de responsabilidade civil. E nessa comissão que se discutia a respeito da possibilidade ou não de ampliar a *vacatio legis* da vigência do Código Civil, essa moção dizia o seguinte: “No que tange à responsabilidade civil, o novo Código apresenta, em geral, notável avanço, com progressos indiscutíveis, entendendo a Comissão que não há necessidade de prorrogação de *vacatio legis*. Ao ler essa fala do professor Fernando Noronha e também da moção que foi apresentada, acaba se tendo a necessidade de fazer um

questionamento: o que teria mudado nesses vinte anos ou um pouco mais de vigência do Código Civil para que fosse motivada a modificação radical de todos os dispositivos do título de responsabilidade civil. Todos foram modificados.

E aí poderiam dizer alguns: o Código Civil nasceu velho porque o texto que entrou em vigor em 2003 é da década de 1970 do século passado e por isso não está adequado aos problemas atuais. Outros poderiam referir: o Código não acompanhou a evolução da disciplina e da sociedade brasileira e, por isso, precisa de uma reformulação urgente. Esses argumentos vão na mesma direção dos apresentados na justificativa da Subcomissão de Responsabilidade Civil ao texto final da proposta de alteração do Código. Em determinada passagem, a justificativa da subcomissão afirma que, diferentemente da fertilidade legislativa atuante sobre vários setores do Direito Civil nos últimos vinte anos, na temática de responsabilidade civil, não houve sequer uma inovação legal. Em resumo, verifica-se um desajuste temporal de mais de cem anos. No entanto, esse desajuste temporal de mais de cem anos que é afirmado não existe de fato. E pior, a reforma, como se propõe, ela é inconveniente e perigosa.

A leitura isolada que se possa fazer desse argumento que é apresentado pela Subcomissão de Responsabilidade Civil, sem contextualizar com a realidade do Direito brasileiro e da legislação em vigor – se for considerar não só o Código Civil, mas o CDC – poderia justificar a que se entendesse que é necessária mesmo uma reforma com a envergadura que se propõe. No entanto, essa não é a realidade que nos pertence e isso parece ter sido muito bem percebido pelo professor Menezes Cordeiro, nesse mesmo evento que eu tinha comentado com vocês, num painel que era relativo à responsabilidade civil, que ele analisa as propostas de reforma do

Código Civil. E esse evento foi realizado agora em novembro deste ano em Lisboa.

E o doutrinador, então, depois de analisar os artigos, as propostas de reforma, ele faz algumas sugestões sobre a necessidade de rever o texto proposto. Por exemplo, para evitar aquilo que ele considera que seriam definições que podem vir a ser ultrapassadas pela doutrina e pela jurisprudência. E aí ele diz o seguinte: que deveria se fazer o uso de um sistema móvel para responsabilidade delitual, o que estaria mais afinado ao modelo seguido pelo Código Civil em vigor, que é composto de cláusulas gerais, com a finalidade de permitir a mobilidade do ordenamento jurídico. Além disso, além desse aspecto que a gente pode considerar não só no que se refere a essa posição doutrinária, a moção que foi feita também nos enunciados interpretativos do Código Civil na Primeira Jornada, a gente também precisa prestar atenção em relação ao escasso tempo que nós temos visto para a discussão das matérias objetos da proposta.

Se a gente for comparar a reforma do Código Civil francês na parte de responsabilidade civil – não estou nem falando dos outros dispositivos, mas a parte de responsabilidade civil – com o tempo que nós temos para a reforma de todo o Código Civil, a diferença ela é abismal, é muito grande. Então, no Código Civil francês, nós tivemos no mínimo vinte anos de discussão para que se fosse votada a proposta de alteração do Código, que acabou culminando com uma reforma que foi uma reforma mínima, que foi aprovada agora no ano de 2024. Então, em 15 de abril de 2024 foi alterado um artigo do Código Civil francês que trata especificamente sobre as perturbações nos casos de vizinhança e que específicas normas a respeito da responsabilidade civil. E essa norma mesmo, que é uma norma muito pequena, porque em tese aplicava aquilo que já vinha da posição jurisprudencial, ela acabou sendo considerada como um grande

problema no Direito francês, porque foi trazida para a parte de responsabilidade civil. E muitos doutrinadores já têm publicado artigos no Direito francês criticando essa reforma. Porque essa reforma ela foi introduzida na parte de responsabilidade civil e da maneira como ela foi colocada, ela acaba demonstrando que o proprietário teria somente uma tutela, ou seja, a remoção do ilícito seria somente baseada na remoção na responsabilidade civil. Não teria outras formas de remoção do ilícito como, por exemplo, a recomposição do estado anterior, no que se refere à possibilidade de retirar essa perturbação anormal de vizinhança.

Além disso, é necessário também perceber que, no Direito francês, essa elaboração legislativa foi acompanhada também de uma forma muito atenta e muito próxima pela doutrina francesa, com apresentações de trabalhos, discussão, amplo debate e que não foi considerado esse amplo debate, como a tomada de um ataque pessoal a qualquer proposta de legislação, mas sim que era necessário se fazer uma discussão a respeito dos melhores rumos que fossem tomados pela legislação. Então, esse é um aspecto que a gente tem que levar em consideração. O tempo que foi utilizado para que fosse feita essa alteração no Código Civil francês, o debate que ocorreu lá, e qual foi o resultado? Me parece que o Código Civil francês é muito mais antigo do que o nosso. E nós temos um Código que é de vinte anos e parece muito prematuro. Nós temos essa ideia de que seria necessário fazer essa alteração de uma forma tão radical num prazo muito curto, que é o que foi destinado à comissão que vai fazer as propostas de reforma.

Então, quando a gente analisa um quadro comparativo e depois, se vocês quiserem, a gente tem um quadro comparativo, inclusive com pontos em vermelho. Posso passar para vocês esse quadro do que foi alterado. É possível perceber que nenhum artigo da responsabilidade civil ficou imune à proposta de modificação.

Nenhum. E mais do que isso, nós vamos ter várias modificações, não só no sentido de alterar os dispositivos. Não é uma alteração somente quantitativa, mas qualitativa, com inclusão de outros dispositivos em alíneas, parágrafos, incisos e que nós temos alguns aspectos e normas que são até estranhas ou incompatíveis com o nosso ordenamento jurídico e com a cultura jurídica brasileira e romano-germânica.

Então, as propostas podem ser categorizadas da seguinte maneira e aí eu vou passar agora a apresentação no que se refere em títulos. O primeiro título seria a revogação de texto. Nós tivemos a revogação dos artigos 933, 952 e 953. E a primeira ideia que se pode imaginar é que foi retirado. Aí foi retirado, então foi diminuído. Não, foi retirado. Não há uma justificativa para retirada desses dispositivos pela Comissão, pela subcomissão e, além disso, foram incluídos no lugar desses dispositivos anteriores números com novas alíneas. Então nós temos 933-A, 952-A e 953-A. E esses dispositivos tratam de matérias que são completamente distintas ao que nós tínhamos na legislação original, ou seja, é um artigo que foi colocado ali e que trata de uma matéria que é uma matéria completamente nova. Ele vem em substituição ao anterior, mas uma matéria que é completamente nova e isso subverte a lógica e a sistematização para modificação de uma norma vigente. Segundo o acréscimo das disposições, ele tem que acompanhar o regramento da matéria já legislada. Então, esse é o primeiro problema que a gente tem.

O segundo problema, que é apontado em relação a essa proposta de modificação, é que nós tivemos a retirada de alguns termos que eram constantes no dispositivo da legislação em vigor e inclusão de alguns termos que podem gerar um sentido ou então uma interpretação diversa daquilo que foi proposto pelo legislador de 2002. E aí, no artigo 927 do Código Civil, que trata sobre a obrigação de reparar, simplesmente diz que aquele que causar dano

deve reparar, mas foi retirado do dispositivo o termo ilícito. Então, a partir desse dispositivo, nós poderíamos chegar à seguinte conclusão de que qualquer tipo de dano haveria, então, a necessidade de reparação, mesmo que não houvesse o requisito da ilicitude ou antijuridicidade. Então, esse é um dos problemas que nós temos aqui, que parece que é pouca coisa, mas não vai ter um grande problema.

Outro problema é relacionado ao artigo 927-B, em que a subcomissão retira a palavra “normalmente” daquela disposição que trata sobre o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil em vigor, que trata da atividade normalmente desenvolvida. Essa expressão “normalmente” limitava a regra geral da responsabilidade civil objetiva nos casos de risco de atividade, somente para grupos de atividades, assim reconhecidos pela jurisprudência e pela doutrina como normalmente geradoras de risco aos moldes e uma tipificação de atividades de risco. Ou seja, a partir do momento em que se retira essa expressão “normalmente” nós vamos ter uma ampliação, uma porteira aberta para quem quiser passar. E aí também a gente tem um grande problema.

No artigo 931 do Código Civil foi introduzido o termo “fabricante” em vez de “empresas” e “empresários” e houve o acréscimo de um parágrafo único que submete a responsabilidade civil a defeito do produto, repetindo a disposição do artigo 12 e do inciso III do Código de Defesa do Consumidor. Foi incluída também a expressão “momento em que foi colocado em circulação”, lá no artigo 931. O artigo 931 é um dispositivo que trata sobre a responsabilidade pelo fato do produto posto em circulação. O fato de ter sido colocada essa expressão “momento em que foi colocado em circulação” pode reacender, dentro do Direito Civil, uma discussão sobre a viabilidade da incidência da responsabilidade civil pelos danos derivados dos riscos do desenvolvimento. E é uma matéria que é extremamente importante se a gente for pensar sob o ponto de

vista da reparação integral. Se eu for pensar: bom, a justificativa é a necessidade de mudar o Código Civil, porque precisa ter uma reparação integral para que a vítima possa alcançar essa reparação de forma mais efetiva. Bom, então esse dispositivo precisa ser adequado no sentido de não trazer uma discussão a respeito dos riscos do desenvolvimento. Se o objetivo é proteger a vítima de forma efetiva.

No §1º, o texto que é proposto na reforma do artigo 927-B diz que vai se impor a responsabilidade civil, mesmo que não tenha defeito. E aí essa disposição vai fazer com que nós tenhamos um regime de responsabilidade civil que é mais rigoroso do que o próprio CDC. Ou seja, dentro de uma relação que é uma relação entre iguais, nós vamos ter um regime de responsabilidade civil que vai ser mais rigoroso, que é o regime de responsabilidade civil, que é do CDC, que é uma relação assimétrica, que é uma relação que está diante do consumidor e do fornecedor. Então, aqui a gente tem um problema, inclusive de sistemática. E, além disso, esse dispositivo, artigo 927-B, ele vai ter uma incongruência e vai ser incompatível com o artigo 931, porque no 931 diz que a responsabilidade depende de defeito, que é no caso do risco do produto, mas no risco da atividade não depende de defeito. Então a gente vai ter uma incongruência em relação a esses dispositivos. Sem contar que o fato de a gente trazer para dentro do Código Civil dispositivos que estão lá no CDC vai fazer com que a gente tenha como efeito uma consumerização das relações civis e empresariais. A gente tem que sempre fazer a separação entre os modelos jurídicos. Quando a gente tem normas que tem por objetivo separar a responsabilidade civil, que é a responsabilidade civil nas relações civis e empresariais da responsabilidade civil que é lá do Direito do Consumidor, isso não é à toa. É porque no Direito do Consumidor nós precisamos ter uma proteção distinta, considerando que as relações não são simétricas,

elas são relações assimétricas.

O outro ponto que é importante também levar em consideração é a inclusão de expressões e institutos jurídicos que são estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro ou então com eles são incompatíveis. Então, conceitos novos, muito indeterminados e que haverá uma dificuldade muito grande para definir, no caso concreto, qual vai ser a sua extensão. No parágrafo primeiro do artigo 927-B, de novo – um artigo muito problemático – é incluído no texto a expressão “essencialmente perigosa”, “risco especial e diferenciado”, que são adjetivações, modalidades, terminologias que não são usuais e geram dúvida e insegurança jurídica, já que não há nenhum elemento na legislação que possa indicar o que é que significam e como é que devem ser delimitadas. No mesmo parágrafo, o texto proposto ainda inclui como critério para avaliação do risco a estatística e a prova técnica e a experiência, induzindo o intérprete a adoção da teoria do nexo causal probabilístico, que conduz à presunção do nexo causal. E aí a gente tem um problema que é o seguinte – é claro, temos o caso lá do Rio Grande do Sul, que o professor tinha comentado anteriormente, que é um caso específico em que foi levado em consideração a probabilística para que se tivesse a incidência da responsabilidade civil. Mas esse é um caso específico. Aqui no artigo está se criando como se fosse uma regra geral, uma matéria que não é consolidada dentro do nosso ordenamento jurídico como uma nova modalidade de requisito para a responsabilidade civil, da forma de tratar o nexo de causalidade.

O §2º estabelece o grau de risco como critério para definir o valor da reparação. Então, não há qualquer justificativa ou fundamentação da comissão para o dispositivo. O texto proposto é uma tese jurídica e a gente não consegue ver nas referências da justificativa da comissão de onde é que vem essa tese jurídica, uma inovação completa. A matéria não é sequer objeto de discussão na

doutrina e a sua inserção na legislação subverte totalmente o sistema jurídico, gerando implicações sistêmicas, negativas e insegurança jurídica. Não há fundamento ético ou justificativa para considerar o grau de risco como um critério para dimensionar o dano. O dispositivo é um retrocesso, pois há flagrante abandono do princípio da reparação integral. Além de retrocesso, fica evidente a antinomia ou incongruência do texto com o caput do artigo 944 do Código Civil. O 944 do Código Civil inclui normas bem impactantes sobre a indenização.

Eu concordo com o Professor Carlos, é realmente um dos artigos que traz disposições bem impactantes. E nesse dispositivo a gente consegue perceber uma inclusão de um critério, uma indenização com caráter punitivo, uma indenização punitiva, que é a matéria que é rechaçada pelos países do sistema da Civil Law e mesmo nos países da Common Law não é considerado como pacífico, sem que haja objeto de discussão e ainda assim aplicada de forma muito restrita para alguns casos específicos, não de forma genérica. E aqui está se tentando criar uma regra geral, uma cláusula geral para que se defina esse modelo de reparação. E nesse aspecto, é bem interessante a gente ver que no Código Civil francês se tentou incluir uma possibilidade de pena civil, e essa disposição foi retirada do anteprojeto e depois nem se discutiu mais no anteprojeto sobre essa matéria. Então, além disso, o artigo 944-A agrava essa sanção punitiva em até o quádruplo dos danos fixados. Então, a gente tem disposições que são disposições bem complicadas.

Além disso, a gente tem disposições que contrariam outras normas que são previstas na legislação vigente ou até mesmo com o texto que foi o texto final proposto pela Comissão. Ou seja, não há combinação entre os artigos. E aí, nesse sentido, a gente pode citar o artigo 944, §2º, que foi incluído lá no enriquecimento sem causa, o lucro da intervenção e que nessa disposição não há uma ideia de

alternativa entre o lucro da intervenção, entre a restituição e a reparação, que são coisas distintas. Uma coisa é restituir e outra é reparar. Nesse dispositivo não tem a disposição a respeito de alternativa. No entanto, lá na responsabilidade civil em que se visa dar uma proteção mais adequada e mais ampla, o princípio da reparação integral existe no artigo 944, §2º, a criação de uma alternativa. O artigo lhe estabelece uma alternativa, ou seja, lá no §2º vai dizer em alternativa à reparação dos danos patrimoniais. E aí depois diz, no final, que a vítima pode buscar os lucros ou vantagens auferidos, ou seja, se referindo aos lucros da intervenção.

Além disso, a gente tem uma disposição que contraria o artigo 403. Nesse artigo 944 contraria o artigo 403, porque o 944 diz que seria imposta a responsabilidade civil no caso de danos indiretos. E esse dispositivo contraria o artigo 403 do Código Civil, que diz que somente os danos diretos imediatos devem ser reparados. E aí eu não vou conseguir apresentar todos os problemas que eu tinha referido anteriormente. Mas é necessário, então, a título de conclusão, entender que a impressão que a gente tem quando faz a leitura do livro de responsabilidade civil da proposta que foi feita para alteração é que houve realmente um empenho da subcomissão de propor um novo código na parte de responsabilidade civil. Não é uma reforma, é um novo código, é uma nova legislação, completamente nova, não é uma reforma. E aí, por isso, considerando que é um novo código, a gente precisaria de uma discussão mais aprofundada.

E chama a atenção também o modelo que foi adotado para a redação que a subcomissão parece exercer um papel que é um papel de doutrinador, não do legislador, porque isso também foi objeto de uma dura crítica que foi feita pelo professor Menezes Cordeiro, quando ele analisou a reforma, ele dizia que a proposta da reforma ela é imensa e que pode implicar em vários problemas que vai ter a

repercussão em cadeia. E o professor Menezes Cordeiro dizia, a respeito dessa proposta de alteração legislativa, que, às vezes, por menor que seja uma alteração, uma vírgula pode dar uma interpretação distinta. E que ele advertia ainda mais em relação a esse aspecto de conceituar. Ele dizia: "A lei comanda, mas não teoriza. Aproveitar reformas para fazer doutrina é inadequado." E é o que a gente tem visto aqui nessa proposta do Código Civil brasileiro. Então, aqui são algumas das inquietações que nós temos em relação a essa proposta de alteração do Código Civil. E peço desculpas por ter tomado o tempo de vocês.

Muito obrigada!

