

Opinião: A culpa como elemento subjetivo da responsabilidade



Algumas teses recentes discutiram a culpa e sua

atual função. A vida moderna, os fatos modernos criadores de normas e leis específicas trouxeram um crescente mecanismos de responsabilidade objetiva, com aparente morte da culpa¹. Existe, de fato, uma inversão de tendência na “compreensão” dos comportamentos (especialmente nas relações contratuais) e das consequentes responsabilidades que tende a marginalizar a culpa a favor da mais “fria” e “impessoal” responsabilidade objetiva. Na esteira de simplificar a linguagem jurídica tradutora dos fatos sociais, ou reguladora dos mesmos fatos, olvidou-se que a vontade, que em nosso entender é culpa e vice-versa, sempre foi a dinamizadora do agir do Sistema Jurídico ou do Ordenamento Jurídico².

Sem a existência da Vontade, o Direito é neutro. Se adotarmos um ponto de vista de Lourival Vilanova, vemos que o direito é “um Sistema de normas diretivas da conduta humana, cuja inobservância é sancionada e, ainda, dotadas essas normas de uma organização no emprego da coação”³. Então o Direito é um sistema que atenta a conduta humana e se efetiva mediante prescrições primárias, que são deveres e sanções que devem ser espontaneamente cumpridas, lançando mão de prescrições secundárias, que podemos chamar de Força, para serem aplicadas em caso de descumprimento.

O Direito em forma de prescrição ou consequências de condutas humanas apenas tomará a Força, ou seja, as prescrições secundárias, quando o sujeito do Direito deixar de cumprir as regras de conduta e assim o fazendo, não cumprir as sanções de forma voluntária. Portanto o Direito espera de cada qual uma vontade, um agir a partir da Vontade, seja no atinente as regras de conduta, seja no cumprimento da sanção.

Lourival Vilanova, enxergou o Direito por dois ângulos, um como um Sistema Normativo, vinculando as formas de agir, e de outro lado como um sistema de condutas ou que ele chama de ordenamento. No ordenamento está a efetivação do sistema de normas, onde irá dinamizar, cumprimento das regras, e neutralidade da sanção, descumprimento das regras e voluntariedade no cumprimento da sanção, ou Força, quando a sanção não é seguida de forma voluntária;

O Direito, portanto, para o autor, dá a voluntariedade uma primazia máxima, quase um deixar de agir do sistema e do ordenamento, quando as vontades são manifestas. O agir do Direito sem a existência da vontade, ou sem a manifestação da vontade, é o agir da sanção. O agir sem vontade, como já dissemos alhures, é o agir sem culpa, porque culpa é em primazia vontade.

O agir do Direito sem a vontade foi preconizado nas teorias de “responsabilidade objetiva” ou “sem culpa” é, de fato, suficiente demonstrar a relação entre dano e ação, ou seja, a existência do nexa causal. Mas de início a teoria previa um agir anterior a responsabilidade objetiva, ou seja, o agente manifestou sua vontade ao elaborar um “negócio jurídico” e para tanto assumiu consequências de fatos que poderiam ocorrer, sem que só vontade fosse manifesta diretamente para configuração do nexa causal. Precisa unicamente demonstrar a subsistência do comportamento que corresponde a quanto descrito pela *fattispecie* normativa para configurar responsabilidade⁴.

A responsabilidade objetiva se aplicam onde haja previsão legislativa ou *quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem* (art. 927, § PU, CC). É para facilitar o agir do Direito e não somente para punir a “ausência de conduta humana” desprovida da vontade. A premissa não é a ausência de vontade e sim, de uma manifestação de vontade anterior, com o objetivo de efetivação da justiça contratual. É o objetivo e não ao consequência que se procurou proteger.

A *ratio* está muito bem descrita e justificada — a nosso modo de entender — pela exigência pela qual “a efetivação da justiça contratual exige, assim, que o respeito da força obrigatória se sujeite a um pressuposto prévio: a presença e(ou) a manutenção da equivalência entre as prestações reciprocamente consideradas em perspectivas genéticas e funcional”⁵. Não por acaso, a previsão normativa ou legislativa usualmente se insere em contextos nos quais tem forte “desequilíbrio” nas relações contratuais (o exemplo mais importante é representado com certeza pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, que não deixa de ser lei especial).

A ideia de escrever sobre o presente tema nasceu como resposta à provocação: “frente a esta situação de proliferação de normas que inserem mecanismos de responsabilidade objetiva, faz hoje ainda sentido apelar à culpa e(ou) ao seu “resgate”?”

A conceptualização jurídica da culpa é bem antiga, sendo tratada em idade romana arcaica pela *Lex Numa Pompili*⁶. O famoso brocardo *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*⁷ (trad. livre: *se alguém mata com dolo e vontade um homem livre, comete crime de parricídio*) delinea — dentro do geral princípio de culpabilidade — o conceito de comportamento doloso: é a “intencionalidade da ação ou da omissão” que diferencia o dolo da culpa! Ainda, outro importante brocardo latino especifica: *magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est*⁸ (trad. livre: *a grande negligencia caracteriza culpa, enquanto a grande culpa concretiza dolo*

). Apesar de as fontes romanas clássicas aludirem a variedades de culpa, a sistematização foi realizada unicamente no período pós-clássico⁹ e pela sucessiva atividade interpretativa dos glosadores, que introduziram a teoria da tripartição ou critério da graduabilidade da culpa (culpa *lata, levis, levissima*)¹⁰. Todavia, o princípio da culpabilidade foi “institucionalizado” só mais tarde pela própria *Lex Aquilia* [em 286 a.C.], qual imprescindível elemento constitutivo da responsabilidade civil.

O *Code Napoléon* — paradigma das modernas codificações — afastou o tradicional critério (jus romano) da gradualidade da culpa, e atribuiu à mesma uma função mais “unitária” e “moralizadora”, de clara influência kantiana. Vale lembrar os ensinamentos do ilustre jurista francês Georges Ripert, o qual, se referindo à conceptualização *moralizadora* da culpa, frisa que “*a ideia de reparação é uma das mais velhas ideias morais da humanidade*”¹¹!

Em relação ao Código Civil Brasileiro de 2002, Orlando Gomes evidencia que — assim como no Código de 1916 — ao pronunciar as expressões *simples culpa; culpa e dolo* (veja-se art. 392 do CC) “reconhece” a ideia da gradualidade da culpa (dependendo da intencionalidade ou voluntariedade do comportamento) também pelo ordenamento brasileiro¹².

O instituto jurídico da culpa é (e sempre foi), assim, indispensável para definir os conceitos da responsabilidade pessoal, patrimonial, criminal, civil, contratual, extracontratual, subjetiva, objetiva, direta e indireta. Em âmbito civil, por exemplo, a culpa é adotada como regra geral para a imputação (i) da responsabilidade extracontratual (diferenciando a culpa subjetiva *ex. art. 927, § 1º CC* daquela objetiva *ex art. 927, § PU CC*), (ii) da responsabilidade contratual (art. 389 CC), e (iii) da definição de ato ilícito (art. 186 CC). Enquanto, em âmbito penal, dolo e culpa representam o elemento subjetivo e necessário para própria configuração do crime (art. 18 CP).

A doutrina baseia a moderna noção de culpa nos critérios de identificação da conduta do agente que, apesar de prever a possível violação de leis, regulamentos, e/ou ordens, adota um comportamento imprudente, negligente ou imperito que não evita que a violação e/ou o evento reprovável aconteça. Simplificando, a culpa consiste na violação de um dever que o agente podia conhecer e observar¹³.

São pressupostos jurídicos da culpabilidade: (i) a imputabilidade; (ii) a exigibilidade; e (iii) a potencial consciência da ilicitude. A *imputabilidade* se concretiza na capacidade de entender e querer, enquanto a *exigibilidade* é a existência da regra ou dever de comportamento prevista pelo ordenamento jurídico cujo agente é obrigado a respeitar, e a *potencial consciência da ilicitude* é consciência [até potencial] que o agente está atuando contrariamente ao direito¹⁴.

A culpa é, portanto, caracterizada para ser (i) contra a intenção (ou seja, sem que exista uma específica vontade ou a intenção que um determinado evento aconteça); (ii) mesmo que não tenha a intenção ou a vontade que um determinado evento aconteça, o evento seja de fato previsto ou representado pelo agente; (iii) não deve ter a vontade a que o evento aconteça; (iv) o evento precisa acontecer por causa de negligência, imprudência e/ou imperícia, ou pela inobservância de leis, regulamentos ou disciplinas, ou seja, pelo descumprimento de regras de conduta (não necessária e unicamente jurídicas).

Vale, ainda, frisar, que o instituto da culpa é tratado diferentemente, dependendo se a responsabilidade é contratual ou extracontratual no que abrange (i) o agente responsável; (ii) o ônus probatório; (iii) a

prescrição; e (iv) o limite do ressarcimento do dano. São, ao invés, comuns as causas de exclusão do elemento subjetivo [excludentes]: (i) a legítima defesa (art. 23, II CP; art. 188, I CC), (ii) o estado de necessidade (art. 23, I CP; art. 188, II CC), (iii) o exercício regular do direito (art. 23, III CP; art. 188, I CC), (iv) o estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III CP; art. 188, I CC), (v) o caso fortuito (art. 28 CP; art. 393 CC), e (vi) a força maior (art. 28 CP; art. 393 CC).

O instituto da culpa há aplicação estandardizada, além de necessária para a determinação de casos de responsabilidade contratual e extracontratual. As determinadas e circunscritas hipóteses de responsabilidade objetiva, mesmo não precisando “aparentemente” do elemento da culpa, são de qualquer forma inseridas — em nosso entendimento — em um sistema que sempre reconhece a importância da avaliação subjetiva das atividades (o princípio da boa-fé, da função social, da proporcionalidade da ofensa — de qualquer forma — sempre mitigam a objetividade da responsabilidade sem culpa etc), na comum *ratio* de garantir a presença e(ou) manutenção de uma equivalência mais equa e/ou justa entre as prestações contratuais e/ou ação e danos.

Não por nada, a interpretação do pensamento orgânico do Prof. Vaihinger — em relação à qual já foi escrito¹⁵ —, há a se considerar que todos os comportamentos são consequência de um processo de vontade (cit.: não há comportamento sem vontade, sendo que toda vontade existe para atender uma finalidade), e, por isso, precisam ser analisados atentamente caso a caso também na sua componente “subjetiva”. Qualquer ordenamento jurídico possui os seus mecanismos subjetivos de exclusão e/ou mitigação da responsabilidade, inclusive quando sem culpa!

Seguindo o raciocínio do mestre alemão, (i) todos os comportamentos, apesar de não apresentar o elemento da intencionalidade expressa sobre o acontecimento de um determinado evento, são consequências de um processo do “pensamento orgânico” e, portanto, sempre destinados a cumprir uma determinada finalidade; (ii) a previsão do acontecimento de um evento é sempre intrinsecamente — ou organicamente — “previsto”; (iii) não sempre existe a “vontade atual e lúcida” a conseguir uma específica finalidade; (iv) o simples evento em si “supera” as modalidades de realização, incluindo a *negligencia, imprudência e/ou imperícia, ou pela inobservância de leis, regulamentos ou disciplinas, ou seja, pelo descumprimento de regras de conduta*.

Exemplificando, se pense ao caso do menor de idade que morre jogando com outro menor de idade (i.e. caindo da escada ou do balcão), na casa do amigo do pai, durante um churrasco entre as famílias. Pela teoria do Prof. Vaihinger, todos os “envolvidos” no acidente teriam culpa, independentemente de qualquer juízo ético, moral ou jurisdicional. Não pela existência de uma lei positiva ou natural, mas pelo fato de todos os comportamentos serem consequência de um ato de vontade!

Diversamente, seguindo o Código, a lei diferencia entre comportamentos e culpabilidade, e estabelece que geralmente há responsabilidade quando o comportamento é culposos ou doloso, e unicamente em casos específicos e normativamente individuados quando – independentemente do elemento subjetivo — há o simples nexos causal (responsabilidade objetiva). No caso de espécie, a regra especial “supera” a geral, assim a análise da Culpa é “superada” pelo disposto ao art. 932 § 1º do CC, que prescinde de qualquer avaliação da “culpabilidade”.

As regras normativas são de competência do poder Legislativo, e levam em consideração avaliações e

ponderações da política e da filosofia do direito, assim como não podem ser interpretadas arbitrariamente partindo da regra substancial. Em outras palavras, aos fins da responsabilidade objetiva, a análise sobre a natureza do comportamento já foi realizada *a priori*, em abstrato, avaliando unicamente o possível risco! E isso persegue a finalidade de garantir *a priori* a manutenção da relação de equilíbrio substancial e(ou) de justiça material que há a ser garantido na aplicação do Ordenamento Jurídico como todo, de forma que o Direito seja sempre visto e interpretado como fonte justa de equilíbrio social, e não puramente para sancionar.

O trabalho do mestre alemão evidentemente nos ajuda nisso: cada comportamento, sendo fruto de um processo de Vontade, precisa ser analisado especificamente para entender o que realmente interessa [e deve interessar] ao Direito, sendo que todos os comportamentos são de fato — pelo Prof. Vaihinger — consequência de Vontade.

E, portanto, quais consequências queremos ao fim de determinar as regras sobre a responsabilidade e as suas consequências nas próprias relações contratuais e em geral?

É nesse sentido que o instituto da culpa há a ser “resgatada”, no intento que qualquer responsabilidade seja consequência “justa” e/ou concretamente proporcionada à efetiva Vontade, da sua previsibilidade e inevitabilidade efetivamente parte da ação. Em particular, considerado que a maioria das relações contratuais refletem o encontro de manifestações bilaterais de vontade e, assumindo que todos os atos humanos derivam da vontade, há ainda senso que da culpa sejam diferenciadas ou derivadas específicas categorias de consequências jurídicas? Sem de fato se preocupar *a priori* das eventuais consequências danosas em concreto às relações.

Culpa é vontade e as relações derivam da vontade. Há, portanto, sempre a ser perguntar: dado que aquele agir deriva de uma vontade, então qual consequência para aquela relação contratual? Esta consequência é efetivamente “justa”.

A responsabilidade objetiva prestigiou uma vontade precedente qual seja, a efetivação da função do contrato. Para que o contrato seja cumprido e seja justo, as partes assumiram, manifestaram vontade para que algumas consequências fossem sancionadas, cuja sanção é previamente “combinada pelas partes” seja através do processo legislativo, seja através da manifestação da vontade no próprio contrato e dentro dos limites do sistema. Mas, não podemos prescindir da vontade do Agir do Direito, ou como diz Vilanova, o Direito precisa se manter neutro sempre que as vontades forem manifestas. Apenas a resistência à sanção é que pode trazer a força do ordenamento. Pregar o fim da culpa, seria pregar o fim do Direito e da Justiça Contratual.

1 Expressão utilizada por CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo, Editora Foco, 2019.

2 <https://www.conjur.com.br/2019-dez-12/opinia0-genese-culpa-sistematizac0o-ordenamento>

3 VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000:Página 110.

4 Sobre a eventual responsabilidade penal objetiva, se sinala o belo artigo nesta revista do Prof. STRECK: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-31/senso-incomum-haver-responsabilidade-objetiva-direito-penal>

5 CATALAN, Marcos. *Op. Cit.*

6 Em idade arcaica é atribuída a Numa Pompeio a disposição sobre o homicídio voluntário (VII- VI Sec. a.C.).

7 Festo, De ver. sign. 221.

8 Dig. 50, 16, 226.

9 SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di diritto romano*. Sovenia Mammeli, Rubbertino, 2002.

10 MOREIRA ALVES, José Carlos. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

11 RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris, LGDJ, 1949, p. 207.

12 GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

13 SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, LGDJ, 1951. Paris, LGDJ, 1951. *Direito Civil onsabilité civile en droit français*,

14 FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org). *Doutrinas essenciais, Direito Penal* . São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil, Responsabilidade Civil* (atualizado por TEPEDINO, Gustavo), Rio de Janeiro, GEN, 2016.

15 Veja-se, <https://www.conjur.com.br/2019-dez-12/opinioao-genese-culpa-sistematizacao-ordenamento>

Date Created

16/04/2020