GUILHERME HENRIQUE LIMA REINIG

O problema da causalidade na responsabilidade civil – a teoria do escopo de proteção da norma (*Schutzzwecktheorie*) e sua aplicabilidade no direito civil brasileiro

Tese de doutorado

Orientadora: Professora Titular Dra. Teresa Ancona Lopez

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2015

GUILHERME HENRIQUE LIMA REINIG

O problema da causalidade na responsabilidade civil – a teoria do escopo de proteção da norma (*Schutzzwecktheorie*) e sua aplicabilidade no direito civil brasileiro

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação da Professora Titular Doutora Teresa Ancona Lopez.

Versão corrigida em 6 de abril de 2015. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2015

Para Clésio e Ana Maria.

O presente trabalho é fruto de pesquisa realizada no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de setembro de 2013 a fevereiro de 2014.

RESUMO

REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil – a teoria do escopo da de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e a sua aplicabilidade no direito civil brasileiro*. 293 p. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

A tese cuida do problema da limitação da responsabilidade civil, investigando, em especial, a teoria do escopo da norma ou teoria do escopo de proteção da norma. Analisa-se o seu desenvolvimento do direito delitual alemão, contextualizando-a nos problemas teóricos e práticos do BGB (o Código Civil alemão) e analisando sua funcionalidade para o direito da responsabilidade civil por ato ilícito no Código Civil brasileiro. O trabalho é constituído de quatro capítulos. O primeiro dedica-se ao problema da fundamentação e da limitação da responsabilidade no direito delitual alemão; o segundo, às teorias da causalidade, em especial a teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada; o terceiro, à teoria do escopo da norma no direito alemão; e o quarto à sua aplicabilidade na responsabilidade por ato ilícito do Código Civil de 2002. Também são discutidos aspectos relativos à responsabilidade contratual.

Palavras-chave: DIREITO CIVIL; DIREITO CIVIL ALEMÃO; BGB; CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO; RESPONSABILIDADE CIVIL; LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE; NEXO DE CAUSALIDADE; TEORIA DO ESCOPO DA NORMA; TEORIA DO ESCOPO DE PROTEÇÃO DA NORMA; ATO ILÍCITO; RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.

ABSTRACT

REINIG, Guilherme Henrique Lima. *The problem of causation in civil liability – the theory of protective scope (Schutzzwecktheorie) and its applicability to brazilian civil law*. 293 p. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

This article deals with the problem of limitation of liability for damages and investigates the theory of protective scope (*Schutzzwecktheorie*). It analyses its development in German liability law concerning theoretical and practical questions relating to the BGB (German Civil Code). This article also investigates the applicability of the theory to Brazilian civil delictual liability (ato ilícito). It contains four chapters. Chapter 1 is on how liability is stablished in German delictual liability law and how to determine its extension. Chapter 2 explains the theories on causation, specially the theory of conditions and the adequate cause theory. Chapter 3 describes the theory of protective scope in German law and chapter 4 investigates its applicability to liability for wrongfulness in Brazilian Civil Code. This article deals with some questions on contractual liability.

Key-words: CIVIL LAW; GERMAN CIVIL LAW; BGB; BRAZILIAN CIVIL CODE; CIVIL LIABILITY; LIMITATION OF LIABILITY FOR DAMAGES; CAUSATION; THEORY OF PROTECTIVE SCOPE; WRONGFULNESS; CONTRACTUAL LIABILITY.

ZUSAMMENFASSUNG

REINIG, Guilherme Henrique Lima. *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Haftungsrecht – Die Schutzzwecktheorie und ihre Anwendbarkeit im brasilianischen Zivilrecht*. 293 p. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Die Dissertation behandelt das Problem der Begrenzung der zivilrechtlichen Haftung, insbesondere die Normzweck- oder Schutzzwecktheorie. Die Entwicklung dieser Theorie wird im Zusammenhang mit den theoretischen und praktischen Fragen des deutschen Deliktsrechts untersucht und ihre Anwendbarkeit im brasilianischen Deliktsrecht geprüft. Die Dissertation besteht aus vier Kapiteln. Das erste Kapitel stellt die Probleme der Haftungsbegründung und -ausfüllung im deutschen Deliktsrecht dar. Im zweiten Kapitel werden die Theorien der Kausalität erläutert, insbesondere die Bedingungs- und die Adäquanztheorie. Das dritte Kapitel stellt die Normzwecktheorie im deutschen Zivilrecht dar. Im vierten geht es um die Anwendbarkeit der Theorie im brasilianischen Deliktsrecht. Daneben werden einzelne Aspekte der Vertragshaftung behandelt.

Schlüsselwörter: ZIVILRECHT; DEUTSCHEN ZIVILRECHT; BGB; BRASILIANISCHES ZIVILGESETZBUCH; HAFTUNGSRECHT; BEGRENZUNG DER HAFTUNG; KAUSALZUSAMMENHANG; NORMZWECKTHEORIE; SCHUTZZWECKTHEORIE; UNERLAUBTE HANDLUNG; VERTRAGSHAFTUNG.

SUMÁRIO

Introdução **5**

Capítulo 1. O problema da fundamentação e da limitação da responsabilidade no direito delitual alemão **13**

1. Considerações gerais 13

2. Fundamentação da responsabilidade por ato ilícito 16

2.1. A cláusula geral de responsabilidade e o regime delitual do BGB 16

2.2. A elaboração do BGB e o regime delitual enunciativo 17

2.2.1. Responsabilidade por violação de direito absoluto 20

2.2.2. A infração de "lei de proteção" (Schutzgesetz) 27

2.2.3. A responsabilidade por dano provocado desleal e dolosamente 29

2.3. A estrutura do delito no direito civil alemão 31

2.4. As concepções de antijuridicidade 32

2.5. A distinção entre lesão direta e lesão indireta 35

3. A limitação da extensão do dever de indenizar 42

3.1. Direito romano 42

3.2. Glosadores e comentadores 48

3.3. Os humanistas franceses 52

3.4. O *usus modernus* germânico e neerlandês 57

3.5. A escola de Salamanca, a escola do direito natural e as codificações do século XVIII e do início do século XIX 58

3.6. Os pandectistas 61

3.6.1. Considerações gerais 61

3.6.2. O conceito de interesse 63

3.6.3. Não limitação do interesse ao valor do objeto 66

3.6.4. Determinação da extensão do dever de indenizar o equivalente ao interesse 69

3.7. O princípio da reparação integral no BGB 75

Capítulo 2. A causalidade no direito civil alemão: equivalência das condições e causalidade adequada **79**

1. Considerações gerais 79

2. A causalidade no direito romano e na Idade Média 80

3. A teoria da equivalência das condições e a fórmula da conditio sine qua non 86

4. Necessidade de limitação da responsabilidade: teorias distinguindo causa e condição 97
4.1. Reconhecimento de limitação da responsabilidade por alguns pandectistas 97
4.2. Teorias distinguindo entre causa e condição 99
4.2.1. As teorias de Binding, de Birkmeyer e von Bar 99
4.2.2. Não aceitação das teorias mencionadas 101
5. A teoria da causalidade adequada 101
5.1. Desenvolvimento teórico 103
5.1.1. A teoria de von Kries 104
5.1.2. Rümelin e a teoria do prognóstico objetivo e retrospectivo 106
5.1.3. A fórmula de Traeger 108
5.1.4. A fórmula negativa de Enneccerus 110
5.2. Adoção da teoria pela jurisprudência 111
5.2.1. O Tribunal do *Reich* 111
5.2.2. O BGH 113
5.3. Críticas à teoria 120
Capítulo 3. A teoria do escopo da norma no direito civil alemão 127
1. Considerações iniciais: a proposta teórica e a terminologia da teoria do escopo da norma 127
2. A contribuição da doutrina austríaca 132
2.1. Karl Wolff 132
2.2. Armin Ehrenzweig 134
3. O escopo da norma na responsabilidade por infração de "lei de proteção" (§ 823 II do BGB) 140
3.1. A responsabilidade por contravenção de lei de direito de polícia no Direito Geral do Estado (ALR) 142
3.2. Os três componentes do escopo da norma 143
3.2.1. O componente pessoal 144
3.2.2. O componente material 146
3.2.3. O componente modal 149
3.3. "Escopo de proteção", "âmbito e proteção" e "nexo de antijuridicidade" 150
4. A generalização do critério do escopo de proteção no direito alemão 154
4.1. Rabel e "teoria da distribuição do dano segundo o critério do escopo do crédito" 155
4.2. Von Caemmerer e a "marcha triunfal" da teoria do escopo da norma no direito alemão 160

4.2.1. O discurso de von Caemmerer 160
4.2.2. O acolhimento da teoria do escopo da norma pelo BGH 163
4.2.3. O parecer de Hermann Lange para o 43º *Deutscher Juristentag* 167
5. Críticas e contribuições à teoria do escopo da norma 169
5.1. Críticas à decisão *BGHZ 27, 137* 169
5.2. J. G. Wolf: o "princípio do risco" (*Gefährdungsgedanke*) e a diferenciação entre fundamentação e extensão da responsabilidade 171
5.2.1. A irrelevância prática do escopo da norma para a fundamentação da responsabilidade 171
5.2.2. A aplicação do "princípio do risco" aos "danos subsequentes" (*Folgeschäden*) 173
5.3. Responsabilidade contratual: as críticas de Thomas Raiser 177
5.3.1. Exclusão da responsabilidade por danos pessoais 182
5.3.2. Exclusão da responsabilidade de danos patrimoniais 185
5.3.3. Diferenciação entre objeto contratual direto e dano puramente patrimonial 185
5.3.4. Exclusão da responsabilidade relativamente a determinados riscos e a certos modos de realização de danos 186
5.4. A contribuição de Hans Stoll 197
5.4.1. Os níveis (*Stufen*) de imputação da responsabilidade 198
5.4.2. A irrelevância do escopo da norma para a imputação de "lesões ou danos subsequentes" 205
5.4.3. Escopo da norma e "nexo de culpabilidade" 210
5.4.4. O "delito-duplo" (Doppeldelikt) 216
6. Considerações finais: pontos de partida para a investigação no direito civil brasileiro 219
6.1. Aplicabilidade à responsabilidade pelo risco e à exclusão ou redução da responsabilidade por culpa do lesado 219
6.2. Escopo da norma e causalidade adequada 221
6.3. Escopo da norma e nexo de culpabilidade 222
6.4. A teoria do escopo da norma como "programa de trabalho" 225
Capítulo 4. A aplicação da teoria do escopo da norma na responsabilidade por ato ilícito do Código Civil de 2002 229
1. Considerações iniciais 229
2. O conceito de ato ilícito no Código Civil de 2002 232
3. Interposição de bem jurídico ou interesse juridicamente protegido entre a culpa e o dano (ou prejuízo) 234

3.1. Panorama da doutrina sobre o ato ilícito e o problema da teoria do escopo da norma nos regimes de cláusula geral de responsabilidade 234
3.2. Escopo da norma e cláusula geral de responsabilidade 235
3.3. A expressão "violar direito" e a seletividade dos bens jurídicos ou interesses juridicamente protegidos..... 238
3.4. Escopo da norma e proteção de interesses de personalidade de natureza imaterial ou de interesses puramente patrimoniais 242
3.4.1. Interesses de personalidade de natureza imaterial 242
3.4.2. Interesses puramente patrimoniais..... 248
4. Existência de uma regra de conduta violada..... 249
4.1. O entendimento da doutrina brasileira..... 250
4.2. Clóvis Beviláqua, Agostinho Alvim e Pontes de Miranda 251
4.3. Fernando Noronha: contrariedade a direito e escopo da norma 258
4.3.1. Antijuridicidade, ilicitude subjetiva e ilicitude objetiva..... 259
4.3.2. Uma perspectiva teórica orientada ao resultado 262
4.4. O abuso de direito e a formulação de regras de conduta 264
4.5. Incongruência entre o desvalor da conduta e o do resultado lesivo..... 268
5. Escopo da norma, responsabilidade pelo risco e responsabilidade contratual 273
Conclusão..... 277
Bibliografia..... 282

ABREVIATURAS

ABGB	*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Austríaco)
AcP	*Archiv für die civilistische Praxis*
ALR	*Allgemeines Landes Recht für die Preußischen Staaten* (Direito Geral do Estado para os Estados Prússianos)
Apel.	Apelação
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão)
BGE	*Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts* (decisão do Tribunal Federal Suíço)
BGH	*Bundesgerichtshof* (Superior Tribunal Federal da Alemanha)
BGHZ	*Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsache* (Decisões do Superior Tribunal Federal da Alemanha em matéria civil)
BSG	*Bundessozialgericht* (Tribunal Federa de Assuntos de Direito Social)
CC	Código Civil brasileiro
Com.	Comentários
DJZ	*Deutsche Juristen-Zeitung*
EvBl.	*Evidenzblatt (seit 1946 mit der Österreichischen Juristen-Zeitung vereinigt)*
GlUNF	*Neue Folge der Sammlung von Civilrechtlichen Entscheidungen der k. k. obersten Gerichtshofes, heraus gegebon von Glase, Unger u. a. (1853 bis 1897)*

HGB	*Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897* (Código Comercial alemão de 10 de maio de 1897)
HKK	*Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, herausgegeben von Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert und Reinhard Zimmermann, Band II: Schuldrecht: Allgemeiner Teil, § 241-432, 1. Teilband: vor § 241-§ 304*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 517-654.
JBl.	*Juristische Blätter*
JZ	*Juristen-Zeitung*
LG	*Landesgericht* (Corte Estadual alemã)
LM	LINDERNMAIER e MÖHRING, *Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs*. Munique: C.H. Beck.
MDR	*Monatsschrift für Deutsches Recht*
Mot.	*Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* (Justificativas para um projeto de código civil para o *Reich* alemão)
Mugdan	MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichem Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse*, Berlim, Decker, 1899.
MüKoBGB	*Münchener Kommentar zum BGB*
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift*
NZA	*Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*
OGH	*Oberster Gerichtshof* (Tribunal Superior de Viena)
ÖJZ	*Österreichische Juristen-Zeitung*
OLG	*Oberlandsgericht* (Tribunal Superior Estadual)

Prot.	*Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches* (Protocolos da comissão para a segunda leitura do projeto de Código Civil alemão)
RDCC	Revista de Direito Civil Contemporâneo
RE	Recurso extraordinário
Recht	*Das Recht (Zeitschrift*)
REsp	Recurso especial
RGRK	*Das Bürgerliche Gesetzbuch – mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band II, 5. Teil (Anhang nach § 823: I. Verletzung des Persönlichkeitsrechts II. Arzhaftungsrecht),* 12 ed., Berlim, Nova Iorque, Walter de Gruyter, 1989.
RGZ	*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsache* (Decisões do Tribunal do *Reich* em matéria civil)
RHG	*Reichshaftpflichtgesetz*
RT	*Revista dos Tribunais*
RTDC	*Revista Trimestral de Direito Civil*
Rümmel	*Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, §§ 1175 bis 1502 ABGB; Nebengesetze*, 3 ed. Viena, Manz, 2002.
Schwimann, ABGB VI	*ABGB-Praxiskommentar, Band 6, §§ 1293-1502 ABGB*, 3 ed., Viena, LexisNexis, 2006.
Soergel	*Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Schuldrecht (§§ 141-432),* 12 ed. Stuttgart, Berlim, Colônia, W. Kohlhammer, 1990.
Staudinger	*J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der*

	Schuldverhältnisse, §§ 249-254 (Schadensersatzrecht), 13 ed., Belim, Sellier, de Gruyter, 2005.
StGB	*Strafgesetzbuch* (Código Penal Alemão)
StPO	*Strafprozeßordnung* (Código de Processo Penal Alemão)
SZ	*Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen (1919-1838, ab 1946)*
SZ	*Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen* (Decisões da suprema corte austríaca em matéria civil e administrativa)
TFS	Tribunal Federal Suíço
TR	Tribunal do *Reich*
VersR	*Verischerungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung*
ZVR	*Zeitschrift für Verkehrsrecht*, Viena

Introdução

Um dos mais difíceis problemas da responsabilidade civil é a sua limitação. A doutrina e a jurisprudência geralmente apontam ser a causalidade o critério que traça as fronteiras extremas do dever de reparar o dano. Uma vez fundamentada a responsabilidade, para o que interessa, por exemplo, o critério da culpa ou o do risco da atividade, todas as consequências lesivas devem ser indenizadas, regra que expressa o princípio da reparação integral.

O Código Civil de 2002 estabelece esta ideia em seu artigo 944, *caput*, segundo o qual *"a indenização mede-se pela extensão do dano"*.[1] Não havia texto correspondente no revogado Código Civil de 1916. No entanto, o princípio da reparação integral já era aceito, apontando-se como fundamento o artigo 1.059 do antigo diploma,[2] segundo o qual *"salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar"*.[3]

Esta ilação foi acolhida pela doutrina, apesar da existência no Código de critérios limitativos originários do direito comum.[4] Trata-se da previsibilidade do dano e da distinção entre dano direto e indireto, estabelecidas, respectivamente, nos artigos 1.059, parágrafo único, e 1.060, do Código Civil de 1916.

O primeiro não foi repetido no diploma atual,[5] e, de qualquer forma, possuía alcance restrito – AGOSTINHO ALVIM, além de pugnar pela previsibilidade abstrata segundo a *natureza das coisas*,[6] limitava a incidência do dispositivo ao caso de lucro cessante decorrente de mora do devedor.[7] Porém, do ponto de vista teórico e prático, o aspecto mais

---

[1] Em sentido semelhante cf. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 51.
[2] Sobre o tema cf. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, *Princípio da reparação integral* cit., p. 50.
[3] O dispositivo correspondente do Código vigente, artigo 402, possui basicamente o mesmo teor: *"salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar"*.
[4] Sobre a origem cf. capítulo 1 *infra*.
[5] O parágrafo único do artigo 1.059 do Código de 1916 foi suprimido da redação do artigo 402 do diploma legal vigente.
[6] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 1972, p. 203.
[7] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução* cit., pp. 207-208. No mesmo sentido, CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil IV*, ed. histórica, Rio de Janeiro, Rio, 1976, p. 176, afirmava que *"[o] devedor*

significativa é a interpretação 'causalista' feita, pelo mesmo jurista,[8] da expressão *direto e imediato*, contida no artigo 1.060: *"o dano deve ser consequência necessária da inexecução da obrigação. A expressão* direto e imediato *significa o nexo causal* necessário*"* (destaque no original).[9]

Desta forma, a doutrina brasileira, na vigência do Código de 1916, já se orientava pela perspectiva de ampla indenização das consequências lesivas, reserva feita à reparação dos danos extrapatrimoniais. O Código de 2002 reforçou aquele ponto de vista, o que se conclui a partir de seu artigo 944, malgrado a possibilidade, introduzida pelo parágrafo único do dispositivo, de redução equitativa da indenização em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Na Alemanha, os critérios limitativos da previsibilidade do dano e da natureza direta ou imediata deste foram rejeitados pela doutrina e pelo legislador já na segunda metade do século XIX.[10] Eles eram considerados contrários ao princípio da reparação total ou integral, o qual refletiu-se no § 249 I do BGB, o Código Civil alemão: *"quem estiver obrigado a reparar o dano deve estabelecer a situação que existiria se a circunstância que ensejou tal dever não houvesse se realizado"*.[11]

Trata-se da teoria da diferença, desenvolvida por FRIEDRICH MOMMSEN na metade do século XIX.[12] Ela sintetiza o princípio da reparação total ou integral numa fórmula

---

culposo ou moroso só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação (art. 1.059, parágrafo único)".

[8] A tese de AGOSTINHO ALVIM sobre o sentido da teoria do dano direto e imediato serve como referência para o entendimento doutrinário brasileiro sobre a matéria. Mencionando a obra do autor cf., dentre outros, GUSTAVO TEPEDINO, *Nexo de causalidade – conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira*, p. 111, in OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, GLADSON MAMEDE e MARIA VITAL DA ROCHA (coords.), *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 106-119; GISELA SAMPAIO DA CRUZ, *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 102 e segs.; TERESA ANCONA LOPEZ, *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos – a experiência brasileiro do tabaco*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 26-27; PATRÍCIA FAGA IGLECIAS LEMOS, *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário – análise do nexo causal*, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 153 e segs.; RAFAEL PETEFFI DA SILVA, *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, 3 ed., São Paulo, Atlas, 2013, pp. 26-32; CAROLINA BELLINI ARANTES DE PAULA, *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 46-47. Para a importância da tese de AGOSTINHO ALVIM na jurisprudência brasileira cf. STJ, REsp 1.067.332/RJ, 4ª Turma, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. em 05.11.2013, DJe 05.05.2014 (= *RDCC* 1 (2014), pp. 426-441, com comentários de *Aline Ávila Ferreira dos Santos*).

[9] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução* cit., pp. 359-360.

[10] Sobre o tem cf. capítulo 1 *infra*.

[11] *"Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstande nicht eingetreten wäre"*.

[12] MOMMSEN expõe sua tese em *Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abtheilung – zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855. Sobre o autor cf. capítulo 1 *infra*.

abstrata, permitindo sua aplicação prática em caso de prejuízos de natureza patrimonial. Sem embargo do reconhecimento de sua limitação em determinadas situações, em especial naquelas em que o objeto da indenização é de natureza extrapatrimonial, a teoria da diferença ainda atua como orientação inicial na determinação da extensão da responsabilidade no direito alemão, e sua utilidade também é reconhecida pela doutrina brasileira.[13]

A associação do princípio da reparação integral ao critério da causalidade possui origem no direito medieval, no qual se constatou duas tendências relativas à delimitação do dever de indenizar. A primeira vale-se, para tanto, da previsibilidade e da proximidade do dano, e foi seguida pela tradição francesa; a segunda apoia-se na causalidade, e influenciou os juristas alemães.[14] Como se sabe, os principais teóricos da causalidade jurídica são de origem germânica. Mas esta orientação influenciou o direito francês no século XX, no qual se encontram obras específicas sobre o problema,[15] bem como o brasileiro, no qual as discussões sobre a extensão da responsabilidade também se baseiam no conceito de causalidade jurídica.[16]

Todavia, essa aproximação entre os regimes envolve algumas dificuldades, pois o direito alemão, em razão de uma construção histórica pautada na teoria da diferença e na consciente adoção da causalidade como critério de delimitação da extensão da responsabilidade, estabeleceu uma distinção clara, pelo menos em princípio, entre fundamentação e extensão da responsabilidade. Originalmente esta oposição é de natureza 'mecânica' e, não por mera coincidência, foi defendida pela primeira vez por MOMMSEN. O jurista afirmou haver um "duplo aspecto" da causalidade e a doutrina alemã, seguindo sua tese, distingue, para a responsabilidade delitual, entre a "causalidade que fundamenta" e a que "preenche" a responsabilidade. A primeira consiste no vínculo entre a conduta lesiva e a lesão que fundamenta a responsabilidade. Para ela basta a aplicação da teoria da

---

[13] Cf. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, *Princípio da reparação integral* cit., pp. 137-145, o qual conclui: *"a teoria do interesse é aquela que explica de modo mais completo a noção moderna de dano, abrindo portas para o reconhecimento de novas modalidades de prejuízo, atendendo a uma exigência do princípio da reparação integral. Nem por isso retira a utilidade da teoria da diferença, que continua a desempenhar um importante papel no ressarcimento de parcela expressiva dos danos materiais"*.

[14] Sobre este aspecto cf. capítulo 1, item 3.3, *infra*.

[15] Por exemplo cf. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010. Sobre as teorias da causalidade no direito francês cf., outrossim, G. VINEY e P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 3 ed., Paris, LGDJ, 2006, p. 181 e segs.

[16] Sobre este aspecto CAROLINA BELLINI ARANTES DE PAULA, *As excludentes* cit., p. 41, afirma: *"[a] extensão dos danos será condicionada à teoria da causalidade acolhida pelo intérprete, teoria essa definidora dos contornos do que possa ser entendido como causa propulsora dos danos apresentados: o agente só responderá pelos danos que possam ser entendidos juridicamente como causados por ele"*.

equivalência das condições, pois tal resultado deve estar abrangido pela culpa: a lesão deve ter sido prevista ou deveria ser previsível para o agente lesivo. Todavia, o nexo de causalidade que "preenche" a responsabilidade, se compreendido nos mesmos termos, pode implicar uma excessiva extensão da responsabilidade.

O caminho trilhado pela doutrina e pela jurisprudência foi perfilhar a teoria da causalidade adequada. Para evitar uma exagerada ampliação da responsabilidade, os juristas alemães vislumbraram um conceito jurídico de causalidade e, a partir daí, adotaram a fórmula generalizante da causalidade adequada: somente se consideram como causa em sentido jurídico aquelas condições que elevam objetivamente a probabilidade de realização do resultado lesivo. A jurisprudência do Tribunal do *Reich* passou a aplicar a teoria já no início do século XX, a qual foi difundida para vários ordenamentos jurídicos filiados ao sistema romano-germânico, como o brasileiro, e posteriormente também foi aplicada pelo BGH, o Superior Tribunal Federal da Alemanha.

Porém, na década de 1930 ela foi considerada insatisfatória por ERNST RABEL, em trabalho no qual investigou o contrato de compra e venda de mercadorias no direito comparado. Eis a origem da denominada "teoria do escopo da norma" (ou "teoria do escopo da norma violada", "teoria do escopo de proteção", "teoria do escopo de proteção da norma" *etc.*).[17] Em síntese, o autor sustenta que a investigação do escopo da norma ou do dever violado não se esgota no plano da fundamentação da responsabilidade, sendo, outrossim, relevante para a determinação dos limites da responsabilização. Na década de 1950 VON CAEMMERER retomou a tese. A partir daí ela conquistou a jurisprudência alemã, perdendo a teoria da causalidade o domínio absoluto no direito germânico.

É este o objeto de investigação do presente trabalho. A teoria do escopo da norma não foi acolhida na França e na Bélgica, por exemplo, por ser considerada contrária a um regime de responsabilidade de cláusula geral, no qual basta, em princípio, a culpa, o dano e o nexo de causalidade para a responsabilização. O desafio que se coloca é saber se a rejeição

[17] Sobre a terminologia cf. item 1 do capítulo 3 *infra*, no qual se propõe o emprego da expressão "escopo da norma". Todavia, o título do presente trabalho utiliza a expressão "escopo de proteção da norma". A razão da divergência é a limitação imposta pela Resolução nº 02/2012, de 10 de agosto de 2012, da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, cujo artigo 2º veda a alteração do título ou tema da pesquisa após o exame de qualificação. Todavia, a principal parte da pesquisa da qual resultou este trabalho foi realizada depois do exame de qualificação, período em que se teve acesso à biblioteca do Instituto-Max-Planck de Hamburgo, na Alemanha.

da ‘nova’ teoria é realmente a melhor solução e analisar, em especial, seu valor para o direito civil brasileiro.

No Brasil a teoria do escopo da norma é defendida por PATRÍCIA FAGA IGLECIAS LEMOS.[18] Todavia, a autora cuida do problema específico da responsabilidade civil do proprietário por dano ambiental, assunto que não será enfrentado no presente trabalho.[19] Outro autor que sustenta a teoria no direito brasileiro é FERNANDO NORONHA.[20] De modo geral, porém, a investigação do escopo da norma é desconhecida na doutrina nacional.

Neste contexto, é importante, desde já, estabelecer algumas restrições quanto ao objeto da investigação. A teoria do escopo da norma também é aplicada no direito alemão à responsabilidade pelo risco. Todavia, sua origem se deu na responsabilidade contratual e na delitual. Esta perspectiva será mantida. Outro aspecto a ser destacado, é que, numa análise preliminar, o direito da responsabilidade civil alemão não é utilizado como instrumento de reparação de danos de natureza coletiva, social ou transindividual, como se tem feito no Brasil. Esta temática também não será abordada.

Feitas estas ressalvas, o presente trabalho consiste num esforço de contextualização, para a realidade do direito positivo brasileiro, da problemática para a qual a teoria do escopo nasceu no direito alemão. Nesta medida, pressupõe a apresentação de algumas temáticas e perspectivas desconhecidas por grande parte dos juristas brasileiros. Uma primeira, e talvez a mais importante peculiaridade,[21] é a própria composição do regime delitual do BGB, o qual, sem repetir o regime casuístico do direito comum, não possui, ao contrário do *Code civil* francês, uma cláusula geral de responsabilidade. Ele é composto basicamente de três

---

[18] PATRÍCIA FAGA IGLECIAS LEMOS, *Meio ambiente* cit.

[19] Em síntese, a tese da autora cuida da complexa problemática da prova do nexo causal. PATRÍCIA FAGA IGLECIAS LEMOS, *Meio ambiente* cit., pp. 158-159, sustenta tratar-se *“muito mais de uma questão jurídica do que fática”*, e, neste contexto, conclui pela aplicação da teoria do escopo da norma (*ibidem*, p. 158 e segs.). Como será visto no capítulo 3, item 5.4.3., alguns autores alemães mencionam a relevância do escopo da norma como critério para a justificação da presunção de causalidade. No entanto, o problema não é de limitação da responsabilidade, mas de prova do nexo de causalidade, razão pela qual não será investigado no presente trabalho. A autora também se vale da teoria do escopo da norma na obra *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*, São Paulo, RT, 2011, na qual cuida da responsabilidade pós-consumo, defendendo a importância, para o tema, da separação entre causalidade natural e causalidade jurídica (*ibidem*, p. 174).

[20] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 639 e segs.

[21] E que, desta forma, já deve ser antecipada na introdução deste trabalho.

formas delituais fundamentais, previstas nos §§ 823 e 826: a violação de direito absoluto, a infração de "lei de proteção" e a danificação dolosa e contrária aos bons costumes:[22]

> *§ 823. Dever de reparar o dano.* (1) Quem por dolo ou negligência viola de forma antijurídica a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito de outrem deve reparar os danos daí resultantes. (2) O mesmo dever incumbe àquele que infringe uma lei que objetive à proteção de outrem. Ainda que, segundo o seu teor, a lei possa ser transgredida independentemente de culpa, o dever de reparação somente se configura no caso de culpa.
>
> *§ 826 Danificação dolosa e contrária aos bons costumes.* Quem, de maneira contrária aos bons costumes, causar por dolo dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

No que diz especificamente com a teoria do escopo da norma, a discussão doutrinária gira em torno de uma possível transposição da investigação do escopo de proteção da norma violada da responsabilidade prevista no § 823 II (infração de lei de proteção) para o delito do § 823 I. De fato, nos trabalhos preparatórios do BGB já era indicada a necessidade de investigação do escopo de proteção da norma violada para a primeira hipótese, como será visto. A dúvida – e esta era uma das principais celeumas – residia na viabilidade de transpor o mesmo princípio para o caso de violação de direito absoluto. Contra a tese, afirma-se bastar a intervenção no bem jurídico protegido para fundamentar a responsabilidade, a qual, uma vez estabelecida, deve abranger todas as consequências lesivas adequadas daí resultantes. Porém, a evolução da jurisprudência alemã foi em outro sentido. Atualmente os tribunais aplicam a teoria do escopo da norma também à responsabilidade por violação de direito absoluto, com o apoio da doutrina majoritária.

---

[22] *§ 823 Schadensersatzpflicht*. (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoßt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

§ 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Contudo, para compreender esta solução, é necessário tomar conhecimento de algumas outras características do regime delitual do direito alemão. Em especial, já é preciso assinalar a criação, pela jurisprudência, dos denominados "deveres (de segurança) do tráfego" (*Verkehrs(sicherungs)pflichten*).[23] Trata-se de regras de conduta reconhecidas ou criadas pelas cortes para a responsabilidade por violação de direito absoluto (§ 823 I do BGB).

Como esta espécie delitual baseia-se na descrição do resultado lesivo,[24] em princípio a intervenção no bem jurídico protegido 'indicia' (*indizieren*), ou melhor, aponta indiciariamente a antijuridicidade da conduta lesiva, a qual somente é afastada pelas excludentes de antijuridicidade (legitima defesa, estado de necessidade *etc.*). Se o agente lesivo não demonstrar uma hipótese legitimadora, e desde que comprovada a previsibilidade e a evitabilidade do resultado lesivo, incumbe-lhe reparar o prejuízo nos termos do § 823 I do BGB.

Contudo, existem situações de responsabilização por ato omissivo, bem como por condutas comissivas que importam em risco cuja concretização pode afetar um bem jurídico protegido. Sem a identificação de um dever de conduta, a responsabilidade sequer seria possível, no primeiro caso. Quanto ao segundo, seria inviável discriminar entre hipóteses de contrariedade e de não contrariedade ao direito: ou toda e qualquer intervenção seria antijurídica (*e.g.* a fabricação de facas, em razão de acidentes com o uso do produto); ou não haveria contrariedade ao direito em nenhum caso de lesão dita 'indireta', ou seja, em que o resultado lesivo não se concretiza "no contexto da ação" (*e.g.* proprietário de imóvel não corta árvore com cupim, a qual cai sobre um transeunte). Daí o desenvolvimento dos deveres do tráfego, os quais, como será visto, servem como referência para investigação do escopo da norma violada na responsabilidade do § 823 I do BGB.

Por fim, um último ponto a ser antecipado já nesta introdução diz com a referida distinção entre fundamentação e extensão da responsabilidade. Como observado, ela pautou-se, no direito alemão, no "duplo aspecto" da causalidade. Porém, a teoria do escopo da norma rompe, de certa forma, com a estrutura subjacente à oposição entre causalidade que fundamenta e que "preenche" a responsabilidade, pois, para seus adeptos, a investigação de critérios normativos não se exaure na primeira fase. Contudo, como será visto, uma possível

[23] Também é possível traduzir para "deveres (de segurança) do comércio".
[24] A doutrina alemã afirma tratar-se de delito "orientado ao resultado" (*erfolgsorientiert*).

leitura da teoria é no sentido de uma reformulação da diferenciação entre fundamentação e extensão da responsabilidade, reservando a funcionalidade da investigação do escopo da norma ao primeiro aspecto.

Nesse contexto, o presente trabalho pode ser dividido em três partes. Na primeira, que abrange os capítulos primeiro e segundo, procura-se contextualizar o leitor em alguns debates e desenvolvimentos do direito delitual alemão importantes para a compreensão do problema enfrentado pela teoria do escopo da norma. O capítulo primeiro dedica-se, especialmente, à explanação dos principais aspectos do referido regime, e, num segundo momento, expõe o desenvolvimento histórico do problema da limitação da responsabilidade até a promulgação do BGB. O capítulo segundo volta-se às teorias da causalidade no direito alemão, em especial à teoria da equivalência das condições e à da causalidade adequada. Trata-se de pressuposto indispensável a uma precisa visualização do cenário doutrinário e jurisprudencial da responsabilidade civil alemã no momento da formulação e difusão da teoria do escopo da norma, devendo ser lembrado que, originalmente, ela voltou-se contra a fórmula da causalidade adequada.

A segunda parte resume-se ao terceiro capítulo, este dedicado exclusivamente à explicação do surgimento e do desenvolvimento da teoria do escopo da norma no direito alemão. Após indicar a evolução da teoria e explicar algumas críticas ou pontos de vistas relativos ao tema, o capítulo termina com uma tomada de posicionamento quanto ao efetivo sentido da investigação do escopo da norma no contexto do direito delitual alemão.

Por fim, a última parte, constitutiva do quarto e último capítulo, tem como finalidade investigar a aplicabilidade prática da teoria do escopo da norma para o direito civil brasileiro, em especial quanto ao conceito de ato ilícito. Em síntese, busca-se interpretar o artigo 186 do Código Civil de 2002 com base nas considerações teóricas sobre a teoria do escopo da norma, com reflexos também para a responsabilidade contratual.

Capítulo 1. O problema da fundamentação e da limitação da responsabilidade no direito delitual alemão

1. Considerações gerais

A compreensão do sentido e da funcionalidade da teoria do escopo da norma pressupõe uma dupla contextualização: a primeira, relativa ao próprio regime delitual alemão, no qual e para o qual se origina; a segunda, ao papel da causalidade nesse mesmo regime. Trata-se de aspectos relacionados, mas sistemática ou, ao menos, didaticamente, separáveis. O primeiro consiste no objeto do presente capítulo, que se subdivide em duas partes: fundamentação e extensão do dever de reparar o dano. O segundo, por pressupor o primeiro, será examinado no próximo capítulo.

Essa estruturação possui sua razão de ser. O BGB toma como pressuposta uma rígida separação entre os dois aspectos da responsabilidade, o que se reflete na própria disciplina da matéria: enquanto os possíveis fundamentos para o nascimento do dever de reparar o dano encontram regulamentação em disposições específicas espalhadas por toda a parte especial do direito das obrigações, a disciplina do conteúdo e da extensão do referido dever possui regramento uniforme e concentrado no § 249 e seguintes do Código Civil alemão. O Código Civil brasileiro segue a mesma lógica. Porém, no Brasil os critérios de distinção entre fundamentação e extensão da responsabilidade não recebem o mesmo realce que na Alemanha.

Essa rígida e consciente distinção explica-se historicamente pela evolução do conceito de *interesse*, expressão originária do direito romano e empregada no direito comum para designar o dano indenizável[1]. O termo não deriva da palavra "interesse" (estar entre), mas da frase *"quod (mea, tua, nostra etc.) in re est"* (o que é para mim, para ti, para nós *etc.*). No direito romano indicava simplesmente aquilo concernente ao autor da ação, não

[1] HERMANN LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz*, 3 ed., Tübingen, Mohr, 2003, pp. 28-29.

representando um método de aferição do dano indenizável.[2] Porém, atualmente é algumas vezes utilizado como contraposição ao valor objetivo do bem jurídico violado, indicando, nesse contexto, o valor que subjetivamente representa para o patrimônio do lesado;[3] como método de aferição do dano indenizável pela comparação entre a efetiva situação patrimonial do lesado com aquela que existiria se o fato lesivo não houvesse se realizado; e como designativo da expectativa juridicamente protegida que o credor nutre em relação a determinados bens jurídicos patrimoniais.[4] O seu emprego, independentemente de eventuais críticas quanto ao direito contemporâneo, era de toda maneira compreensível no contexto anterior às codificações, pois até o final do século XIX a doutrina do direito comum, considerando a existência de hipóteses de limitação do dano indenizável, precisava distinguir entre interesse e dano. Uma total sinonímia somente ocorre com o primado do princípio da reparação integral.

O legislador alemão adotou a solução proposta pela teoria da diferença. O § 249 do BGB determina a comparação entre o patrimônio efetivo do lesado e aquele que existiria se o evento lesivo não houvesse se realizado. A teoria da diferença, como já indicado na introdução e será retomado abaixo, foi formulada por MOMMSEN na metade do século XIX em obra dedicada ao interesse. Em síntese, o propósito do autor era afastar os critérios restritivos à reparabilidade do dano sofrido pelo lesado existentes no direito comum. Para isso precisou, dentre outras coisas, socorrer-se da noção de "duplo nexo de causalidade". O primeiro aspecto diz respeito à fundamentação da responsabilidade, ligando a conduta do lesante com a violação do bem jurídico; o segundo, representa o vínculo de causa e efeito entre tal lesão e os prejuízos daí decorrentes. Para o autor, nesse caso os limites da responsabilidade são objetivamente traçados pelo critério científico da causalidade, pouco importando o fundamento do dever de indenizar. Daí a nítida separação entre fundamentação e "preenchimento" da responsabilidade.

Quanto à fundamentação da responsabilidade delitual, o BGB inaugurou uma nova espécie de regime, não adotando a orientação clássica do direito romano, seguida pelo direito

---

[2] ZIMMERMANN, *The law of obligations – roman foundations of the civilian tradition*, Cidade do Cabo, Juta, 1990, p. 826: *"[...] the expression is not derived from interesse (= to be in between) but from the phrase 'quod (mea, tua nostra etc.) in re est' (what is form me, you, us, etc.)"*.

[3] Um exemplo clássico é o da morte de um cavalho de parelha. O animal, isoladamente, possui determinado valor de mercado, mas a sua morte, para o proprietário de uma parelha, provoca prejuízo superior àquela importância.

[4] Sobre as diversas acepções cf. HERMANN LANGE e SCHIEMANN, *Schadenersatz* cit., pp. 28-29.

comum, nem o prestigiado modelo de cláusula geral de responsabilidade. Isso repercute na teoria do escopo da norma, na medida em que sua perspectiva é tradicionalmente reconhecida como válida somente para um dos três suportes fáticos genéricos sobre os quais o legislador alemão edificou o regime delitual do BGB: a responsabilidade por infração de "lei de proteção" (§ 823 II do BGB). Com efeito, o nascimento do escopo da norma como proposta teórico-dogmática autônoma somente ocorre com a extensão da referida perspectiva a outras hipóteses de delito, em especial a responsabilidade por violação de direito absoluto (§ 823 I do BGB). Subjacente à tese repousa uma flexibilização ou, ao menos, uma correção do princípio que orientou o legislador tedesco: o dever que fundamenta a responsabilidade pode e deve ser analisado no plano da imputação das consequências lesivas ao fato que fundamenta a responsabilidade.

Outro relevante conspecto, também atinente à ampliação da análise do escopo da norma à responsabilidade do § 823 I do BGB diz com a concepção estrutural do delito. Para os redatores do BGB essa estrutura é clara – a fundamentação da responsabilidade divide-se em três planos de imputação: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Isso confere maior segurança e certeza à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, mas exige conceituações e diferenciações. Esses problemas são de solução relativamente fácil quando se pensa o delito do § 823 I da perspectiva do resultado: a antijuridicidade decorre objetivamente da intervenção no direito absoluto tutelado, somente sendo afastada quando comprovada uma causa excludente, e a culpa consiste no dolo ou na inobservância do dever de cuidado exigido no tráfego jurídico. Para essa concepção, não há espaço para a investigação do escopo da norma, na medida em que falta uma regra de conduta específica como ponto de referência.

Qual a importância dessas discussões para eventual aplicação da teoria ao direito civil brasileiro? O legislador nacional orientou-se no regime de cláusula geral, não conhecendo as classes de "ato ilícito" (*unerlaubte Handlung*) do BGB. Embora tenha abandonado o critério da previsibilidade e sua associação ao grau da culpa, prevendo expressamente que a indenização mede-se pela extensão do dano, manteve a tradicional distinção entre dano direto e indireto, além de ressalvar a possiblidade de redução equitativa da indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. A reduzida seletividade e diferenciação conceitual no plano da fundamentação (cláusula geral de responsabilidade) e uma, em princípio, maior restrição no da extensão da

responsabilidade (dano direto e indireto e redução equitativa da indenização) impõem a necessidade de cuidadosa comparação entre os códigos.

A perspectiva histórica exige uma prévia análise do problema da limitação da responsabilidade. Com efeito, sua evolução explica vários aspectos relacionados à questão da causalidade no direito civil. Contudo, é a lógica que se sobrepõe. Deste ponto de vista é preferível explicar a fundamentação delitual do dever de reparar o dano para, só então, abordar o problema de sua limitação.

Porém, antes de passar à análise dos referidos temas cumpre tecer algumas breves considerações terminológicas: a expressão *ius commune* ou direito comum designa o direito romano-canônico como desenvolvido pela Ciência Jurídica europeia desde Bolonha e aplicada na prática;[5] por "recepção" entende-se o processo histórico que concorreu para a aplicação prática do direito romano-canônico; o *usus modernus* consiste na forma como o *ius commune* foi praticado nos países europeus no período aproximado de 1500 a 1800.[6]

2. Fundamentação da responsabilidade por ato ilícito

2.1. A cláusula geral de responsabilidade e o regime delitual do BGB

O direito romano e o direito comum vigente na Europa até o advento das codificações caracterizavam-se pela previsão casuística de hipóteses de responsabilidade, fora das quais não se conferia à vítima direito à indenização. Em contrapartida a esse modelo, o jusnaturalismo concebeu uma fórmula abstrata e genérica de responsabilidade, a qual foi consagrada com o movimento de codificação do século XIX, em especial com o Código de Napoleão.

Seguindo o modelo francês, o Código Civil brasileiro estabelece uma cláusula geral de responsabilidade em seu art. 186 c.c. art. 927, *caput*. A origem histórica dessa previsão é a formulação contida na obra *"De iure belli ac pacis"*, publicada pela primeira vez em 1625 por HUGO GRÓCIO,[7] embora tenha sido JEAN DOMAT, o qual não se inspirou na obra de

---

[5] COING, *Europäisches Privatrecht I – Älteres Gemeines Recht, 1500 bis 1800*, Munique, Beck, 1985, pp. 4 e 34-42.
[6] COING, *Europäisches Privatrecht I* cit., p. 4.
[7] Livro II, Cap. XVII, § 1º: *"maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines cummuniter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, nempe ut id ressarcitur"*. Citado por BRÜGGEMEIER,

GRÓCIO,[8] quem verdadeiramente influenciou o Código Civil francês de 1804. Fruto do pensamento jusnaturalista do século XVII, a cláusula geral de responsabilidade tem o mérito da simplicidade e da flexibilidade,[9] não pressupondo um conceito estruturado de delito civil, caro à dogmática alemã. Por esse motivo, a doutrina e os tribunais brasileiros geralmente dão-se por satisfeitos ao apontarem a culpa, o dano e o nexo de causalidade como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva.[10]

O direito civil alemão trilhou outro caminho. Os redatores do BGB optaram por um regime intermediário, o que, segundo apreciação positiva de parte da doutrina germânica, se deve à "graça do parto tardio" (*"Gunst der späten Geburt"*). A compreensão desse regime é um pressuposto necessário à devida contextualização da teoria do escopo da norma.

2.2. A elaboração do BGB e o regime delitual enunciativo

O BGB disciplina a "responsabilidade por ato ilícito" (*Unerlaubte Handlungen*) no título 27 da oitava seção (relações obrigacionais individuais) do livro dois, este dedicado ao direito das obrigações. O referido título é composto pelos §§ 823-853, os quais contêm três suportes fáticos de conteúdo genérico (dois deles contidos no § 823 e um no § 826)[11] bem como hipóteses específicas de responsabilidade (*e.g.* a prevista no § 824, relativa à "periclitação do crédito" (*Kreditgefährdung*)) e outras determinações de natureza genérica ou particular (*e.g.* as atinentes à menoridade (§ 828) ou sobre a pretensão reparatória de terceiro no caso de morte (§ 844)).

Entende-se por *"unerlaubte Handlung"* (ou "ato ilícito")[12] a ação ou conduta antijurídica, considerando-se como tal: *(i)* a infração de uma "lei proibitiva absoluta"

Haftungsrecht – Struktur, Prinzipien, Schutzbereich – Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatsrechts, Belim, Heidelberg, 2006, p. 14.

[8] Cf. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3 ed., Paris, LGDJ, 2007, p. 16, nt. 42.

[9] Como contraponto, não confere diretrizes claras aos tribunais.

[10] Cf. FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 491 e segs. O autor aponta cinco pressupostos para a responsabilidade civil: i) fato antijurídico, ii) nexo de imputação (culpa ou risco); iii) dano; iv) nexo de causalidade; e v) lesão de bem protegido. Em seguida observa: *"na doutrina e sobretudo na jurisprudência, geralmente os únicos requisitos que se indicam são somente o segundo, o terceiro e o quarto. Assim, afirma-se que a responsabilidade civil envolve três requisitos: um* dano, *um* nexo de imputação e um *nexo de causalidade. É que, na vida real, o primeiro e o quinto dos requisitos são de importância menor"* (destaques do autor).

[11] Cf. transcrição feita na introdução *supra*.

[12] A expressão *"unerlaubte Handlung"* é traduzida nesta obra por "ato ilícito". Literalmente significa "ação não permitida". Da mesma forma que a doutrina brasileira em relação ao termo "ato ilícito", a alemã associa ao *"unerlaubte Handlung*" à *iniura* romana. Portanto, a tradução menos artificial é a proposta, desde que feita a devida reserva: a noção de ato ilícito não é exatamente a mesma para o direito brasileiro e o alemão.

(*absolutes Verbotsgesetz*), *(ii)* a violação de direito absoluto alheio e *(iii)* a não observação dos bons costumes. Essa conceituação, encontrada no segundo volume das "justificativas" (*Motive*) do BGB,[13] possui relação com o Direito Geral do Estado (ALR)[14], não apresentando correspondência com o ato ilícito do art. 186 do Código Civil brasileiro. Para melhor compreendê-la é preciso contextualizá-la nas discussões antecedentes à promulgação do BGB, cujos redatores decidiram pela segunda de três alternativas: *(i)* um regime de responsabilidade baseado numa cláusula geral,[15] *(ii)* um regime de suportes fáticos fundamentais conjugados com regras particulares específicas, ou *(iii)* uma variedade de determinações delituais particulares, na tradição do direito romano.

A tendência inicial foi pelo modelo de cláusula geral. Von Kübel,[16] orientando-se no anteprojeto de Dresden para uma lei geral alemã sobre as relações obrigacionais de 1866,[17] apresentou em 1882 seu anteprojeto à primeira comissão do BGB, fundamentando o dever de reparar o dano na violação pelo lesante contra a "proibição de dano": a esfera jurídica de uma pessoa é inviolável e deve ser respeitada por todas as demais; quem age de forma contrária a esse mandamento sem causa justificativa específica comete ato ilícito (*unerlaubte Handlung*).[18] A comissão[19] acolheu a ideia: para a maioria de seus membros o elemento da "antijuridicidade" (*Widerrechtlichkeit*) deveria ser abandonado, com o efeito prático de não

---

[13] Mot. II, 725.

[14] Cf. BENÖHR, *Die Redaktion der Paragraphen 823 und 826 BGB*, p. 501, in ZIMMERMANN, KNÜTEL, MEINCKE, *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, pp. 499-547, citando HANS HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, 1982, pp. 97-114.

[15] Além da cláusula geral de responsabilidade, cujo modelo é o *Code civil* francês, alguns autores referem-se à "cláusula unitária" (*Einheitsklausel*), sendo indicado o Código Civil saxônio (*sächsisches BGB*) de 1863, cujo § 116 dispunha: *"quem através de ações, sejam comissivas ou omissivas, violar direito de outrem deve, quando configurada sua culpa, responder por isto"* (*"wer durch Handlungen, seien es Begehungen oder Unterlassungen, die Rechte eines andern verletzt, ist, wenn ihm eine Verschuldung zur Last fällt, dafür einzustehen verbunden"*). Por meio de uma cláusula unitária não se estabelece propriamente uma cláusula geral a ser concretizada pelas cortes na solução dos casos concretos. Trata-se, em verdade, de um dispositivo que unifica diversas regras específicas estabelecidas pelo legislador no próprio diploma legal. Por exemplo, afirma-se que o ALR, embora estabeleça no § 93 de sua introdução que *"aquele que impedir outrem a exercer seu direito ofende o mesmo e é responsável por todos os danos e prejuízos daí resultantes"*, não contém uma cláusula geral de responsabilidade, pois prevê normas específicas sobre a "definição" de dano e sobre os deveres e direitos resultantes dos atos ilícitos. Sobre o tema cf. referências em BENÖHR, *Die Redaktion* cit., *passim*.

[16] Franz Philipp Friedrich von Kübel (1819-1889), magistrado alemão do século XIX, exerceu importante papel nos trabalhos da primeira comissão, da qual foi membro.

[17] Trata-se do "projeto de lei comum sobre as relações obrigacionais para os estados federados alemães" (*Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse*) elaborado por uma comissão da federação alemã entre 1863 a 1866.

[18] O § 1 I do anteprojeto, transcrito em BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 533, possuía a seguinte redação: *"Hat jemand durch eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung aus Absicht oder aus Fahrlässigkeit einem anderen einen Schaden zugefügt, so ist er diesem zum Schadenersatz verpflichtet"*.

[19] A primeira comissão (*erste Kommission*) foi responsável pela elaboração do primeiro projeto de código, exercendo sua função de 1874 a 1889. Ela apresentou seu projeto em 1888.

ser pressuposto para o nascimento do dever de reparar o dano a violação de um direito subjetivo ou a infração de uma norma jurídica.[20] Em outras palavras, a provocação do dano já deveria ser considerada, por si e em si, um delito, salvo justificação específica da legitimidade da conduta.[21] Porém, em momento posterior a mesma primeira comissão afastou-se dessa linha de raciocínio, dividindo a cláusula geral de von Kübel nos dois suportes fáticos genéricos do atual § 823 do BGB e estabelecendo a origem do "suporte fático residual" (*Auffangtatbestand*) do também atual § 826 do referido diploma.[22]

A pré-comissão do Ministério da Justiça do *Reich*[23] aprimorou a redação dos três suportes fáticos e restringiu a responsabilidade por danificação desleal à hipótese de dolo. A segunda comissão[24] contrapôs-se ao ponto de vista inicial da primeira, rejeitando expressamente a adoção de uma cláusula geral de responsabilidade em favor de um método enunciativo.[25] Do ponto de vista prático, aperfeiçoou ainda mais a redação dos dispositivos

---

[20] Ao tratar do "ato ilícito" (*unerlaubtes Verhalten*) no direito comum WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts I*, 3 ed, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1870, p. 258 e segs (= § 101), distingue duas espécies: a violação de um direito subjetivo (*Verletzung eines subjektiven Rechts*) e a conduta proibida (*verbotenes Verhalten*). O pandectista, *ibidem*, p. 258 (= § 101), nt. 1, cita os exemplos do furto e da fraude. No primeiro caso o agente viola o direito de propriedade do lesado, mas não é apenas em razão disso que comete um ilícito, mas porque age conscientemente em contradição com o ordenamento jurídico. Na fraude, sequer há direito lesado, mas a conduta é ilícita, pois se cuida de provocação consciente de dano. As duas espécies de atos ilícitos compõem o atual § 823 do BGB. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 202, citando WINDSCHEID como referência, afirma ser o direito comum a origem dos suportes fáticos contidos mencionado parágrafo.

[21] Windscheid, Kurlbaum e Planck defenderam a eliminação da antijuridicidade. Para eles a conduta lesiva culposa é, como apontado, por si e em si um delito. Os juristas divergiam num ponto, todavia: a definição da hipótese de legitimação. Windscheid propôs que *"o dever de reparar o dano é excluído se o lesante agiu no exercício de um direito"* (*"die Verpflichtung zum Schadensersatz fällt weg, wenn der Schadenszufügende in Ausübung eines Rechtes gehandelt hat"*). Kurlbaum seguia a mesma orientação, exigindo, especificamente, o exercício de um direito subjetivo. Por sua vez, Planck partia do pressuposto pelo qual a conduta devia ser realizada em vista de um legítimo interesse. Sobre o tema cf. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 521-522.

[22] Especificamente nesse sentido cf. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 534, o qual critica o entendimento segundo o qual a exigência da antijuridicidade e o estabelecimento de três suportes fáticos fundamentais é obra da segunda comissão. Para BENÖHR, *ibidem*, pp. 505 e 522, os membros da primeira comissão "derrubaram" a cláusula geral ao decidirem que na hipótese de violação de direito a culpa não precisa abranger o dano, mas apenas a lesão ao bem jurídico, ao passo que na infração de lei ou conduta desleal o elemento subjetivo também deve se referir ao prejuízo.

[23] A *Vorkommission des Reichtsjustizamts* atuou de 1890 a 1893 na elaboração do BGB.

[24] A segunda comissão (*zweite Komission*) foi estabelecida em 1890. Suas atividades encerraram-se em 1896.

[25] Embora já se encontrem nos trabalhos da primeira comissão a estrutura básica dos suportes fáticos gerais dos §§ 823 e 826, somente com a segunda comissão houve uma clara oposição à previsão de uma cláusula geral, apesar de muitos de seus membros haverem composto a primeira (cf. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 544). Nos protocolos do BGB (*Protokole*) fica clara a perspectiva metodológica que afinal prevaleceu. Para a segunda comissão *"[e]s entspreche aber weder der Tendenz des Entwurfs noch der im deutschen Volke herrschenden Auffassung von der Stellung des Richteramts, die Lösung solcher Aufgaben, die durch das Gesetz erfolgen können, auf die Gerichte abzuwälzen. Es lasse sich nicht absehen, zu welchen Konsequenzen die Einräumung einer autoritativen Stellung an den Richter führen und ob nicht die deutsche Rechtsprechung zu ähnlichen Auswüchsen wie die französischen Gerichte gelangen würde. Diesen Bedenken gegenüber verdiene es den Vorzug, dem Richter zu seiner Entscheidung schon im Gesetz einen gewissen objektiven Maßstab an die Hand zu geben"* (citado por BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 542)

e em 22 de outubro de 1891 enviou o texto definitivo ao chanceler do *Reich*. No mesmo dia este o encaminhou ao Conselho Federal (*Bundesrat*), que não introduziu alteração alguma nos textos que originaram os atuais §§ 823 e 826 do BGB. O conteúdo correspondente ao primeiro dispositivo também não sofreu alteração na Câmara do Reich (*Reichstag*), a qual, contudo, retirou do texto correspondente ao § 826 a exceção legitimadora do exercício de um direito reconhecido ao agente.[26]

Eis, portanto, a redação dos §§ 823 e 826 do BGB[27]:

> *§ 823. Dever de reparar o dano.* (1) Quem por dolo ou negligência viola de forma antijurídica a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito de outrem deve reparar os danos daí resultantes. (2) O mesmo dever incumbe àquele que infringe uma lei que objetive à proteção de outrem. Ainda que, segundo o seu teor, a lei possa ser transgredida independentemente de culpa, o dever de reparação somente se configura no caso de culpa.
>
> *§ 826 Danificação dolosa e contrária aos bons costumes.* Quem, de maneira contrária aos bons costumes, causar por dolo dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

2.2.1. Responsabilidade por violação de direito absoluto

Para o Código Civil alemão nem toda intervenção na esfera jurídica alheia fundamenta um dever de indenizar. Seu § 823 I tutela especialmente o direito à vida (*Leben*), ao corpo[28] (*Körper*), à saúde (*Gesundheit*), à liberdade (*Freiheit*) e à propriedade

---

[26] Na previsão anterior a conduta contrária aos bons costumes, mas realizada no exercício de um direito reconhecido ao agente (*"nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes*), não ensejava responsabilidade nos termos do dispositivo. Cf. redação transcrita em BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 545.

[27] *§ 823 Schadensersatzpflicht*. (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoßt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

§ 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

[28] Ou integridade física.

(*Eigentum*).[29] Para o legislador esses cinco direitos são, em princípio, os componentes mais importantes da esfera jurídica dos sujeitos de direito.

Porém, o dispositivo legal estabelece uma cláusula de fechamento: a violação de "outro direito" (*sonstiges Recht*) também enseja o dever de reparar do dano. A noção apoia-se na definição de direito de propriedade: para ser protegido é mister que o bem jurídico não catalogado atribua a seu titular um âmbito de domínio preciso, do qual terceiros são excluídos.[30] Dessa forma, também recebem a proteção delitual do § 823 I os direitos reais de garantia, o usufruto (*Nießbrauch*), o direito real de uso (*Wohnungseigentum*), a posse (segundo corrente majoritária), os direitos de propriedade imaterial (como a patente, os direitos de autor *etc*.), o direito ao nome *etc*.

Com isso o legislador alemão pretendeu afastar da proteção do § 823 I os interesses de personalidade de natureza imaterial. Em princípio somente são tutelados os aspectos da personalidade de natureza material: a vida, o corpo (ou integridade física) e a saúde, sendo a liberdade compreendida como liberdade de locomoção.[31] Além desses direitos, a jurisprudência conferiu tutela a alguns interesses imateriais. As cortes reconheceram como "outro direito" o brasão da família (*Familienwappen*), o direito moral de autor (*Urheberpersönlichkeit*), o direito à imagem *etc.*, e protegeram a honra pela conjugação dos §§ 185 a 187 do Código Penal alemão com o § 823 II do BGB.[32]

No entanto, essa tutela era pontual e, portanto, insuficiente face ao aumento das possibilidades técnicas de ingerência na esfera pessoal do ser humano. Por exemplo, a interceptação telefônica e a captação de conversas não eram sancionadas pelo direito privado.

---

[29] Para LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts II – besonderer Teil*, 11 ed, Munique, Beck, 1976, pp. 532-536, a vida, o corpo, a saúde e a liberdade não são "direitos subjetivos". Ao contrário da propriedade e de outros direitos subjetivos, eles não consistem em objetos sobre os quais o sujeito dispõe de um poder de domínio. Em verdade, trata-se, segundo o autor, de direitos assemelhados (*gleichgestellt*) a direitos subjetivos. Conforme esclarecem e FIKENTSCHER e HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 ed., Berlim, De Gruyter Recht, 2006, p. 1560, essa circunstância pouco importa para o direito delitual. É irrelevante se o objeto de tutela relativo à pessoa encontra-se ou não à sua disposição. Em substituição à expressão "direito subjetivo absoluto", os autores sugerem o emprego da expressão "bens jurídicos absolutamente protegidos" (*absolut geschützte Rechtsgüter*), a qual abrange tanto os direitos da personalidade quanto os direitos de domínio (*Herrschaftsrechte*).

[30] Cf. LARENZ, *Lehrbuch II* cit., p. 533. Entretanto, o autor ressalva inexistir no direito ao nome e outros aspectos da proteção da personalidade humana a atribuição de um âmbito de domínio ao seu titular. Contudo, o direito ao nome deve ser observado por todos e, na medida em que é reconhecido como um direito subjetivo pelo ordenamento jurídico, integra o § 823 I do BGB.

[31] As definições dos direitos enunciados no dispositivo correspondem, de modo genérico, às noções vigentes no direito positivo brasileiro, salvo em relação à liberdade (*Freiheit*), a qual é entendida como livre locomoção física (*körperliche Fortbewegungsfreiheit*). Sobre o tema cf. WAGNER, in *MüKoBGB*, § 823, com. 161 e segs.

[32] LARENZ, *Lehrbuch II* cit., pp. 548-549.

Criticava-se também o fato de a propriedade possuir tutela mais abrangente (§ 823 I do BGB) que a honra (§ 823 II do BGB).[33] Por fim, durante o domínio nacional-socialista a sociedade alemã experimentara o desrespeito sistemático da individualidade do ser humano, o que despertou a atenção da comunidade jurídica para a questão. Com apoio na nova ordem constitucional e na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a nova jurisprudência conferiu tutela abrangente ao ser humano no âmbito civil. Reconheceu-se o Direito Geral de Personalidade (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*)[34] como "outro direito" (*sonstiges Recht*), o qual passou a ser merecedor da tutela delitual do § 823 I do BGB.

O problema desse desenvolvimento jurisprudencial consiste em o Direito Geral de Personalidade não se amoldar perfeitamente às características dos direitos catalogados no citado dispositivo. Para FIKENTSCHER e HEINEMANN a mera intervenção em um dos direitos da personalidade não faz presumir ("indiciar") a antijuridicidade da conduta, sendo indispensável proceder à ponderação dos interesses e dos bens envolvidos no conflito concreto.[35] Em sentido semelhante LARENZ afirma inexistir um suporte fático lesivo (*Verletzungstatbestand*) claramente delimitado do qual se possa extrair a antijuridicidade da conduta, de sorte que o reconhecimento do Direito Geral de Personalidade rompe a moldura originalmente concebida para o § 823 I do BGB. De fato, o BGH, conforme noticia o mesmo autor, já decidiu que o alcance do Direito de Personalidade pode variar totalmente "segundo a configuração das coisas".[36]

Problema semelhante ocorre com o denominado *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*, ou seja, o "direito com caráter real concretizado num comércio instalado e explorado".[37] Esse direito foi reconhecido pela jurisprudência do Tribunal do

---

[33] A tutela é mais abrangente por depender apenas da intervenção culposa no bem jurídico propriedade, ao passo que a responsabilidade em caso de lesão à honra pressupõe infração de lei específica.

[34] Segundo LARENZ, *Lehrbuch II* cit., p. 550, o Direito Geral de Personalidade consiste, segundo sua natureza, num *"direito ao respeito, à não violação da personalidade, e com efeito em suas exteriorizações imediatas (como a aparência, a escrita e a voz), seu valor social (honra) e no âmbito de existência a ela imediatamente pertencente (esferas privada e íntima)"*. No original: *"Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nach seiner Natur ein Recht auf Achtung, auf Nichtverletzung der Person, und zwar in ihren unmittelbaren Äußerungen (wie Erscheinungsbild, Schrift und Rede), ihrer sozialen Geltung (Ehre) und ihrem ihr unmittelbar zugehörigen Daseinbereich (Privat- und Intimsphäre)"*.

[35] FIKENTSCHER e HEINEMANN, *Schuldrecht* cit., pp. 775-776.

[36] *Lehrbuch II* cit., p. 551. O julgado citado é BGHZ 24, 80: *"je nach der Gestaltung der Dinge"*.

[37] FIKENTSCHER e HEINEMANN, *Schuldrecht* cit., p. 767, denominam esse direito de "direito à empresa" (*Recht am Unternehmen*) ou de "direito de personalidade econômico" (*Wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht*), terminologia não empregada pelas cortes e pela maioria dos autores tedescos. A título comparativo cf. WAGNER, in *MüKoBGB*, § 823, com. 250 e segs.

Reich já nas primeiras décadas de vigência do BGB.[38] Os redatores do código não puderam prever a profunda alteração da realidade econômica ocorrida durante o século XX. O surgimento de grandes corporações e de associações de caráter econômico, o estabelecimento de complexos e profundos inter-relacionamentos entre os agentes econômicos, e a crescente concentração do poder financeiro confluíram para a insuficiência do modelo concebido pelo legislador germânico no que diz respeito à proteção da esfera econômica. A tutela delitual da atividade empresarial através do § 823 II do BGB apresentava muitas lacunas, pois pressupunha regulamentação suficientemente abrangente da vida econômica através de leis esparsas. Além de inviável face à coeva dinamicidade das atividades empresariais, isso esbarrava em empecilhos criados por inevitáveis interferências do poder econômico no processo legislativo. Por outro lado, a cláusula geral do § 826, por possuir pressupostos restritivos (dolo e deslealdade da conduta), também não oferecia solução satisfatória. Portanto, era mister a criação de um suporte fático amplo. O caminho trilhado pela jurisprudência foi a responsabilidade prevista no § 823 I do BGB.

Embora alguns autores propugnem pelo desenvolvimento de um "Direito de Personalidade Econômico" (*Wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht*),[39] as cortes procederam com acentuada cautela. Uma ampla e imprecisa proteção da esfera econômica implicaria excessiva limitação à liberdade de iniciativa e levaria à irrestrita "indenizabilidade" de "danos puramente patrimoniais" (*reine Vermögensschäden*), o que contraria o modelo do BGB.[40] Em linhas gerais, o Tribunal do *Reich* restringiu a tutela delitual à situação de interferência na existência (*Bestand*) da empresa: a atividade empresarial em si não merece proteção, de sorte que a intervenção nas "chances de lucro" (*Erwerbschancen*) não enseja

---

[38] A decisão RGZ 28, 24, de 1904, é apontada como a primeira desse processo de reconhecimento jurisprudencial.

[39] FIKENTSCHER e HEINEMANN, *Schuldrecht* cit., pp. 767-769. Esse direito protegeria a "esfera monetária" (*Geld-Sphäre*) do cidadão, estabelecendo um quadro protetivo para a liberdade de desenvolvimento e de ação do "homem comum" (*Kleiner Mann*), do consumidor padrão, da classe média e dos marginalizados contra prejuízos causados por detentores de poder econômico.

[40] Sobre o tema no direito civil alemão cf. a exposição de JAN PETER SCHMIDT, *Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado*, pp. 732-734, in OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, GLADSON MAMEDE e MARIA VITAL DA ROCHA (coords.), *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 731-739. O autor explica que *"o dispositivo básico no âmbito da responsabilidade civil por ato ilícito (§ 823 I, BGB) não requer apenas a ocorrência de algum dano, mas também a violação de bens jurídicos determinados, na doutrina também chamados de 'bens jurídicos absolutos' (*absolute Rechsgüter*)"*. Em seguida destaca: *"[o] que é interessante para o tema desta contribuição é o fato de o patrimônio em si mesmo nunca ter sido reconhecido como bem jurídico tutelado pelo § 823, I, BGB. Em consequência, salvo hipóteses específicas, no regime de responsabilidade extracontratual não se indenizam danos de caráter exclusivamente patrimonial (*reine Vermögensschäden*)"* (destaques no original).

indenização por perdas e danos. Esse rigor foi posteriormente relativizado. A atividade empresarial passou a ser tutelada desde que interna à empresa estabelecida, de sorte que permaneceram excluídos da proteção os empresários em potencial.[41]

Além disso, nem toda intervenção no referido direito é considerada antijurídica: os tribunais exigem que ela seja "imediata". Ou seja, ela não pode incidir sobre direitos ou bens jurídicos que possam ser, sem mais nem menos, destacados da empresa. O exemplo clássico é o da ruptura de cabo de eletricidade que alimenta estabelecimento empresarial, situação na qual os tribunais alemães decidem não caber indenização contra terceiro por perdas puramente patrimoniais decorrentes da interrupção do fornecimento de energia.[42] Sobre a hipótese, JAN PETER SCHMIDT cita o caso em que, durante obras de construção em uma rua, um cabo elétrico foi danificado e uma fábrica confinante ficou sem eletricidade, o que interrompeu a sua produção por várias horas. A decisão foi pela não responsabilização.[43]

Mesmo com a cautela da jurisprudência alemã, o fato é que, assim como o Direito Geral de Personalidade, o *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* diferencia-se dos direitos absolutos catalogados no § 823 I. Não há como inferir (ou 'indiciar') a antijuridicidade da conduta da intervenção no referido bem jurídico,[44] pois tal direito, ao contrário, por exemplo, da propriedade, não possui contornos bem definidos. A contrariedade ao direito pressupõe necessariamente ponderações entre os valores sociais e individuais da conduta e do resultado lesivo. É o que ocorre, por exemplo, quando um artigo de jornal critica um empresário. Nessa situação comparam-se os valores da liberdade de expressão e do direito à informação com as consequências lesivas sofridas pelo empresário,[45] de forma muito semelhante ao que ocorre na violação do Direito Geral de Personalidade. Por

---

[41] Em sentido contrário FIKENTSCHER e HEINEMANN, *Schuldrecht* cit., p. 773, propõem o alargamento da proteção, para abranger, além da existência e do exercício da atividade empresarial, o seu planejamento e a sua preparação.

[42] No entanto, o requisito da natureza imediata é atacado por parte da doutrina, para a qual ele somente é adequado para as interferências físicas, disfarçando, nas demais hipóteses, o cerne do problema: a necessidade de desenvolvimento de regras de conduta de natureza jurídico-econômica. Nesse sentido cf. FIKENTSCHER e HEINEMANN, *Schuldrecht* cit., p. 774.

[43] JAN PETER SCHMIDT, *Responsabilidade civil no direito alemão* cit., p. 733, citando BGHZ 29, 65.

[44] LARENZ, *Lehrbuch II* cit., pp. 559-560; VON CAEMMERER, *Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB*, pp. 565-566, in H. G. LESER (ed.), *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften I – Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Tübingen, Mohr, 1968, p. 554-581.

[45] FIKENTSCHER e HEINEMANN, *Schuldrecht* cit., p. 774; LARENZ, *Lehrbuch II* cit., p. 549, cita como principal precedente decisão proferida em 1954 pelo BGH (BGHZ 13, 334).

isso, afirma-se que a proteção genérica da liberdade do ser humano entrou no direito delitual alemão pela porta dos fundos.[46]

Nesse contexto, alguns autores sustentam a aproximação do regime delitual do BGB ao modelo de cláusula geral de responsabilidade.[47] Nessa mesma linha de ruptura também se encontram os denominados "deveres (de segurança) do tráfego" [48] (*Verkehrs(sicherguns)pflichten*), reconhecidos e concretizados pelas cortes para situações em que inexiste intervenção direta da conduta lesiva no bem jurídico tutelado.[49] É o que ocorre quando o proprietário de imóvel com livre acesso ao público não toma as cautelas necessárias para prevenir acidentes envolvendo visitantes ou transeuntes. Os deveres de segurança do tráfego, ou simplesmente "deveres do tráfego" (*Verkehrspflichten*), representam uma abertura do suporte fático do § 823 I, pois consistentes em regras de condutas estabelecidas pelas cortes. Eles possuem especial importância para a análise da aplicação da teoria do escopo de proteção da norma, pois servem como referencial para a interpretação.[50]

Feita essa observação, impende destacar outro conspecto[51] da centralidade do § 823 I no regime delitual no BGB. Ele diz respeito à proteção do patrimônio como tal e aos direitos subjetivos relativos, sejam eles direitos de crédito ou formativos (*Gestaltungsrechte*).

A tendência dos juristas medievais era pela responsabilização extracontratual de danos puramente patrimoniais, posicionamento que predominou na doutrina e jurisprudência do século XVII e, segundo alguns autores, foi acolhido na definição legal de dano prevista no ALR.[52] No *usus modernus* se protegia delitualmente os direitos obrigacionais, ao menos mediante a aplicação analógica da *lex Aquilia*. Contudo, o tema tornou-se controverso no direito prússiano. Sua jurisprudência firmou-se, no século XIX, no sentido contrário à

---

[46] Nesse sentido cf. FIKENTSCHER e HEINEMANN, *Schuldrecht* cit., p. 762.
[47] Cf. VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, *passim*, in LESER (ed.), *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften I – Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Tügingen, Mohr, 1968, pp. 452-553.
[48] Ou do comércio.
[49] Cf. observação na introdução *supra*.
[50] Cf. capítulo 3 *infra*.
[51] De certa forma já tangenciado nas exposições acima.
[52] Cf. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 510.
[52] ALR I 6 § 1. Cf. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 510.

responsabilização. Esta solução também foi adotada no direito comum vigente na mesma centúria.[53]

Nessa linha evolutiva, a segunda comissão também foi restritiva quanto ao tema, vinculando a responsabilidade do § 823 I do BGB à violação de direito absoluto, como já assinalado. O dano puramente patrimonial e a violação de direito relativo não fundamentam o dever de indenizar, o que somente é possível nos quadros das responsabilidades previstas nos §§ 823 II e § 826.

Por fim, o terceiro e último aspecto consiste em saber se o "lesado indireto" possui direito à indenização. Ou seja: se o direito delitual garante o interesse de terceiro que sofre prejuízo em consequência de violação de direito de outrem (vítima propriamente dita).[54] Seguindo a orientação então dominante no direito prússiano e no direito comum,[55] o legislador alemão decidiu pela não responsabilização. Por exemplo, quem provoca a morte do melhor cliente de um alfaiate não responde pelos lucros cessantes sofridos por este em razão da violação à vida da vítima direta. Também não há responsabilidade civil em favor da seguradora que indeniza a vítima direta. A questão é resolvida por outros institutos.[56]

Desta forma, pela regra geral o direito delitual não socorre ao lesado indireto,[57] salvo nas exceções legais. No BGB elas se encontram nos §§ 844 e 845. O primeiro trata das pretensões reparatórias de terceiros no caso de morte. A primeira alínea do dispositivo impõe ao responsável o dever de arcar com as despesas de sepultamento, enquanto a alínea segunda cuida do pagamento de pensão aos dependentes do falecido. O § 845 trata das pretensões indenizatórias por serviços não prestados. Ele dispõe que, no caso de morte, lesão do corpo ou da saúde, assim como no de privação de liberdade, incumbe ao lesante reparar mediante

---

[53] Cf. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 510.
[53] Cf. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 510.
[54] A questão não se confunde com o problema da distinção entre dano direito e indireto. Cf. LANGE e SCHIEMANN, *Schadenersatz* cit., p. 63.
[55] Cf. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 520.
[56] O caso soluciona-se, em princípio, pela cessão da pretensão indenizatória do segurado em favor da seguradora.
[57] Von Jacubezky propôs à pré-comissão regra sobre a denominada "liquidação de dano em interesse de terceiro" (*Schadensliquidations im Drittinteresse*): existindo relação jurídica pela qual a vítima fica vinculada a transferir a terceiro a pretensão indenizatória, este poderá demandar o responsável diretamente. Cf. transcrição em BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 521: *"Besteht in Ansehung des Gegenstandes, an welchem der zu ersetzende Schaden entstanden ist, zwischen dem Beschädigten und einem Dritten ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Beschädigte den Ersatzanspruch dem Dritten abzutreten verpflichtet ist, so kann von dem Schuldner Ersatz des dem Dritten entstandenen Schadens gefordert werden"*. Porém, a proposta foi rejeitada. O jurista insistiu novamente perante a segunda comissão, a qual também não a acolheu (cf. *ibidem*, p. 544).

o pagamento de pensão em dinheiro o prejuízo sofrido por terceiro quando o lesado, por força de lei, encontrava-se vinculado à prestação de serviço em sua residência ou empresa.

2.2.2. A infração de "lei de proteção" (Schutzgesetz)

No *usus modernus*, no direito comum, no prússiano[58] e no austríaco[59] vigia o princípio pelo qual o cometimento de uma infração de direito público pode implicar, além de uma "ação" pública, uma de natureza privada.[60] A mesma orientação foi seguida pelo BGB. Além da intervenção em direito absoluto alheio, também constitui ato ilícito (*unerlaubte Handlung*) a conduta transgressora de "lei de proteção" (*Schutzgesetz*), com o que normas dessa natureza são, por assim dizer, "transportadas" de sua área de origem ao direito da responsabilidade delitual.

Entende-se por "lei de proteção" (*Schutzgesetz*) toda disposição, de direito penal ou administrativo, prescrevendo ou proscrevendo certo comportamento com o escopo de proteger determinados "bens da vida" (*Lebensgüter*) de titularidade de certas pessoas ou certos grupos de pessoas.[61] Apesar do termo empregado no dispositivo do BGB, não se exige violação de lei em sentido formal. Por exemplo, a infração de regra contida em decreto sobre o exercício do poder de polícia (*Polizeiverordnung*) pode fundamentar a responsabilidade prevista no § 823 II. Contudo, existem limites: os atos administrativos, por carecerem de generalidade e abstração, em princípio não devem ser considerados "lei de proteção".[62] Além disso, o fato de a norma infringida visar ao interesse público não exclui necessariamente sua qualificação como "lei de proteção", desde que paralelamente a essa finalidade haja o escopo, ainda que secundário, de tutelar interesses particulares. Contudo, nessa hipótese é indispensável que a norma atribua ao particular poder jurídico para proteger o seu interesse contra o infrator mediante o recurso a expedientes de direito privado.[63] Consequentemente é vedado aos sujeitos de direito invocarem como fundamento norma cuja

---

[58] ALR I 6 § 26: *"Insonderheit muß der, welcher ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigersetz vernachlässigt, für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, ebenso haften, als wenn derselbe aus seiner Handlung unmittelbar entstanden wäre"*.
[59] AGBG § 1.311.
[60] Cf. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., pp. 512-513.
[61] Cf. LARENZ, *Lehrbuch II* cit., pp. 545-546.
[62] Cf. KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht*, 11 ed., Munique, Franz Vahlen, 2010, p. 96.
[63] BGHZ 40, 306, 307, citado por LARENZ, *Lehrbuch II* cit., p. 546.

incidência dependa de regulamentação pelo poder público, pois os âmbitos pessoal e material dos interesses tutelados devem estar devidamente fixados.

O dever de reparar o dano somente nasce se a inobservância da norma violada for culposa, ainda que pelo conteúdo desta isso não seja necessário à caracterização da infração pública.[64] Contudo, não se indaga sobre a previsibilidade da lesão de eventual bem jurídico ou do dano. A pré-comissão do Ministério da Justiça do *Reich* e a segunda comissão do BGB afastaram a limitação da responsabilidade aos danos previsíveis contida no projeto elaborado pela primeira comissão.[65] Para a doutrina dominante a culpa somente precisa se relacionar à infração da lei, não ao resultado lesivo, embora muitos autores restrinjam essa afirmação à hipótese de delito de perigo abstrato (*abstraktes Gefährdungsdelikt*).[66] Em termos práticos ocorre uma espécie de "antecipação" da proteção delitual em relação aos direitos já tutelados pelo § 823 I. Por exemplo, o BGH já decidiu quanto ao crime de rixa (*Schlägerei*) que a responsabilidade civil do agente não depende da prova de ele haver causado a lesão corporal ou prestado auxílio ao seu efetivo autor, ressalvando, contudo, a possibilidade de exclusão da responsabilidade mediante prova da inexistência de causalidade entre a conduta do agente e a da vítima.[67]

Em princípio a desnecessidade de que o dano seja propriamente culposo resolve-se por critérios objetivos, de acordo com as diferentes teorias propostas.[68] No entanto, os redatores do BGB, ao afastarem a limitação da previsibilidade, já indicavam um critério específico,[69] qual seja, a aferição do interesse tutelado pela norma, sendo rica a casuística

---

[64] Porém, a infração objetiva da "lei de proteção" faz presumir a culpa do autor do dano, desde que o suporte fático da norma descreva com suficiente precisão a conduta devida. Se a formulação da "lei de proteção" pautar-se no resultado e não na conduta lesiva, a aplicação da presunção levaria a uma responsabilidade pelo risco. Nesse sentido, o BGH já afastou a responsabilização com base em regra vedando a fabricação e a comercialização de produtos alimentícios nocivos à saúde em hipótese de contaminação por salmonela. Cf. BGHZ 116, 104, citado por KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., p. 103.

[65] Cf. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 514 e 539.

[66] Sem a referida restrição cf. RÜMELIN, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht*, pp. 304-305, in *Archiv für die civilistische Praxis* 90 (1900), pp. 171-344, e KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., pp. 101-102. Restringindo à hipótese de infração de norma visando à proteção de outrem contra perigo abstrato cf. LARENZ, *Schuldrecht II* cit., p. 545; WAGNER, in *MüKoBGB* § 823, com. 415 e segs.

[67] BGHZ 103, 197.

[68] Todavia, existem autores que divergem do entendimento majoritário. Nesse sentido cf. STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, *passim*, in *Recht und Staat* 364/265 (1968).

[69] Para a segunda comissão a responsabilidade por infração de "lei de proteção" *"könne jedoch nur solche Gebote und Verbote in Betracht kommen, welche darauf abzielen, die Interessen des einen vor der Beeinträchtigung durch den anderen zu bewahren, nicht dagegen die im Interesse der Gesamtheit auferlegten gesetzlichen Pflichten, welche, weil sie den Interessen aller förderliche seien, auch jedem irgendwie Beteiligten zugute kommen"* (Prot. II, 567, citado por BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 515). Quanto à pré-comissão cf. *ibidem*, p. 539.

germânica em decisões recorrendo à noção de escopo de proteção para solucionar essa espécie de problema.[70] De fato, a doutrina tedesca é remansosa sobre a aplicação desse critério para o § 823 II do código alemão.[71]

Segundo KÖTZ e WAGNER o § 823 II do BGB estende o âmbito de proteção da responsabilidade delitual aos danos puramente patrimoniais, desde que a norma infringida considere os interesses patrimoniais como dignos de proteção.[72] De fato, sua incidência não pressupõe a intervenção em bem jurídico absoluto. Entretanto, o escopo da norma pode indicar a circunscrição da indenização a determinadas espécies de dano, sendo comum, por exemplo, decisões rejeitando pretensão indenizatória sobre o fundamento de a norma violada proteger apenas o direito à vida ou à saúde, mas não interesses puramente patrimoniais.[73]

2.2.3. A responsabilidade por dano provocado desleal e dolosamente

Ciente da insuficiência dos suportes fáticos do § 823 do BGB, o legislador alemão previu, em termos semelhantes à *actio de dolo* do direito romano, o "suporte fático residual" (*Auffangtatbestand*) do § 826, que estabelece a responsabilidade daquele que de forma ofensiva aos bons costumes causar dolosamente dano a outrem.[74]

O dispositivo exige que o dano tenha sido causado de forma dolosa e desleal, ou melhor, contrária aos bons costumes. O primeiro elemento não estava previsto no projeto originário do BGB, tendo sido inserido pela segunda comissão, a qual era crítica quanto aos supostos excessos da jurisprudência francesa e acreditava, "ingenuamente", ser rara a provocação por negligência de danos puramente patrimoniais.[75] Em linhas gerais, basta o dolo eventual. O resultado lesivo deve ter sido ao menos previsto e "aceito" pelo agente.

---

[70] Cf. capítulo 3 *infra*.
[71] RÜMELIN, *Die Verwendung* cit., p. 305, já considerava insuficiente a aplicabilidade da teoria da causalidade adequada ao vínculo entre o ato de infração da norma e o resultado lesivo. Dentre outros, mencionava o seguinte exemplo: quem não espalha cascalho na calçada de pedestre (para prevenir escorregões no inverno) não responde pela queda de uma senhora de idade que, percebendo o risco de continuar a caminhada, aguarda um cocheiro, o qual, todavia, provoca sua queda, causando-lhe uma fratura na perna.
[72] Cf. KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., p. 96.
[73] Por exemplo, o BGH já decidiu que os delitos de falsificação de documento do § 267 e seguintes do StGB não podem ser diretamente aplicados para a proteção de interesses patrimoniais (BGHZ 100, 13).
[74] Cf. KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., p. 103; LARENZ, *Lehrbuch II* cit., pp. 562-563.
[75] Cf. KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., pp. 108-109. Para Planck a regra também deveria ser aplicada à hipótese de negligência, mas seu voto não prevaleceu. Sobre o aspecto histórico cf. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 517.

A contrariedade aos bons costumes também é necessária, pois, caso contrário, simples atos de concorrência econômica, como uma promoção realizada por um supermercado, gerariam o dever de indenizar os prejudicados, por exemplo, pela baixa do preço. Dessa forma, o comportamento deve ser "desleal" (*sittenwidrig*), critério a ser concretizado pela jurisprudência com base na moral prevalecente.[76] Basta que o agente tenha consciência das circunstâncias que configuram a contrariedade aos bons costumes no caso concreto, não lhe socorrendo a alegação de desconhecimento da reprovabilidade social. A todo imputável é imposto o dever de ciência dos parâmetros morais de seus contemporâneos.

A cláusula do § 826 visa tanto a interesses puramente patrimoniais como a interesses da personalidade de natureza imaterial. Como este segundo aspecto foi sobreposto pela evolução jurisprudencial empreendida nos quadros da responsabilidade prevista no § 823 I, afirma-se que atualmente a relevância prática do § 826 circunscreve-se aos danos puramente patrimoniais.[77] De qualquer forma, a função do dispositivo é subsidiária. Em regra os demais direitos já encontram proteção no § 823 I, que não exige os requisitos da deslealdade e do dolo. Além disso, a tutela dos direitos patrimoniais deve ser procurada primeiramente no § 823 II.

A casuística alemã é rica em exemplos de aplicação desse dispositivo, embora os tribunais sejam rigorosos quanto ao requisito da "deslealdade" (*Sittenwidrigkeit*). Citem-se: hipóteses específicas e pontuais em que terceiro (cúmplice) instiga de forma desleal o devedor a descumprir a prestação contratual prometida ao credor, visando, dessa forma, obter vantagem à custa de outrem;[78] abuso de posição de monopólio para preestabelecer

---

[76] Para LARENZ, *Lehrbuch II*, cit., p. 563, a provocação do dano é desleal quando reprovável em razão de seu escopo, ou em razão do meio empregado, ou em consideração ao caráter (*Gesinnung*) nela revelado, ou até segundo os critérios da moral negocial geral e daquilo válido como "digno" (*anständig*): *"'Sittenwidrig' ist nicht schon jede vorsätzliche Schadenszufügung als solche, sondern nur diejenigen, die entweder wegen ihres Zwecks, oder wegen des angewandten Mittels, oder mit Rücksicht auf die dabei gezeigte Gesinnung, und zwar nach den Maßstäben der allgemeinen Geschäftsmoral und des als 'anständig' Geltenden, verwerflich ist"*. A jurisprudência vale-se de fórmulas vazias, referindo-se ao "sentimento de decoro de todos seres pensantes justos e imparciais" (*Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*). Daí o ceticismo de parte da doutrina quanto ao critério da contrariedade aos bons costumes. Entende-se não se tratar dos "bons costumes" como causa de invalidade do negócio jurídico (§ 138 I do BGB), relacionando-se o § 826 especificamente com o problema da indenização dos danos puramente patrimoniais. Nesse sentido cf. KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., pp. 104-107

[77] KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., pp. 103-104.

[78] Cf. LARENZ, *Lehrbuch II* cit., p. 564; KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., p. 107. Para o tema no Brasil cf. OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *A doutrina do terceiro cúmplice – autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos*, in *RT* 821 (2004), p. 80 e segs

condições contratuais iníquas;[79] pagamento de "propina" a mandatário daquele com o qual se realizam negociações;[80] divulgação de informações cientificamente falsas;[81] execução de sentença contraditória com a situação jurídica material em razão, por exemplo, de obtenção fraudulenta da decisão judicial, manipulação de prova *etc.*;[82] cônjuge virago que engana o marido quanto à origem da filiação de criança para fins de sustento desta.[83]

2.3. A estrutura do delito no direito civil alemão

A responsabilidade civil segundo o regime delitual do BGB pressupõe a violação de um bem jurídico ou de um interesse juridicamente protegido através de uma conduta ou ação lesiva (*Verletzungshandlung*) injusta. A estrutura da hipótese de incidência, compreendida em seu sentido genérico, qual seja, de conjunto de condições ao qual se liga uma consequência jurídica, não abrange apenas a referida violação (que estabelece o fundamento para a responsabilização), mas também seus reflexos lesivos no patrimônio ou na personalidade do lesado, os quais podem ou não se confundir com a "lesão primária". De fato, estabelecido o fundamento do dever de reparar o dano, em princípio todas as consequências lesivas devem ser indenizadas (princípio da reparação total ou integral), para o que a doutrina alemã, especificamente quanto ao § 823 I do BGB, distingue dois aspectos da causalidade: a "causalidade que fundamenta a responsabilidade" (*Haftungsbegründende Kausalität*), ou seja, o vínculo de causa e efeito entre a conduta do lesante e a violação do bem jurídico, e a "causalidade que preenche a responsabilidade" (*haftungsausfüllende Kausalität*), ou seja, o vínculo entre tal violação e as consequências lesivas daí resultantes.[84]

No que diz com a fundamentação, o delito civil do BGB, assim como no direito penal, é composto, segundo sua concepção tradicional, de três planos: tipicidade (*Tatbestand*), antijuridicidade (*Rechtswidrigkeit*) e culpabilidade (*Schuld*).[85] A hipótese de incidência do delito, compreendida em seu sentido estrito, descreve determinada conduta cuja ocorrência *in concreto* é avaliada, no segundo plano, como conforme ou contrária ao ordenamento jurídico, qualificação esta dependente da configuração ou não de uma causa excludente de

[79] RGZ 62, 266; 103, 83; 133, 388.
[80] BGH, NJW 62, 1099.
[81] RGZ 76, 319; 139, 105.
[82] Cf. KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., p. 108.
[83] BGH, JZ 1990, 438, com comentários de *Schwenzer*.
[84] Para a distinção cf., por todos, WAGNER, in *MüKoBGB § 823*, com. 56. A distinção será retomada abaixo.
[85] Cf. WAGNER, in *MüKoBGB § 823*, com. 1.

antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, consentimento da vítima *etc.*). A culpa refere-se ao suporte fático do delito (*e.g.* violação do direito absoluto, no § 823 I do BGB, ou a própria infração da lei de proteção, no § 823 II do mesmo diploma legal) cuja realização, além de evitável pelo agente, precisa ser prevista (dolo) ou ao menos previsível (culpa) para o agente.

Tem-se, assim, uma progressiva individualização da investigação do suporte fático do injusto, a qual, completada, fundamenta a responsabilidade. Com isso todo dano resultante da lesão ao direito ou ao interesse jurídico protegido deve, em princípio, ser indenizado, aspecto que suscita o problema da limitação da responsabilidade.

Antes, porém, de analisar a evolução deste tema e explicar a concepção adotada pelo legislador germânico quanto ao alcance do dever de reparar o dano, é preciso compreender uma importante distinção acolhida pela doutrina alemã e que diz com a fundamentação da responsabilidade prevista no § 823 I do BGB. Trata-se da diferenciação entre lesão direta e indireta. Ela surge na década de 1950 no contexto dos debates então iniciados sobre o conceito de antijuridicidade, tema que, apesar de não integrar o objeto do presente trabalho, é de fundamental importância para a compreensão do sentido e do papel da teoria do escopo da norma no direito alemão.[86]

2.4. As concepções de antijuridicidade

Em 4 de março de 1957 uma decisão do BGH deu início a uma revisão da concepção tradicional de antijuridicidade no direito civil alemão.[87] No julgado, envolvendo caso de acidente de trânsito provocado por ato de preposto, a corte alemã socorreu-se de pontos de vista discutidos na então moderna dogmática penal. No plano teórico, a questão analisada

[86] Destarte, não se investigará a tipicidade e a culpabilidade, nem a relação entre os três planos do delito civil. Como será visto no capítulo 3, a investigação do escopo da norma pressupõe uma norma de conduta como referência, a qual, em princípio, não é necessária para a responsabilidade por violação de direito absoluto, conforme inicialmente concebida no § 823 I do BGB.

[87] BGHZ 24, 21 (= JZ 1957, 543 = NJW 1957, 785). O autor feriu-se quando embarcava num bonde, sem que se esclarecesse se o acidente deveu-se a uma apressada sinalização do fiscal (*Schaffner*) para que o veículo partisse ou ao estado de embriaguês da vítima. Tratava-se, portanto, de um caso de responsabilização por ato do preposto (§ 831 do BGB). O BGH se valeu de uma "nova" causa de exclusão da antijuridicidade para acidentes de trânsito, a qual foi denominada pela corte de "causa legitimadora do comportamento conforme o tráfego" (*Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhalten*): a lesão é em princípio antijurídica, incumbindo ao demandado demonstrar a conformidade da conduta do agente lesivo com ordenamento jurídico. A decisão foi muito criticada pela doutrina e o BGH não invocou novamente a causa legitimadora. Segundo KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., p. 116 e segs., o julgado deve ser atualmente compreendido no sentido da inversão do ônus da prova quanto ao descumprimento do dever de cuidado pelo preposto.

pela doutrina civilista consistia em compreender o sentido da antijuridicidade de uma intervenção nos direitos e bens jurídicos protegidos pelo § 823 I do BGB. Ao contrário dos demais delitos genéricos do BGB, cujas hipóteses de incidência são constituídas ou pela infração de um dever de conduta (*e. g.* § 823 II do BGB) ou pela provocação dolosa e desleal de um dano (§ 826 do BGB), a do § 823 I do BGB é descrita a partir do resultado lesivo provocado (*erfolgsbezogen*). Ou seja, sua tipificação baseia-se na enunciação de direitos ou bens jurídicos cuja violação, quando atendidos os demais pressupostos da norma, confere ao respectivo titular direito à indenização do dano sofrido.

Como já assinalado, o dispositivo foi originalmente concebido para situações de intervenção nos bens jurídicos vida, corpo, saúde, liberdade (de locomoção) e propriedade, além de outros direitos (*sonstiges Recht*), como o direito ao nome, os direitos reais sobre coisa alheia *etc*. De acordo com esta perspectiva, toda "intervenção" (*Eingriff*) objetiva num bem jurídico tutelado, entendida como uma restrição (*Beeinträchtigung*) adequadamente provocada por uma conduta humana,[88] qualifica a conduta lesiva como antijurídica, independentemente da infração ou não de uma regra de conduta (teoria do resultado injusto)[89]. Afirma-se, nesse sentido, que a intervenção *indicia* a antijuridicidade, a qual somente é afastada se demonstrada uma causa justificadora, como a legítima defesa (*Notwehr*), o estado de necessidade (*Notstand*), o consentimento da vítima *etc*. Por exemplo, quem ocupa terreno alheio acreditando, sem culpa, ser seu verdadeiro proprietário, age de forma contrária ao direito; quem fere outrem, ainda que sem intensão e sem violação do dever geral de cuidado, também age de forma antijurídica.

Essa concepção de injusto civil fundamenta-se na teoria clássica da ação, para a qual o resultado típico é parte integrante de uma ação em sentido jurídico.[90] Nesse contexto, a teoria da causalidade adequada atua como critério restritivo do próprio conceito de ação:

---

[88] Cf. LARENZ, *Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivil Recht*, p. 169, in VON CAEMMERER, NIKISCH e ZWEIGERT (orgs.), *Vom deutschen zum europäischen Rechts – , Festschrift für Dölle, Band I, Deutsches Privat- und Zivilprozessrecht, Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr, 1963, pp. 169-200.

[89] Para uma visão geral das diferentes concepções de antijuridicidade cf. KOZIOL, *Basic questions of tort law from a germanic perspective*, Viena, Jan Sramek, 2012, p. 172. O autor traduz a expressão alemã *"Erfolgsunrechtslehre"* para *"theory of wrongfulness established by the result"*. A ela contrapõe-se a *"Verhaltensunrechtslehre"*, traduzida por KOZIOL para *"theory of wrongfulness of conduct"*. Neste trabalho optou-se por traduzi-las simplesmente por "teoria do resultado injusto" e "teoria da conduta injusta". Uma importante ressalva deve ser feita. Apesar da sua denominação, a primeira teoria não propugna pela qualificação do resultado como antijurídico, mas sim da própria conduta que o provoca. A diferença entre as teorias do resultado injusto e da conduta não diz com o seu objeto (em ambas a conduta), mas com o critério para sua qualificação (o resultado, para a primeira, a própria conduta, para a segunda).

[90] Cf. STOLL, *Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte*, p. 208, in *AcP* 162 (1963), pp. 203-236.

apenas os resultados adequadamente provocados são levados em conta. Por sua vez, a nova teoria da antijuridicidade (teoria da conduta injusta)[91], defendida, dentre outros, por NIPPERDEY,[92] WIETHÖLTER e VON CAEMMERER, toma como ponto de partida a teoria finalista da ação. Em síntese, seus propugnadores defendem que a mera provocação (*Verursachung*) da lesão a um bem jurídico não é suficiente para legitimar um juízo genérico de antijuridicidade nos delitos culposos.[93] Diversamente dos delitos dolosos, caracterizados pela produção intencional do resultado previsto na norma como pressuposto do dever de indenizar, nos culposos a contrariedade da conduta com o ordenamento sempre depende da infração de uma regra de conduta. O argumento central da teoria da conduta injusta reside em não ser possível ao ordenamento jurídico proibir a provocação de determinados resultados: um "processo causal cego" (*blinder Kausalprozess*) não pode ser objeto de mandamentos e proibições. Somente a produção dolosa da lesão de um bem jurídico pode ser juridicamente proibida, assim como apenas se pode exigir o emprego daquele cuidado considerado necessário e suficiente, segundo os critérios do comércio e da "adequação social" (*Sozialadäquanz*), para evitar a lesão de um bem jurídico.[94]

A relevância prática da discussão para a responsabilidade civil é limitada, pois aqueles casos em que a nova teoria afasta a incidência do § 823 I do BGB pela ausência de tipicidade ou de antijuridicidade são resolvidos pela concepção clássica no plano da culpa.[95] Porém, é possível que o legislador vincule o dever de indenizar a uma conduta objetivamente contrária ao direito, sem exigir a configuração de culpa. Não por acaso, o julgado do BGH acima citado dizia respeito à responsabilidade por ato do preposto (§ 831 do BGB),[96] para a qual se discutia a necessidade ou não da comprovação do elemento subjetivo da responsabilidade.

A importância prática do tema ainda é mais clara numa segunda função da antijuridicidade: designar os pressupostos pelos quais a ação do agressor pode ser repelida

---

[91] Cf. nota *supra*.
[92] NIPPERDEY é considerado o primeiro jurista a defender essa concepção de antijuridicidade no direito civil alemão. O primeiro texto é de 1957: *Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld*, in *NJW* 10 (1957), pp. 1777-1782. Cf. outrossim NIPPERDEY, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Zivilrecht*, in *Karlsruher Forum (Beiheft zu VersR) 1959*, pp. 3-9.
[93] Contudo, observar as peculiaridades da tese de VON CAEMMERER *infra*.
[94] Para uma síntese dos argumentos da teoria cf. LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., pp. 168-176.
[95] Não se discutirá aqui o papel da culpa e sua relação com a tipicidade e a antijuridicidade para ambas as concepções.
[96] Destacando esta particularidade do jugado cf. LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., p. 173.

mediante invocação do Judiciário (§ 1004 do BGB) ou até mesmo através de violência privada (§ 227 do BGB).[97] Por exemplo, um dos casos mais discutidos na doutrina é o da enfermeira que pretende aplicar no paciente uma substância letal acreditando, sem culpa, tratar-se de inofensivo medicamento. Alguns autores defendem a possibilidade de legítima defesa, pois a antijuridicidade decorre objetivamente da intervenção no bem jurídico.[98] Outros afirmam que a antijuridicidade somente se configura se houver infração de um dever de cuidado, pugnando, contudo, pela aplicação analógica do estado de necessidade ao caso. A questão também é relevante para o direito brasileiro, pois, não configurada a legítima defesa, o paciente deverá indenizar a enfermeira ou seus herdeiros nos termos do artigo 929 do Código Civil.

2.5. A distinção entre lesão direta e lesão indireta

Apesar de seu significativo valor teórico, o problema da antijuridicidade e de sua relação com os demais elementos do ilícito civil não constitui objeto do presente trabalho. Seu interesse à teoria do escopo da norma é mediato. Ele diz com a distinção entre lesão direta e indireta,[99] proposta por VON CAEMMERER em suas investigações sobre o tema, as quais – ressalte-se – não se limitaram à importação das ideias desenvolvidas no direito penal.[100]

Influenciado pela teoria finalista, o autor defendeu como princípio geral ser o descumprimento de uma regra de conduta fundamento da antijuridicidade em caso de lesões não dolosas,[101] trate-se de regra estabelecida em lei ou formulada pelas cortes.[102] Contudo, fez uma relevante concessão à teoria clássica do injusto: toda intervenção *direta* em propriedade alheia ou em outra espécie de direito de domínio é antijurídica *per se*, ressalvada a configuração de uma causa de exclusão da antijuridicidade.[103] Por *lesões diretas*, entende o autor todas *"ações que visam 'finalisticamente' ao emprego de bens ou ao exercício de*

---

[97] Sobre esses aspectos cf. KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., p. 50, referindo uma dupla função da antijuridicidade: a primeira, relacionada à responsabilização civil, e a outra aos aspectos mencionados.
[98] Cf. LARENZ, *Schuldrecht II* cit., p. 593.
[99] A qual não se confunde com a distinção entre dano direto ou imediato e dano indireto ou mediato.
[100] Nesse sentido cf. STOLL, *Unrechtstypen* cit., p. 204. Também salientando a particularidade da tese de VON CAEMMERER cf. LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., p. 171.
[101] Nesse sentido cf. VON CAEMMERER, *Die absoluten Rechte* cit., p. 556: *"quem perfurou pneus de veículo automotor alheio, apedrejou vidraça ou subtraiu motocicletas, violou antijuridicamente propriedade alheia"* (*"[w]er fremde Autoreifen zerstich, Fensterscheiben einwirft oder Motorräder wegnimmt, hat widerrechtlich fremdes Eigentum verletzt"*).
[102] VON CAEMMERER, *Die absoluten Rechte* cit., p. 559.
[103] VON CAEMMERER, *Wandlungen* cit., p. 485; idem, *Die absoluten Rechte* cit., p. 556.

poderes atribuídos a outrem por meio de um direito de domínio".[104] Nesses casos, o injusto civil configura-se independentemente da infração de uma regra de conduta, pois o *uti, frui et abuti* é de atribuição exclusiva do titular do bem jurídico:[105]

> *"Inadvertidamente alguém utiliza material alheio, consome coisa alheia ou dispõe de mercadoria alheia, a qual considera ser de sua propriedade, ou alguém viola sem o saber patente alheia, dirige sobre caminho alheio, acreditando possuir direito de passagem ou algo semelhante. Todas essas ações interventivas são segundo o § 823 I do BGB, sem mais nem menos, antijurídicas, desde que não presente uma causa legitimadora"*.[106]

Porém, as ações que não visam à utilização de coisa alheia, mas a outras finalidades, quando de alguma forma colocarem em risco bem alheio e puderem levar à sua violação, não são antijurídicas *eo ipso*, o que dependerá da infração de um dever geral de cuidado.[107] Nessa hipótese, a responsabilidade do § 823 I do BGB possui natureza de "suporte fático aberto" (*ein offener Tatbestand*)[108] ou de cláusula geral (*Generalklausel*)[109], a qual é preenchida pela jurisprudência através do desenvolvimento e da concretização dos denominados "deveres do tráfego" (*Verkehrspflichten*).[110]

Servindo como instrumento de delimitação do âmbito das condutas exigidas ou proibidas,[111] estes deveres colmataram uma significativa "lacuna" do regime delitual alemão. Trata-se de uma "zona periférica de proteção" dos direitos absolutos, cuja ampliação é

---

[104] VON CAEMMERER, *Die absoluten Rechte* cit., p. 557: *"Handlungen, die 'final' auf die Verwendung der von Gütern oder die Ausübung von Befugnissen abzielen, die durch das Herrschaftsrecht einen anderen zugewiesen sind"*.
[105] VON CAEMMERER, *Die absoluten Rechte* cit., pp. 556-557.
[106] VON CAEMMERER, *Wandlungen* cit., p. 485: *"[j]emand verwendet versehentlich fremdes Material, verbraucht fremde Sachen oder veräußert fremde Waren, die er für sein Eigentum hält, oder jemand verletzt unwissentlich ein fremdes Patent, fährt über einen fremden Weg, in der Annahme, ein Wegerecht zu haben und dergleichen. Alle derartigen Eingriffshandlungen sind nach § 823 Abs. 1 BGB ohne weiteres widerrechtlich, soweit nicht ein Rechtfertigung gegeben ist"*.
[107] VON CAEMMERER, *Die absoluten Rechte* cit., p. 557.
[108] VON CAEMMERER, *Die absoluten Rechte* cit., p. 557.
[109] VON CAEMMERER, *Wandlungen* cit., p. 489.
[110] VON CAEMMERER, *Wandlungen* cit., p. 478 e segs.; idem, *Die absoluten Rechte* cit., p. 559 e segs. Originalmente o direito civil alemão não conhecia algo semelhante às figuras da *negligence* ou da *faute*, compreendidas no sentido de uma hipótese de incidência objetiva consistente na violação de deveres de cuidado. Em princípio, a responsabilidade civil segundo o BGB somente se fundamenta na infração de um dever de cuidado quando este for estabelecido por uma "lei de proteção", no sentido de seu § 823 II, ou em outras hipóteses específicas previstas nos §§ 831 a 838 do citado diploma legal.
[111] VON CAEMMERER, *Die absoluten Rechte* cit., p. 559.

questão de natureza jurídico-política a ser decidida pela jurisprudência.[112] Os deveres do tráfego foram originalmente reconhecidos para bens imóveis, estradas, locais abertos ao público, instalações portuárias, pontes *etc*. Segundo a jurisprudência do Tribunal do *Reich* quem permite o acesso público a tais bens ou instalações deve mantê-los em estado seguro.[113] Esse entendimento foi aplicado a outras hipóteses, como a proprietários de lojas, tabernas, possuidores de imóveis, fabricantes e distribuidores de mercadorias, empreiteiros, profissionais liberais, transportadores e depositários *etc.*, não se diferenciando entre atos omissivos e comissivos.[114]

Como se infere dos exemplos, os deveres do tráfego não possuem como objetivo tutelar apenas a propriedade ou direitos de domínio alheios, mas principalmente a vida, a saúde, o corpo *etc*.[115] No entanto, a distinção entre lesão direta e indireta não se coloca nesses casos, segundo o sentido que VON CAEMMERER atribui ao primeiro termo. Para o autor, a vida, a saúde, o corpo, a liberdade (de locomoção) *etc*. são direitos que não possuem um âmbito de ações de uso e de exercício de posições jurídicas exclusivamente atribuído ao seu titular. Dentre outros exemplos, o autor cita o barbeiro que, ao barbear seu cliente, fere a pele deste: o ato não é antijurídico, pois o cliente assume o risco de pequenas lesões dessa espécie; a antijuridicidade da conduta pressupõe a inobservância de um dever de cuidado. Da mesma forma, não age antijuridicamente a enfermeira que, sem o saber e sem que devesse ter conhecimento desta circunstância, injeta substância letal em seu paciente.

---

[112] Nesse sentido cf. STOLL, *Unrechtstypen* cit., p. 229.
[113] RGZ 54, 53, citado por VON CAEMMERER, *Wandlungen* cit., p. 479.
[114] Cf. VON CAEMMERER, *Wandlungen* cit., p. 479 e segs. Em especial quanto ao último aspecto, o citado autor afirma que *"na literatura alemã e na suíça as coisas são na maioria das vezes consideradas como se esses deveres do tráfego houvessem sido desenvolvidos exclusivamente para se poder abranger como conduta delitual violações de bens jurídicos por omissão de medidas de proteção"* (*"[i]n der deutschen und der schweizerischen Literatur werden die Dinge meist so angesehen, als seien diese Verkehrspflichten lediglich herausgearbeitet, um die Verletzung von Rechtsgütern durch* Unterlassung *von Schuzmaßnahmen als deliktisches Verhalten erfassen zu können" – idem*, p. 481; destaque no original). Os atos comissivos que estabelecem condição para a lesão de um bem jurídico seriam antijurídicos independentemente da inobservância de um dever de tal natureza, o que somente seria relevante no plano da culpa. Todavia, VON CAEMMERER demonstrou inexistir diferença substancial entre as hipóteses. Em algumas situações elas até se sobrepõem: *"quem coloca um vaso de flor na janela de uma casa, o qual cai sobre a cabeça de um transeunte, transgrediu um dever do tráfego mediante sua ação. Se no caso concreto uma fixação segura por uma tábua ou uma medida semelhante fosse realizável, então também se poderia visualizar a transgressão na omissão de uma medida de segurança"* (*"[w]er einen Blumentopf vor das Wohnungsfenster stellt, der einem Passanten auf den Kopf fällt, hat durch sein Tun gegen eine Verkehrspflicht verstoßen. War eine sichere Befestigung durch Anbringung eines Blumenbretts oder ähnliche Maßnahmen im konkreten Fall durchführbar, so kann man den Vestoß auch in der Unterlassung dieser Sicherheitsmaßnahme sehen" – idem*, p. 482).
[115] VON CAEMMERER, *Die absoluten Rechte* cit., p. 561 e segs.

Outros autores rejeitam essa diferenciação. Segundo STOLL, os direitos à vida, à integridade física, à liberdade (de locomoção) garantem na mesma medida que a propriedade e qualquer outro direito de domínio o poder de excluir intervenções sobre a esfera espaço-temporal juridicamente tutelada. Ou seja, a intervenção direta em tais direitos deve ser considerada antijurídica segundo o mesmo critério aplicado às intervenções espaço-temporais no âmbito de domínio de um direito real.[116] LARENZ também não visualiza justificativa para a distinção. Criticando VON CAEMMERER, afirma ser contraditório inferir do resultado lesivo a antijuridicidade da ação daquele que consome carvão alheio, negando, porém, a mesma solução ao exemplo da enfermeira: *"a enfermeira engana-se sobre a natureza do líquido por ela injetado, o consumidor de carvão alheio sobre a propriedade deste"*.[117]

Independentemente dessas discussões, a doutrina alemã é pacífica no sentido de que a antijuridicidade das lesões indiretas sempre pressupõe a violação de um dever do tráfego. Como será visto, isso é fundamental para a teoria do escopo da norma, pois lhe fornece um ponto de referência na responsabilidade prevista no § 823 I do BGB.

A formulação ou concretização dos deveres do tráfego envolve ponderação de interesses. De acordo com VON CAEMMERER, cuida-se, na hipótese, do grau de probabilidade e da extensão do dano ameaçado, do significado da atividade em questão e da importância do interesse colocado em risco: *"[a]s mutáveis concepções jurídicas e sociais sobre a importância dos interesses envolvidos, os riscos a serem suportados e as medidas de proteção exigíveis decidem sobre o que é permitido e quais medidas preventivas devem ser consideradas necessárias e suficientes"*.[118] Acidentes e danificações inevitáveis mesmo com a observância de todas as providências preventivas exigíveis não podem "timbrar" *a posteriori* como um delito uma conduta originalmente conforme ao direito.[119] O jardineiro que pulveriza suas plantas com agrotóxico não age necessariamente de forma contrária ao direito se as abelhas de um apicultor forem colocadas em risco. Isso deve ser decidido segundo o ponto de vista da ponderação de interesses. A antijuridicidade de sua conduta

---

[116] STOLL, *Unrechtstypen* cit., p. 227.
[117] LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., p. 185: *"[d]ie Krnakenschwester irrt über die Beschaffenheit der von ihr injizierten Flüssigkeit, der Verbraucher der fremden Kohlen über das Eigentum an ihnen"*.
[118] VON CAEMMERER, *Die absoluten Rechte* cit., p. 559: *"[d]ie sich wandelnden rechtlichen und sozialen Anschauungen über das Gewicht der beteiligten Interessen, die hinzunehmenden Risiken und die zumutbaren Schutzmaßnahmen entscheiden darüber, war erlaubt ist und welche Sicherungsmaßnahmen als geboten und ausreichend anzusehen sind"*.
[119] VON CAEMMERER, *Wandlungen* cit., p. 489.

dependerá da violação ou não de regras de cuidado relacionadas à correta e à apropriada aplicação do produto.[120]

Para distinguir as lesões diretas das indiretas VON CAEMMERER apoia-se, como visto, na teoria finalista.[121] Com efeito, para ele somente configuram lesões diretas aquelas ações cuja finalidade é o emprego de bens ou o exercício de poderes conferidos a outrem através de um direito de domínio. Segundo essa concepção quem subtrai coisa alheia age antijuridicamente, independentemente da infração de um dever de cuidado, o mesmo, porém, não ocorrendo com o ato daquele que, de forma não reprovável, erra o prego (*aberratio*) e martela uma parede, danificando-a. Esta segunda ação não é finalisticamente destinada ao exercício de poderes conferidos pelo ordenamento exclusivamente ao titular da propriedade do imóvel danificado. Por isso, sua qualificação como antijurídica pressupõe a infração de regra de conduta.

Para LARENZ, a ação é uma atuação final, no que reconhece o mérito da teoria finalista. Porém, algumas vezes a verdadeira natureza daquela somente se revela *ex post*. Trata-se de hipóteses nas quais sobressai o decurso fático da ação não representado pelo agente, de forma que circunstâncias não reconhecíveis pelo agente ou um desvio (*aberratio*) inconsciente do ato em relação à direção pretendida conferem objetivamente à ação um caráter que ela não deveria ter segundo sua representação finalista.[122] O motorista diligente que atropela uma criança que invade a pista de maneira totalmente imprevisível não viola um dever de cuidado, mas provoca lesão corporal.[123] A ação do caçador que mira um animal silvestre, mas, de forma não reprovável, acerta pessoa escondida num arbusto, não se

---

[120] VON CAEMMERER, *Die absoluten Rechte* cit., pp. 559-560.

[121] Para STOLL, *Unrechtstypen* cit., pp. 206-207, a orientação de VON CAEMMERER na teoria finalista é "aparente". Citando WELZEL, STOLL afirma que, pela teoria finalista, a intervenção típica e dolosa em direito alheio jamais é *per se* antijurídica, pois nesse caso também é necessária a infração de um dever de cuidado objetivo.

[122] LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., p. 186.

[123] Em sentido contrário cf. HUBER, *Zilvilrechtliche Fahrlässigkeit*, p. 277, in FORSTHOFF, WEBER e WIEACKER, *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973*, Göttingen, Otto Schwarz, 1973, pp. 253-289. O autor defende uma definição mais restrita de intervenção direta ou imediata, comparativamente a LARENZ. Em situações como a acima descrita HUBER considera que o resultado lesivo decorre da interposição de circunstâncias não mais controláveis pelo agente, configurando-se, pois, lesão indireta: *"dirigir em velocidade excessiva, ingressar num cruzamento sem observar a preferência não é uma* lesão direta, *mas uma* 'periclitação' *(*Gefährdung*) de outrem"* (*"[d]as zu schelle Farhren, das Einfahren in die Kreuzung ohen Achtung auf die Vorfahrt ist nicht* unmittelbare Verletzung, *sondern es ist* Gefährdung anderer*" – ibidem*, p. 277.

extingue com a pressão do gatilho, alcançando o resultado lesivo,[124] o qual, pode-se afirmar, 'faz parte' da conduta do agente

Em situações como esta, nas quais é o efeito que revela a verdadeira natureza da conduta, não há nenhum problema em inferir a antijuridicidade diretamente do resultado lesivo. Nesse contexto, LARENZ considera como *diretas* aquelas intervenções em direito ou bem jurídico alheio que se inserem "no contexto da ação" realizada pelo interveniente (*im Rahmen der Handlung*).[125] Segundo STOLL, que segue o critério de LARENZ, a natureza direta ou imediata de uma intervenção não resulta da finalidade da ação, mas de seu aspecto objetivo (*objektives Erscheinungsbild*), ou seja, da circunstância de ser parte integrante natural e indissociável da conduta do agente.[126] No mesmo sentido, SOURLAS assevera serem diretas aquelas lesões cujo resultado lesivo determina o significado da conduta.[127] Nesses casos, ou o resultado encontra-se tão próximo da ação a ponto de serem incindíveis segundo a perspectiva social (*Anschauung des Lebens*); ou é ele mesmo que torna visível (*sichtbar*) o significado da ação segundo sua natureza objetiva,[128] sendo que, de acordo com LARENZ, uma ação pode ser direta ou imediata mesmo se entre ela e o resultado lesivo houver causas interpostas.[129] Como exemplo, este autor cita a utilização inconsciente e escusável de substância venenosa na preparação de uma refeição. A ação não se restringe à mera preparação da comida. Ela consiste num ato final destinado ao consumo desta e do qual o uso do veneno é uma parte não autônoma.[130] Em outras palavras, a morte resultante do consumo do alimento confere sentido à ação. Em orientação mais estrita que a definição de LARENZ, HUBER afirma haver lesão direta quando *"o fenômeno lesivo ainda se encontra sob o controle, o domínio do interveniente, ainda que esse controle seja exercido da maneira errada ou sequer seja utilizado"*.[131]

---

[124] LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., pp. 184-185.
[125] LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., p. 195.
[126] STOLL, *Unrechtstypen* cit., p. 226.
[127] SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB*, Berlim, Duncker & Humblot, 1973, p. 16.
[128] LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., p. 193.
[129] Embora não se referindo especificamente à hipótese, STOLL, *Unrechtstypen* cit., p. 226, que, como visto, esposa o entendimento de LARENZ, indica como característico das intervenções indiretas a interposição de causas não controláveis pelo agente. No exemplo de LARENZ, isso não ocorre, pois a comida foi preparada exatamente para que fosse consumida. Ou seja, esse fato estava no "planejamento" da ação.
[130] LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., p. 184.
[131] HUBER, *Zivilrechtliche Fahrlässigkeit* cit., p. 276: *"ein 'unmittelbarer' Eingriff [liegt] […] vor, wenn der Verletzungsvorgang selber noch der Kontrolle, der Beherrschung durch den Eingreifenden unterliegt, mag er dieser Kontrolle auch unrichtiger Weise oder überhaupt nicht ausüben"*.

Nos demais casos, ação e resultado distinguem-se claramente. Este não se realiza no contexto da primeira[132] e, dessa forma, não é apto para qualifica-la juridicamente. Trata-se, em outras palavras, de lesões cuja realização pressupõe necessariamente a interposição de circunstâncias não controláveis pelo agente.[133] Segundo HUBER, não se cuida de uma 'agressão' (*Angriff*) a um bem jurídico, mas de sua 'periclitação' (*Gefährdung*).[134] Também destacando esse elemento, SOURLAS considera característico das lesões indiretas a circunstância de o resultado lesivo não determinar o significado da conduta, mas representar a realização típica do risco a ela vinculado.[135] Destarte, a antijuridicidade da conduta não pode ser qualificada através do resultado, dependendo da inobservância de um dever do tráfego.[136] Por isso, o fabricante de medicamentos não age necessariamente de forma antijurídica ao colocar no mercado um sonífero que provoca a morte por overdose de um consumidor que, por descuido, exagera na quantidade ingerida. O mesmo vale para o fabricante de facas, automóveis, armas *etc.* em relação a possíveis danos provocados em razão do uso de seus produtos.[137]

A distinção entre lesão direta e indireta é aceita pela doutrina majoritária alemã, embora inexista consenso entre seus defensores sobre o critério de oposição.[138] Alguns autores consideram-na, porém, um "compromisso" entre as teorias da conduta e do resultado injusto, pugnando por uma estrutura delitual unitária, centrada na ideia de "erro de conduta" (*Pflichtwidrigkeit*). Nesse sentido, WAGNER afirma que a diferenciação entre condutas lesivas diretas e indiretas não se justifica numa dissociação do conceito de antijuridicidade ou de negligência, mas no reconhecimento de que, nos casos em o agente inflige "de própria mão" uma violação de direito, a existência e o alcance de deveres de cuidado delituais mostram-se evidentes, enquanto se tornam mais problemáticos quanto maior a complexidade da estrutura causal que vincula a conduta do responsável com a lesão ao bem jurídico. O autor compara duas situações. Se numa caçada um dos participantes sofre dano porque outro

---

[132] LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., pp. 198-199.
[133] Cf. STOLL, *Unrechtstypen* cit., p. 227.
[134] HUBER, *Zivilrechtliche Fahrlässigkeit* cit., p. 278, referindo-se à formulação de BINDING.
[135] SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre* cit., p. 118.
[136] Não se discutirá aqui a relação entre negligência (culpa) e dever do tráfego. O tema é controverso na doutrina alemã. Defendendo a distinção cf., dentre outros, STOLL, *Unrechtstypen* cit., p. 230: *"negligência e 'contrariedade ao comércio'* (Verkehrswidrigkeit) *são categorias totalmente distintas"* (*"Fahrlässigkeit und Verkehrswidrigkeit sind durchaus verschiedene Kategorien"*). Em sentido contrário cf. KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., p. 59: *"[a] violação de um dever do tráfego é [...] apenas um outro nome para a negligência"* (*"[d]ie Verkehrsplichtverletzung ist [...] bloß ein anderer Name für Fahrlässigkeit"*)
[137] LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., pp. 187-188.
[138] Cf. WAGNER, in *MüKoBGB*, § 823, com. 7.

tropeça, provocando este um disparo involuntário de sua arma, a inobservância do dever de cuidado salta aos olhos, pois quem sai numa caçada em grupo com uma arma carregada deve tomar toda providência necessária para que seus companheiros não sejam atingidos por um disparo involuntário. O mesmo não acontece em relação ao proprietário da floresta que derruba uma árvore e a deixa na mata, ocasionando a queda do caçador.[139]

Saber se a distinção entre lesão direta e indireta pode ser útil para o direito brasileiro é questão que não precisa ser enfrentada nesse trabalho. Do ponto de vista comparativo, ela é imprescindível para a compreensão do papel da teoria do escopo da norma no direito delitual alemão, em especial no contexto da responsabilidade por violação de direito absoluto, prevista no § 823 I do BGB. De fato, é em relação às lesões indiretas que o referido critério tem-se demonstrado profícuo.

3. A limitação da extensão do dever de indenizar

A compreensão do problema da limitação do dever de indenizar pressupõe seja traçada a linha histórica da noção de interesse, partindo do direito romano até os pandectistas, os quais apontaram a causalidade como critério delimitador das fronteiras da responsabilidade.

3.1. Direito romano

Do inadimplemento de uma obrigação surgia no direito romano o dever do obrigado de indenizar o seu credor. Vigia no período clássico a regra *omnis condemnatio pecuniaria*. Todo julgamento somente conduzia a uma condenação em pecúnia. O cumprimento específico da obrigação era em princípio estranho aos juristas romanos clássicos.[140]

O valor pecuniário a ser estimado era designado pelos romanos como *quod (eius) interest* ou *utilitas*, expressões que remetem a uma margem de discricionariedade do juiz na

---

[139] WAGNER, *MüKoBGB*, § 823, com. 22.

[140] ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 825: *"condemnatio pecuniaria was the only form of legal redress obtained to them [to the parties to a contract]"*; KASER, *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt – das Altrömische, das Vorklassische und Klassiche Recht*, 2 ed, Munique, Beck, 1971, p. 499. Conferir, contudo, a ressalva deste autor quanto ao processo cognitivo (*"Kognitionsprozess"*) do período clássico, bem como quanto ao abandono do princípio no período pós-clássico, o que se explica pela desvalorização da moeda (*Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt – die Nachklassischen Entwicklungen*. 2 ed. Munique: Beck, 1975, pp. 343-344).

aferição do dano segundo as circunstâncias concretas.[141] O direito romano não conheceu um conceito genérico de perdas e danos.[142] Ele somente previa hipóteses específicas de "danificação", cuja consequência usualmente consistia numa indenização concedida ao credor, mas nem sempre correspondente ao seu dano individual. A determinação do conteúdo da prestação dependia precipuamente do tipo da *actio*.[143] Além disso, sua aferição incumbia ao *iudex*[144] e as discussões eram orientadas por uma perspectiva pragmática, de forma que as ações serviam menos à compensação de uma perda econômica do que à retribuição de um injusto.[145]

De fato, no direito clássico a baliza do montante indenizatório era em regra o valor do objeto devido, o que, segundo MOMMSEN, se explica por uma razão prática: a maior facilidade de apurá-lo quando em comparação com o interesse, entendido este em seu sentido subjetivo.[146] Prejuízos superiores eventualmente sofridos pelo credor só eram ressarcidos em determinadas hipóteses e de forma restritiva.[147] Segundo KASER, se a *actio* se direcionasse a um *certum*, cuja estimativa era atribuída ao juiz pela cláusula *quanti ea res est (erit)*, então se deveria aferir o valor objetivo da coisa devida. Contudo, já se verificava nos juristas clássicos a tendência de apreciação do dano concreto quando a *actio* dirigia-se a um *incertum*,[148] razão pela qual alguns romanistas associam o emprego da expressão *quod interest* a um critério subjetivo e individualizante.[149] Particularmente na *bonae fidei iudicia* o juiz deveria levar em conta todas as circunstâncias concretas na aferição da obrigação incerta, sendo instruído a estimar a quantia justa devida pelo réu ao autor da ação.[150] Porém, não se tratava de uma comparação da situação efetiva do patrimônio do credor com aquela

---

[141] Sobre as acepções de *interesse* cf. *supra*.
[142] KASER, *Das römische Privatrecht I* cit., p. 498. No mesmo sentido WIELING, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Colônia, Böhlau, 1970, p. 3.
[143] KASER, *Das römische Privatrecht I* cit., pp. 498-499. No mesmo sentido cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., pp. 826-827.
[144] ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 826.
[145] JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 7.
[146] MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abtheilung – zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, p. 72. Mesmo valendo-se do direito romano para fundamentar sua teoria do interesse, o autor reconheceu que " [...] os romanos, quando se tratava da indenização pela prestação de uma coisa, no tempo antigo ao menos de modo genérico, consideravam o valor da coisa e não o interesse como objeto da *condemnatio*" (*"[...] die Römer, wo es sich um den Ersatz für eine Sachleistung handelte, in der älteren Zeit, wenigstens in einem weitem Umfange, den Sachwerth und nicht das Interesse als Gegenstand der* condemnatio *betrachteten"*) (*ibidem*). Contudo, defende uma posterior mudança de perspectiva ainda no direito romano.
[147] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 3.
[148] KASER, *Das römische Privatrecht I* cit., pp. 499-500. No mesmo sentido cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 825, nt. 290.
[149] ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 826.
[150] ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 286.

hipotética que existiria se a prestação houvesse sido devidamente realizada. Na *bonae fidei iudicia* os juízes também partiam do objeto devido (dano direto), para então incluírem com base na apreciação das circunstâncias concretas outras consequências lesivas (dano indireto), como o prejuízo decorrente da incidência de multa penal, da responsabilização perante terceiro *etc*.[151]

Como exemplo de situação em que se concedeu indenização superior ao valor do objeto devido, ZIMMERMANN cita o caso do vendedor que não transfere o escravo prometido na data aprazada, devendo entregar ao credor tudo aquilo que adquiriu por intermédio deste durante o período de mora, além de eventuais valores que teriam sido obtidos pelo comprador se a prestação houvesse sido realizada em bom tempo.[152] Ainda segundo o autor, em determinadas hipóteses também era imposta a indenização do "prejuízo subsequente" (*"consequential loss"*), especialmente no caso de bens defeituosos vendidos ou locados. O autor refere, entre outros, o caso da vaca pestilenta.[153]

Esses exemplos poderiam indicar a necessidade de critérios limitativos da responsabilidade no direito romano. Contudo, o *quod interest* não conduziu a uma excessiva extensão do dever de indenizar. Tratava-se de um princípio "valorativo" (*"wertend"*) e não formal, assinalando MEDICUS ser improvável que o bom senso jurídico dos romanos houvesse aceitado inferências injustas e pouco práticas resultantes do demasiadamente amplo conceito moderno de dano. Com efeito, a hodierna concepção de dano alcança, na opinião do citado autor, todas as consequências lesivas que atinjam o patrimônio do lesado, independentemente da distância espacial ou temporal do evento lesivo.[154] É compreensível, portanto, a necessidade moderna de limitação do dano indenizável por critérios como a causalidade adequada, dentre outros. No direito romano, não.

Deveras, o crescente esforço dos juristas romanos foi no sentido inverso, qual seja, de possibilitar a ampliação da indenização devida ao lesado[155]. A preocupação da época não era com o estabelecimento de critérios limitativos da extensão da responsabilidade pelo

---

[151] KASER, *Das römische Privatrecht I*, pp. 500-501.
[152] ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 823, referindo-se a Paul. 76 *ad ed.*, D. 46, 8, 13 pr.
[153] Ulp. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 13 pr. e 1. Os outros casos mencionados são o do tonel com vazamento (Pomp. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6, 4) e da planta venenosa num pasto (Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 2, 19, 1).
[154] MEDICUS, *Id quod interest* cit., pp. 2-3.
[155] Nesse sentido cf. JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 8.

descumprimento de uma obrigação.[156] Pelo contrário, a natureza restritiva do regime clássico de responsabilidade fez com que os juristas romanos procurassem alternativas práticas no sentido inverso. Não se pode, por exemplo, identificar uma medida clara sobre quais consequências lesivas deveriam ou não ser indenizadas. Fundamentalmente aquelas que não se confundem com o objeto da prestação devida sequer seriam levadas em consideração pelo direito romano clássico, ao contrário do que ocorre no direito moderno.

Nesse diapasão, ao analisar o tema dos limites do *quod interest* MEDICUS concluiu que os juristas clássicos não desenvolveram uma regra específica para essa finalidade.[157] Nenhuma das fontes menciona expressamente qualquer forma de limitação e a do *duplum*, estabelecida por Justiniano em C. 7, 47, 1,[158] não possui qualquer antecedente no período clássico.[159] Sem embargo, MEDICUS procede à inspeção dos meios com os quais atualmente se procura restringir o dever de indenizar. Num primeiro grupo, investiga a divisão das espécies de danos em categorias: *damnum* e *lucrum*; dano direto e dano indireto; dano dependente e independente da pessoa do credor (*"gläubigerabhängig und gläubigerunabhängig"*); dano previsível e imprevisível; e *utilitas circa* e *extra rem*. Todavia, para o autor, somente com os juristas do final do período clássico surgiram os primeiros sinais de uma divisão do *quod interest* em partes individuais para, então, considerarem-se algumas delas como não indenizáveis.[160] Trata-se, especialmente, de Paul. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21, 3, do qual provém a oposição entre dano *circa* e *extra rem*.[161] Contudo, MEDICUS

---

[156] Também é citada como exemplo do caráter restritivo do direito romano a forma como seus juristas cuidavam da lesão à personalidade. O corpo de um homem livre não era passível de apreciação pecuniária: *"liberum corpus nullam recipit aestimationem"* (Gai. *ad ed. provinciale*, D. 9, 3, 7. Em sentido semelhante cf. Ulp. 23 *ad ed.*, D. 9, 3, 1, 5.). De forma semelhante, ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 1015, leciona que originalmente os romanos não admitiam indenização por despesas de tratamento ou lucros cessantes no caso de morte ou lesão corporal. E no caso de dolo a pretensão privada do lesado era de natureza penal, com base no "interesse retributivo normativo" (*"normatives Vergeltungsinteresse"*). Segundo JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 11, os juristas do direito romano clássico já percebiam como problemática a "lacuna" desse modelo de responsabilidade para a hipótese de lesão culposa de um homem livre. Com fundamento na *actio de legis Aquiliae* concedia-se indenização pelas despesas de tratamento e lucro cessante ao menos nos casos de lesão a pessoa sob o poder do *pater familias*. De acordo com JANSEN, a discussão romana serviu como base para o posterior desenvolvimento da ideia da completa compensação econômica dos prejuízos econômicos decorrentes de morte ou lesão corporal.

[157] MEDICUS, *Id quod interest* cit., pp. 317-327 e 340.

[158] Trata-se da denominada *lex Sancimus*, segundo a qual o interesse não deve superar o dobro do valor da prestação devida. Sobre o tema cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., pp. 828-829.

[159] MEDICUS, *Id quod interest – Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Colônia, Böhlau, 1962, p. 318.

[160] MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 322.

[161] Sobre o excerto cf. item *infra*.

considera improvável que os clássicos hajam se valido dessa dicotomia para decidir sobre a reparabilidade de determinados danos.[162]

Interessa, contudo, mencionar a conclusão do autor quanto à classificação dos danos em diretos e indiretos. Para ele, é impossível falar-se na restrição do *quod interest* aos primeiros, citando o caso do *pater familias* que não adquire uma herança em razão da perda de um escravo designado como herdeiro em testamento de terceiro.[163] Ademais, a reparação dos danos mediatos é um característico natural do *quod interest*.[164]

Num segundo grupo, o autor cuida do problema da culpa concorrente, afirmando tratar-se de ideia desconhecida dos clássicos.[165] No terceiro, da questão da causalidade, que interessa mais diretamente a este trabalho.

Evidentemente os romanos tinham consciência da necessidade de um vínculo de causa e efeito entre o evento lesivo e o prejuízo, o que, segundo MEDICUS, pode ser inferido da própria casuística.[166] No entanto, não procederam a um isolamento conceitual do nexo causal como elemento distinto dos demais pressupostos da responsabilidade.[167] São poucas as fontes que cuidam desse problema e a maioria delas diz respeito à fundamentação da responsabilidade segundo a *lex Aquilia*,[168] de sorte que as exposições romanas sobre o tema não contribuem com a discussão moderna sobre a extensão do dever de indenizar.[169]

No período pós-clássico houve uma inversão do princípio *omnis condemnatio pecuniaria*. Devido à desvalorização da moeda, passou a prevalecer a ideia de cumprimento específico (*Naturalleistung*): se a prestação devida não se constituísse em dinheiro, em

---

[162] MEDICUS, *Id quod interest* cit., pp. 321-322. No entanto, o citado autor reconhece o valor da afirmação de RABEL, *Das Recht des Warenkaufs – eine vergleichende Darstellung*, v. 1, Berlim, Walter De Gruyter, 1936, p. 435, para o qual foi Paulo quem mais intensamente contribuiu para o atual conceito de dano (*"am stärkesten den heutigen Schadensbegriff gefördert hat"*). Para MEDICUS, isso pode ser confirmado pelo fato de a maioria dos excertos relativos ao tema originar-se desse jurisconsulto.
[163] Pomp. 9 *ad. Sab.*, D. 19, 1, 13 pr.
[164] MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 320.
[165] MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 325: *"Der Gedanke, den Geschädigten einen Bruchteil des Schadens selbst tragen zu lassen, war den Klassikern fremd. Auch von der Möglichkeit, unter Berufung auf die Mitwirkung des Geschädigten an der Schadensentstehung den Ersatz einzelner Folgeschäden auszuschließen, haben sie kaum Gebrauch gemacht. Hier darf man also das Mittel, mit dem die Römer ihr* quod interest *in Schranken hielten, sicher nicht suchen"* (destaque no original).
[166] MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 325.
[167] No mesmo sentido cf. KASER, *Das römische Privatrecht I* cit., p. 503. A conclusão está, além disso, em sintonia com a tese defendida por MACCORMACK (cf. capítulo 2 *infra*).
[168] Cf. capítulo 2 *infra*.
[169] MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 326.

princípio a sentença determinaria seu próprio cumprimento e não sua conversão em perdas e danos. Essa regra foi mantida por Justiniano.[170] Nas hipóteses em que o postulado da reparação pecuniária foi mantido houve, além disso, o abandono dos princípios diferenciadores do direito clássico. De acordo com KASER, perdeu-se a oposição entre a aferição objetiva e orientada no valor da coisa devida, de um lado, e a subjetiva, segundo as circunstâncias concretas do credor. Os juristas do ocidente se satisfaziam com a constatação pela qual o *damnum* deveria ser reparado segundo a *aestimatio* estabelecida pelo juiz, enquanto os do oriente, embora houvessem mantido a distinção clássica, flexibilizaram-na ainda mais.[171]

Esse desenvolvimento tornou a abordagem romana, que já não era uniforme, ainda mais obscura.[172] De qualquer forma, não se constata uma alteração unitária e fundamental do conceito de *interesse*, o que se deve, em grande medida, ao completo desaparecimento do termo após Diocleciano, ressurgindo somente com Justiniano.[173]

É nesse contexto que este último imperador empreendeu a genericamente criticada tentativa de restringir a indenização ao *duplum*,[174] a qual, contudo, não foi repetida na

---

[170] Iust. 4, 6, 32; Paul. 12 *ad ed.*, D. 6, 1, 68; Iust., C., 7, 4, 17, citados por KASER, *Das römische Privatrecht II* cit., p. 344, nt. 7.

[171] KASER, *Das römische Privatrecht II* cit., pp. 344-345. Segundo o romanista, a doutrina do oriente ainda se valeu do legado do direito clássico, impingindo-lhe, contudo, maior flexibilidade. A apreciação individual do dano era possível também no âmbito das ações de direito estrito. Em sentido semelhante cf. WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 10.

[172] Nesse sentido cf. JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 9. Sobre Iust., C. 7, 47, 1, cf. MEDICUS, *Id quod interest* cit., pp. 288-293, o qual destaca, dentre outros aspectos, a falta de clareza do texto e contradições entre os objetivos visados por Justiniano.

[173] MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 338.

[174] C. 7, 47, 1. Conferir JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 9. Segundo ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 828, as tentativas de Justiniano de delimitação da indenização explicam-se pelo fato de a avaliação individual do dano ter se estendido às *actiones stricti iuris*. Justiniano não estava contente com as complicações da casuística romana. Criticamente ZIMMERMANN afirma haver o imperador romano ressuscitado *"the ancient policy of clumsy generalization, by introducing an arbitrary and purely mechanical limit do the extent of the defendant's liability for damages"*. RABEL, *Das Recht* cit., pp. 474-475, considera ter sido esta a mais "rude" (*"gröbst"*) tentativa legislativa de balizamento do dano indenizável. RABEL ressalta, além disso, que a limitação vem acompanhada de uma recomendação ao juiz de matiz penal: fixar o dano efetivamente comprovado e impingir pena *cum moderatione*. Para o autor, essa seria a origem da proposta de R. J. POTHIER e do anteprojeto de *Code civil* do ano VIII de calcular o dano, na ausência de dolo, *"avec une certaine modération"*. Impende observar que POTHIER, *Traité des obligations, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur, Tome Premier*, nouvelle edition, Paris, 1764, pp. 185-188 (= § 164), condena a limitação "mecânica" do dobro. Todavia, acolhe o princípio sobre o qual repousa, conforme se verifica no seguinte excerto de sua obra: *"Cette loi de Justinien en tannt qu'elle borne la modération des dommages & intérêts excessifs*, précisément *au double de la valeur de la chose, est en cela une loi arbitraire qui n'a pas autorité de loi dans nos provinces. Mais le principe sur lequel elle est fondée, qui ne permet pas qu'un débiteru à qui on ne peut reprocer aucun dol, soit tenu des dommages & intérêts résultans de l'inexécution de son obligation, au-delà de la somme jusqu'à laquelle il a pu penser qu'*ils *pourroient monter au plus haute, étant un principe fondé dans la raison & l'équité naturelle, nous devons le suivre, & modérer conformément à ce*

Compilação.[175] Conforme MEDICUS, o objetivo dessa constituição foi circunscrever o interesse indenizável, o que sinaliza a existência à época de uma tendência de ampliação do *quod interest*, a qual, porém, não deixou sinais nas fontes.[176] Depois de Justiniano a matéria não sofreu evolução alguma. As discussões somente foram reencetadas com o revigoramento da Ciência Jurídica na Idade Média.[177]

Destarte, o problema da limitação dos danos indenizáveis não encontra soluções genéricas e sistemáticas no direito romano. A perspectiva clássica era excessivamente restritiva. Com espírito prático, os juristas da época empenharam-se em corrigir os excessos desse rigoroso regime, não se vislumbrando uma clara necessidade de estabelecimento de parâmetros delimitativos da responsabilidade. Pelo contrário: a casuística demonstra a tentativa de ampliação da responsabilidade a hipóteses de danos que extrapolavam o valor da coisa devida. O período pós-clássico caracterizou-se pela obnubilação das diferenciações tradicionais, com a prevalência da perspectiva individualizante e subjetiva num cenário em que a conversão da prestação em perdas e danos já não era a regra. A arbitrária limitação do *duplum* de Justiniano não concorreu para uma melhor compreensão do problema.

3.2. Glosadores e comentadores

Os glosadores elaboraram um conceito de interesse pormenorizado, tomando como ponto de partida as relações pessoais do lesado.[178] A noção já era mencionada no *Codexsumme Lo Codi*, elaborado por cerca de 1150, mas sua primeira abordagem

---

principe, les dommmages & intérêts losqu'ils se trouvent excessifs, en laissant cette modération à l'arbitrage du juge" (*ibidem*, pp. 187-188 = n. 164). Em seguida, o jurista francês esclarece que a redução das perdas e danos ao dobro do valor da coisa objeto da obrigação principal somente se aplica àqueles prejuízos devidos em relação à própria coisa, mas não àqueles sofridos *extrinsecus* em seus outros bens. A título ilustrativo, cita o caso da entrega de um tonel com vício, causando a perda do vinho armazenado pelo comprador. O valor do vinho pode ser, por exemplo, dez vezes superior ao do tonel. Sem embargo, POTHIER, *idem*, p. 189 (= § 165), sustenta que mesmo relativamente aos "danos extrínsecos" se deve utilizar de moderação quando se revelarem excessivos. Exemplificando, cita a hipótese em que o comprador do tonel nele armazena vinho importado. Em princípio, o valor da indenização deve se limitar ao preço de um vinho nacional.

[175] KASER, *Das römische Privatrecht II* cit., p. 345.

[176] MEDICUS, *Id quod interest* cit., pp. 339-340.

[177] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 10.

[178] Para LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster, Böhlau, 1955, p. 14, desde os glosadores existe uma teoria do interesse. Sobre as razões do desenvolvimento de uma noção geral de interesse na Idade Média o citado autor aponta, em síntese, quatro fatores: relativização do princípio *omnis condemnatio pecuniaria*, concorrendo para uma "dupla face" da *actio* – um conteúdo prestacional originário e processualmente executável e outro dele possivelmente resultante, a indenização; o aumento do número de ações pelo crescente reconhecimento da obrigatoriedade jurídica do *pactum nudum*; o reconhecimento de uma *actio civilis ad interesse* sempre na existência de uma correspondente criminal; e a influência da doutrina canônica sobre juros e usura, transformando a teoria do interesse no objeto predileto dos legistas e canonistas (*ibidem*, pp. 10-13).

aprofundada ocorreu com Placentino entre 1160 e 1175.[179] A principal definição de interesse é do glosador Acúrcio como *damnum emergens* e *lucrum cessans*. Ela baseia-se num texto de Paulo[180]. A essência de sua fórmula foi mantida pelos sucessores de Acúrcio, os quais somente procederam a algumas correções "sem valor científico ou prático".[181] WIELING destaca, porém, a contribuição de Baldo, para o qual *interesse est quantitas damini vel lucri*.[182]

O problema dessa definição reside em ela não se basear no elemento essencial, no conteúdo do conceito, mas em sua extensão.[183] De qualquer forma, os avanços dos glosadores em relação à noção romana de *quod interest* foram, porém, neutralizados pelas inúmeras restrições por eles impostas ao interesse.[184] Já no *ius commune* a culpa não era suficiente para limitar a extensão da responsabilidade, uma vez que precisava se referir unicamente à conduta ilícita, não às consequências lesivas daí resultantes.[185] Os juristas medievais buscaram circunscrever o interesse indenizável principalmente com base na distinção entre *interesse circa* e *interesse extra rem*.[186] O fundamento para a referida

---

[179] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 11.
[180] Paul. 76 *ad ed.*, D. 46, 8, 13 pr. Nesse sentido cf. MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 11 e segs.
[181] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 15.
[182] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 15.
[183] Cf. nesse sentido a crítica de MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 12, à definição dos glosadores. Contudo, o autor não rejeita valor à distinção, a qual é empregada em sua obra. A crítica dirige-se à sua utilização na definição de interesse.
[184] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 13. Em sentido semelhante, JANSEN, in *HKK* § 249-253, 255, com. 12. Segundo WIELING, contudo, as dificuldades são compreensíveis, pois foi a primeira vez que se tentou conceber o *interesse* de uma maneira sistemática. Para lidar com a falta de uniformidade das fontes, os juristas medievais precisaram introduzir distinções baseadas em critérios arbitrários (*ibidem*, p. 3). MEDICUS, *Id quod interest* cit., pp. 30-31, aponta que Scaccias, em seu *Tractatus de commerciis et cambiis*, identificou 28 diferentes pontos de vista sobre as divisões do interesse, e destaca a complexidade da *arbor super interesse* de Rebuffus, falecido em 1557, a qual comprova a inutilidade prática da doutrina medieval para a práxis. A árvore está reproduzida à p. 30 da obra do citado autor alemão, na qual podem ser contadas 48 categorias!
[185] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 26.
[186] Nesse sentido cf. JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 13. Também vale mencionar a oposição entre dano emergente (*damnum*) e lucro cessante (*lucrum*) (cf. WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 13, referindo-se à distinção estabelecida por *Acursius*) e a tripartição do *interesse* em *interesse singulare*, *interesse commune* e *interesse conventum* (cf. *ibidem*, pp.11-16, atribuindo a tripartição à realização por *Azo* de uma interpretação equívoca da doutrina de Placentinus; JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 13; MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 342; LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe* cit., p. 22 e segs.). *Interesse conventum* é o preço avençado e *interesse commune* é o valor da coisa (*quantis res communiter vendi potest*). Os juristas medievais poderiam ter desenvolvido o conceito romano de *quod interest* com base na noção de *interesse singulare*, mas, conforme observa MEDICUS, *Id quod interest* cit., pp. 342-343, a preferência dos glosadores e dos comentadores era pelo *interesse commune*. Também no sentido dessa preferência cf. LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe* cit., pp. 23-24. Segundo MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 343, houve algum desenvolvimento isolado, apontando o autor a obra de Jacobus de Ravanis, que rejeitou a referida tripartição. Mas de modo geral o *interesse singular* foi compreendido apenas como um acréscimo ao valor da coisa devida, o que não se distancia muito da perspectiva dos juristas clássicos (*ibidem*, p. 342.). Em sentido diverso, WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 13, defende terem os glosadores elaborado um conceito de interesse baseado nas relações pessoais da

dicotomia é um excerto atribuído a Paulo (Paul. 33 *ad ed*., D 19, 1, 21, 3).[187] O comprador que não recebe o vinho ou o trigo na data avençada não possui direito à indenização dos lucros que obteria com o primeiro ou dos prejuízos decorrentes da morte de seus escravos, causada pela falta de alimento. Segundo Paulo toda vantagem que seria obtida pelo comprador deve ser indenizada, desde que se trate de 'consequência imediata' (*quae modo circa ipsam rem consistit*)[188]: o vendedor não responde, portanto, pelo lucro que obteria com a revenda do vinho nem com a perda dos escravos.[189]

Sem embargo das controvérsias relativas à autenticidade do texto,[190] não existiu no direito romano uma teoria do *interesse circa rem.*[191] A distinção foi elaborada pelos glosadores na Idade Média em razão da contradição da solução de Paulo com outros excertos do digesto.[192] Sua primeira referência encontra-se na *Summa Trecensis* de 1150,[193] para a qual o *interesse circa rem* designa somente os danos diretos, cuja indenização, além disso, deve limitar-se ao valor da coisa. Todas as demais consequências lesivas são *extra rem*, não se limitando a indenização a um valor objetivo.[194] A aferição de seu valor se faz subjetivamente. Como regra geral, somente o *interesse circa rem* é indenizável; o *extra rem* apenas em situações especiais: adimplemento defeituoso consciente (*e.g.* venda de *servus*

---

vítima, o que corresponde com a concepção moderna. Entretanto, o autor logo ressalva a infinidade de limitações estabelecidas ao interesse pelos juristas medievais.

[187] *"Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. Nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit, merito, quia sive datum esset, haberem emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit"*. Cf. tradução para o alemão de SINTENIS, in OTTO (ed.), *Das Corpus Juris Civilis*, t. II, Leipzig, Focke, 1931, pp. 417-418.

[188] SINTENIS, in OTTO (ed.), *Das Corpus* cit., pp. 417-418, traduz a expressão para *"unmittelbare Folge"*.

[189] Segundo RABEL, *Das Recht* cit., pp. 475-477, verifica-se no excerto que o comprador poderia evitar a morte de sua criadagem obtendo o trigo no mercado, de forma que, segundo sua interpretação do texto, o dano por ele experimentado ultrapassa os limites usuais do contrato de compra e venda e, logo, não deve ser indenizado.

[190] Cf. MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 35; WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 29; LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe* cit., p. 17.

[191] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 29; MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 321, para o qual *"*[c]irca ipsam rem *kann [daher] nicht mehr sein als die Beschreibung des Ergebnisses, zu dem die* interesse-*Berechnung der Römer gelangt ist; für die Methode, mit der das geschehen ist, läßt die Wendung dagegen nichts erkennen"*. Por sua vez, LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe* cit., p. 18, afirma que o excerto transcrito possui poucas passagens paralelas nas fontes romanas.

[192] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 30, cita, em especial, Ulp. 27 *ad ed.*, D. 13, 4, 2, 8, e Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13 pr.

[193] Cf. WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 30-31.

[194] Em sentido semelhante LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe* cit., p. 21, extrai a seguinte definição dos exemplos por ele analisados: *"[d]urch diese Beispiele dürfte der Sinngehalt etwa dahin gekennzeichnet werden, daß zu den Schäden* extra rem *im Vertragsrechte alle die Verluste gerechnet werden, die nicht am Vetragsobjekte, im Deliktsrechte die, die nicht an der angegriffenen Sache entstanden sind"*.

fugitivus), mora em negócios com termo estabelecido e delitos.[195]A distinção foi trabalhada pelos glosadores e pelos comentadores. COHNFELDT afirma que, segundo o antigo entendimento, *circa rem* é aquilo dado pela própria coisa e cuja razão encontra-se nela mesma, como, por exemplo, a mais-valia resultante do aumento do preço ou os frutos; *extra rem*, aquilo externamente vinculado à coisa, como o deferimento de uma herança ao escravo e o lucro obtido através de uma vantajosa disposição da coisa.[196]

Cumpre destacar o papel dos glosadores franceses,[197] em especial de Johannes Faber. Em sua obra a previsibilidade é pela primeira vez mencionada como critério para o estabelecimento da extensão do dever de indenizar, o que, contudo, foi feito com base na referida distinção. Em verdade, o critério será desenvolvido somente mais tarde com os humanistas franceses. Contudo, nos comentadores, especialmente Bártolo, a previsibilidade do dano também é referida, mas novamente apenas como um fundamento introduzido na formulação da doutrina então dominante.[198]

Portanto, a matéria não sofreu considerável evolução durante a Idade Média. Os critérios distintivos estabelecidos foram modernamente considerados infrutíferos e posteriormente superados por outras perspectivas de análise.[199] Para MEDICUS, *"a Idade Média vislumbrou, pois, a tarefa de construir um conceito de dano abrangente e útil, mas a deixou à Idade Moderna essencialmente insolucionada"*. [200] Em sentido semelhante WIELING, afirma que a teoria do interesse somente alcançou seu primeiro ponto alto com os juristas franceses da escola humanista.[201]

---

[195] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 31-32. Cf., outrossim, COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht – mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung*, Leipzig, Bernhard Tauchniz, 1865, p. 16.
[196] COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., pp. 10-11.
[197] COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 11, afirma que os "antigos juristas franceses", dentre os quais inclui Bartolus, Petrus e Fumejus (cf. *ibidem*, p. 11, nota 20), relacionavam a distinção subjetivamente àquilo que em cada possuidor permanece vinculado à coisa (*circa rem*) e àquilo que somente a ela se vincula relativamente a determinado possuidor (*extra rem*).
[198] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 32-41.
[199] JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 12.
[200] MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 344: *"[d]as Mittelalter hat also die Aufgabe, einen umfassenden und brauchbaren Schadensbegriff zu bilden, zwar gesehen, sie aber der Neuzeit im wesentlichen ungelöst hintergelassen"*.
[201] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 3.

3.3. Os humanistas franceses

Nos desenvolvimentos posteriores o conceito de interesse perdeu grande parte de sua relação com os problemas práticos atinentes ao dever de indenizar. Consequentemente, os juristas franceses pouco se dedicaram ao tema, o que explica, segundo WIELING, porque modernamente a doutrina francesa não considera importante estabelecer uma definição para o termo.[202] De fato, o *Code civil* francês não contém um conceito de interesse e a doutrina francesa normalmente se contenta com a afirmação pela qual *"[l]a réparation se mesure sur l'étendue du préjudice"*.[203]

Enquanto alguns autores franceses mantiveram-se fiéis à tradição dos glosadores, outros procuraram resolver a questão da limitação do dever de indenizar de uma nova forma.[204] Duas tendências são verificadas, cada uma originando duas orientações no direito moderno: a germânica e a francesa.

A primeira delas vislumbra na causalidade[205] o critério de divisão entre o dano indenizável, correspondente ao *interesse circa rem*, e o não indenizável, correspondente ao *interesse extra rem*. Seus principais formuladores são Contius e Donellus. Ao analisar os casos de Paulo em Paul. 33 *ad ed*., D. 19, 1, 21, 3,[206] o primeiro estabeleceu a unidade do interesse indenizável, correspondente à ideia de *interesse circa rem*. Para ser qualificado como tal, o dano deve ser uma *consequência necessária* do fato e, além disso, este deve ser sua *única* causa. Com a não entrega do vinho na data aprazada, o comprador deixou de obter ganhos. Contudo, esses lucros cessantes não são indenizáveis, pois não caracterizam consequência necessária da mora: não é certo que o comprador efetivamente obteria lucro com o fornecimento do vinho comprado. Portanto, o critério da necessariedade refere-se ao lucro cessante, o que, em outras palavras, não significa outra coisa senão a imprescindibilidade da prova da causalidade do ato devido para a não obtenção do lucro.[207] O requisito da exclusividade diz respeito ao segundo caso de Paul. 33 *ad ed*., D 19, 1, 21, 3. Com o não fornecimento do trigo os escravos do comprador faleceram de fome. Segundo

---

[202] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 16.
[203] Cf. WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 20, citando Ripert e Boulanger.
[204] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 43.
[205] Cf. COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 12, nts. 23 e 24, referindo-se a Contius, de um lado, e Magnus, de outro, como principais representantes de duas vertentes dessa perspectiva.
[206] Cf. *supra*.
[207] Nesse sentido cf. WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 46.

Paulo, esse dano não deve ser indenizado. Contius explica o fundamento da decisão: o inadimplemento não é a única razão do dano. Houvesse o comprador adquirido aos escravos outro trigo, eles não teriam falecido de fome. A hipótese não deve ser vista como culpa concorrente, pois a solução ainda seria a mesma se o comprador não pudesse adquirir o trigo de outrem por motivos pessoais (*e.g.* pobreza). O critério é puramente causal.[208]

Donellus segue os mesmos critérios de Contius. Para ele a conduta deve ser *conditio sine qua non* do dano e a realização da prestação deve ser a única maneira de obter a vantagem não auferida (*nec quaeritur aliunde*). Quanto a esse ponto, esclarece, porém, seu âmbito de aplicabilidade: bens fungíveis como objeto da prestação. Relativamente ao primeiro requisito, não aponta expressamente o elemento da necessariedade, ideia, contudo, pressuposta na exigência da prova da causalidade.[209]

A tendência de solucionar o problema da limitação do dever de indenizar pelo critério da causalidade foi seguida pelos pandectistas no século XIX, como será visto abaixo.

O direito moderno francês apoia-se numa segunda e divergente vertente, que se originou na obra de Carolus Molinaeus (ou Charles Dumoulin). Em comum com a primeira orientação, o citado autor reconhece a existência de um único interesse e, consequentemente, rejeita sua divisão em categorias. Todavia, é na previsibilidade, e não na causalidade, que vislumbra o critério limitativo do dever de indenizar.

WIELING cita excerto do *Tractatus de eo quod interest*, explicando que somente devem ser indenizados os danos que puderam ser previstos e foram, por assim dizer, tacitamente assumidos pelo devedor.[210] O carpinteiro responde, independentemente de avença específica, pela queda de uma construção provocada por vício do travejamento por ele fornecido; da mesma forma, o comerciante de toneis, pelo vazamento decorrente da impropriedade do recipiente. Por si mesma, a atividade de ambos importa na devida e competente realização de seu trabalho, ao passo que a responsabilidade daquele que não

---

[208] Cf. WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 46.
[209] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 46-48.
[210] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 49: *"non teneatur ad damna incursa, vel lucra, quae non fuerunt praevisa, nec praecogitari potuerunt: puta si pater familias cuidam domum hanc locaverat, et tali di promiserat sub magna poena, in quam ob profatam latomi culpam incidit: puto latomum ad aem poenam vel aliud simile remotum, vel inopinatum non teneri. Et hoc ne in immensum, quod interest praetendatur, sed si constet, eum fuisse in dolo malo, et mihi insidiatum, ut noceret: puto de omni damno teneri etiam inopinato nec proviso"* (Col. 919 n. 187).

realiza uma prestação no exercício de sua profissão, mas por mera liberalidade, limita-se ao caso de dolo. Contudo, na hipótese de encomenda de tonel destinado ao armazenamento de cerveja não responde o vendedor por eventual perda decorrente de sua inadequação para a armazenagem de vinho, o mesmo valendo quando a compra de vigas fosse para um prédio pequeno, mas o adquirente as empregasse num grande. Falta nesses casos a previsibilidade do dano.[211]

Segundo COHNFELDT, Molinaeus vale-se, além do critério da natureza do dano, de um segundo: o grau da culpa. A limitação da responsabilidade aos danos previsíveis somente se aplica na hipótese de *culpa levis*, não subsistindo quando configurada dolo ou *culpa lata*. A justificativa baseia-se em uma ponderação de natureza penal: não se deve poupar o responsável no caso de dolo e a culpa leve não deve ser tratada com o mesmo rigor que a grave.[212]

O jurista francês Gabriel de Gast também adotou o critério da previsibilidade. Para ele, interessa saber se o conteúdo do contrato se restringia à prestação ou se as relações pessoais e especiais do credor também deveriam ser levadas em conta. Para WIELING, essa ideia aproxima-se da noção de assunção ficta da responsabilidade, encontrada posteriormente em POTHIER.[213] Para de Gast, há dois fatores que concorrem para a indenização de todo o *interesse extra rem*: a circunstância de o credor ter informado o devedor do risco de um dano de alto valor e o fato de o devedor ser comerciante. Além disso, o interesse *extra rem* também deve ser indenizado na hipótese de dolo.[214]

Além da previsibilidade, um segundo requisito foi originado desta segunda vertente: a *proximidade do dano*. Segundo WIELING, foi Magnus, jurista que viveu entre o final do século XVI e o início do XVII, quem apresentou o referido critério pela primeira vez, relacionando-o ao conceito medieval de *interesse circa rem*. O critério da proximidade do dano aparece juntamente com o da previsibilidade na obra de DOMAT, o qual estabeleceu o fundamento da moderna teoria francesa do dever de indenizar.[215] Ao cuidar da

---

[211] Sobre o critério de Molinaeus cf. COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 17.
[212] Ainda sobre o tema cf. COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 18.
[213] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 49-50.
[214] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 49-50. O autor também refere Hotman, o qual, contudo, também se valeu do critério da causalidade, distinguindo entre *causa efficiens* e *causa sine qua non*. Cf. *ibidem*, pp. 50-51, com críticas a essa tentativa.
[215] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 51.

responsabilidade do vendedor, DOMAT afirma que o lucro ou a perda que se insere nos *dommages et intérêts* devidos ao comprador restringem-se ao que pode ser imputado à mora como *"uma consequência natural e ordinária, com a qual se pode esperar"*. Porém, assinala, em seguida, que as perdas e danos não se estendem às *suites plus éloignées & imprévues*, ou seja, às consequências remotas e imprevistas.[216]

Os critérios de limitação da responsabilidade adotados por DOMAT ficam um pouco mais claros quando o autor os explica com um caso de descumprimento de contrato de locação. Um comerciante aluga uma *boutique* para participar de uma feira que será relizada em determinada cidade, na qual ele não é domiciliado. Todavia, o locador não cumpre o avençado, por haver sido desapossado do imóvel ou derrotado em ação de evicção, por exemplo. DOMAT cogita nas seguintes possibilidades: i) o comerciante loca outro imóvel semelhante, pelo qual, todavia, precisa pagar alguel mais caro; ii) o comerciante não consegue encontrar outro imóvel disponível, sofrendo prejuízo com o pagamento do frete das mercadorias transportadas ao local da feira, não obtendo, além disso, o lucro que teria auferido com a sua comercialização naquela oportunidade, o que, no final das contas, provoca sua falência.

Para o autor, o valor mais alto do aluguel, na primeira hipótese, e o custo com o transporte, na segunda, devem ser ressarcidos, pois consistem numa consequência necessária (*suite nécessaire*) da inexecução do contrato. As demais perdas, relativas à segunda hipótese, também são consequência do descumprimento, mas de natureza distinta. A não disponibilização da coisa locada não é "causa certa e precisa" (*cause certaine & precise*) do não auferimento dos lucros que seriam obtidos com a venda das mercadorias na feira. Porém, não seria justa uma exclusão genérica da responsabilidade. A fixação da indenização depende da prudência do juiz, o qual deverá arbitrá-la segundo as circunstâncias e os usos particulares. No entanto, se o locador não cumpriu o avençado em razão, por exemplo, de haver encontrado terceiro interessado disposto a pagar aluguel superior ao que lhe prometera o comerciante, o juiz deverá condená-lo ao pagamento de perdas e danos com toda a extensão que o rigor da justiça pode demandar, *"pois a má-fé contém a vontade de todo o mal que ela*

---

[216] DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, t. I*, 2 ed., Paris, 1695, p. 121 (= tit. 2, sec. 2, XVIII): *"Le profit ou la perte qui entrent dans les dommages & interêts de l'acheteur, doivent se restreinte à ce qui peut être imputé au retardement & qui en est une suite naturelle & ordinaire, où l'on a pû s'attendre. [...] Mais on ne doit pas étendre les dommages & interêts aux suites plus éloignées & imprévues, qui sont plûstost un effet extraordinaire de quelque évenement, & de quelque conjoncture que fait naître l'ordre divin, que du retardement de la delivrance"*.

pode causar".[217] Já a falência é um evento imprevisto e cuja causa particular encontra-se no estado dos negócios do comerciante, tratando-se de consequência remota (*suíte éloignée*).[218]

POTHIER também se socorre dos critérios da previsibilidade e da proximidade do dano, bem como do grau de culpa do devedor.[219] Salvo no caso de dolo, este responde apenas pelos prejuízos que poderiam ter sido previstos, no momento da celebração da avença, como consequência do inadimplemento da obrigação. Ordinariamente, são considerados previsíveis aqueles que o credor pode sofrer em relação ao objeto da prestação, como a posterior elevação do preço de um cavalo da mesma espécie do devido pelo comprador inadimplente. Porém, algumas vezes a indenização alcança prejuízos extrínsecos, desde que previsíveis e o devedor haja expressa ou tacitamente assumido a responsabilidade em relação a eles. Por exemplo, o vendedor que promete entregar um cavalo em determinada data considerando que o comprador o utilizará para recolher benefícios em certa localidade responde, na hipótese de inadimplemento, pelos lucros não auferidos pelo credor.

O pressuposto da previsibilidade somente é dispensado quando o devedor houver agido com dolo. Todavia, mesmo nesta hipótese não se devem indenizar as consequências muito remotas e muito indiretas (*suites plus éloignées & plus indirectes*). POTHIER indica como exemplo a responsabilidade do vendedor que, mesmo ciente do vício, entrega ao comprador uma vaca pestilenta. Ele responde inclusive pelo perecimento dos demais animais mortos pela contaminação. Todavia, os lucros cessantes pela impossibilidade de cultivo da terra não são uma consequência absolutamente necessária do perecimento dos animais, razão pela qual POTHIER entende pela não responsabilização ou, ao menos, por não ser caso de indenização integral do prejuízo. O jurista é ainda mais enfático quanto à eventual penhora dos bens do comprador decorrente de este não ter conseguido quitar seus débitos. Não há responsabilização, pois, embora o dolo do credor haja contribuído para a ruína do comprador, outras causas podem explica-la.

---

[217] Cf. DOMAT, *Les loix civiles, t. II*, cit., p. 347.

[218] Cf. DOMAT, *Les loix civiles, t. II*, cit., pp. 330-357 e 368-387 (= tit. 5). Do exemplo fica claro que DOMAT também considera o critério do grau de culpa como determinante para a extensão da responsabilidade. Porém, no exemplo citado invoca a má-fé apenas em relação aos lucros cessantes, não indicando expressamente um agravamento da responsabilidade quanto à falência. A interpretação que se faz, neste contexto, é que, para ele, as *suítes éloignées* jamais integram o dever de indenizar. A título comparativo cf. a ressalva do art. 403 do Código Civil brasileiro: "ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor".

[219] POTHIER, *Traité des obligations, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur, Tome Premier*, nouvelle edition, Paris, 1764, pp. 176-194 (= §§ 159-168).

Segundo WIELING, o jurista francês não deixa claro, entretanto, o que entende por consequência remota.[220] Além disso, em diversos momentos e para diversas hipóteses POTHIER enfatiza a importância da *prudence du juge* no arbitramento das perdas e danos.

A teoria de POTHIER foi acolhida pelo *Code Civil* em seus arts. 1.150 e 1.151:

> *Art. 1.150. Le débiteur n'est tenu des dommages et interêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point executée.*[221]
>
> *Art. 1.151. Dans le cas même où l'inexecution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et interêts ne doivent compreendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexecution de la convention.*[222]

O primeiro dispositivo, que estabelece o critério da previsibilidade, não se aplica à responsabilidade extracontratual, ao passo que alguns autores ressalvam o requisito da consequência direta e imediata também para essa hipótese.[223]

3.4. O *usus modernus* germânico e neerlandês

No *usus modernus* germânico e neerlandês o conceito de interesse foi tratado como uma questão meramente teórica. Seu desenvolvimento foi muito superficial. Os autores germânicos e neerlandeses cingiram-se basicamente a repetir os critérios limitativos medievais.[224] A distinção entre *interesse circa rem* e *interesse extra rem* é raramente mencionada, do que WIELING infere não haver a práxis germânica e holandesa aplicado as

---

[220] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 52.
[221] Segundo o dispositivo, o devedor somente é obrigado a indenizar as perdas e danos que foram ou poderiam ter sido previstas no momento da celebração do contrato, quando o inadimplemento não for por dolo.
[222] De acordo com o artigo, mesmo no caso em que a inexecução do contrato resulte de dolo do devedor, a indenização deve abranger apenas as perdas sofridas pelo credor e o ganho do qual ele foi privado que sejam uma consequência imediata e direta da inexecução do contrato.
[223] Cf. referências em WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 55. G. VINEY e P. JOURDAIN, *Le conditions de la responsabilité*, 3 ed., Paris, LGDJ, 2006, pp. 194-195, ao cuidaresm do artigo 1.151 do *Code civil*, afirmam: *"[b]ien que visant expressément la seule responsabilité contractuelle, cette disposition est aujourd'hui unanimemente considérée comme l'expression d'um príncipe applicable au domaine entier de la responsabilité civile"*.
[224] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 20 e 55 e segs. No mesmo sentido cf. JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 26.

restrições provindas da doutrina romanística. As cortes teriam reconhecido somente um interesse unitário, cuja indenização era abrangente.[225] Em sentido semelhante JANSEN afirma que a limitação da indenização perdeu qualquer relevância na práxis e no final do século XVIII o princípio naturalístico da reparação integral já podia ser considerado como genericamente estabelecido. A única questão ainda pendente era a possibilidade de indenização dos lucros cessantes.[226]

De fato, alguns autores sustentaram novos pontos de vista. Nesse sentido merece destaque a obra de Höpfner. Para ele o *interesse* deveria ser indenizado de forma abrangente. A única ressalva era a hipótese abordada por Paulo em 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21, na qual os escravos do comprador falecem em razão do não fornecimento do trigo. A doutrina de Höpfner baseia-se claramente na de Donellus, mas, enquanto este fundamentava a referida limitação na causalidade, aquele o fazia na concorrência de culpa. É exatamente essa solução que prevalecerá na Alemanha.[227]

3.5. A escola de Salamanca, a escola do direito natural e as codificações do século XVIII e do início do século XIX

A matéria também foi objeto de evolução com "teoria da restituição" (*"Restitutionslehre"*) da escola de Salamanca. A referida teoria representa uma recepção do pensamento aristotélico de justiça transferido ao pensamento jurídico da Idade Moderna através principalmente de Thomas de Aquino e da doutrina canonista.[228] Sua concepção baseia-se na ideia de justiça distributiva, servindo à correção de um desequilíbrio na distribuição patrimonial entre as partes, de sorte a lhes recompor a igualdade.[229] Trata-se de uma doutrina inicialmente voltada às relações extracontratuais, mas cujo fundamento

---

[225] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 56-57, o qual cita decisão sobre caso semelhante ao D. 19, 1, 13 pr, reconhecendo a indenização dos danos sem qualquer referência à configuração de dolo. Em sentido semelhante cf. JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 26.

[226] JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 29. Sobre a possibilidade de concessão de dano moral (*Schmerzengeld*) e do estabelecimento de uma pena privada cf. *ibidem*, com. 30.

[227] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 58-59, o qual cita o seguinte exerto de Höpfer, nascido em 1767 e falecido em 1797: *"[d]er Schaden, den ich leide, muß nicht auf eine andere Art haben abgewehrt werden können. Hierher gehört der Fall, den Paullus aufführt, D 19, 1, 21, 3. Jemand unterläßt mir den versprochenen Weizen zu liefern, und meine Sklaven verhungern deswegen. Ohne Zweifel setzt Paullus voraus, daß ich anderwärts her hätte Lebensmittel beschaffen können"*.

[228] JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 17. As duas principais contribuições da escola de Salamanca ao tema da reparação do dano relacionam-se ao princípio da reparação integral e ao da reparação natural. Todavia, o segundo aspecto não interessa diretamente à problemática enfrentada nesse trabalho, relativa à limitação da responsabilidade.

[229] JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 17.

principiológico é extensível à responsabilidade contratual.[230] Do ponto de vista dogmático, representou uma alteração da perspectiva de análise do problema da reparação dos danos. Enquanto a tradição romana voltava os olhos à conduta do lesante, os juristas da escola de Salamanca enfatizavam a necessidade de indenização das perdas sofridas pela vítima. O pressuposto dessa mudança foi a gradual separação institucional da função punitiva em relação à reparatória.[231]

Como resultado, os juristas naturalistas espanhóis abandonaram as diferenciações restritivas elaboradas na Idade Média a partir das fontes romanas. Aquele que causa dano a outrem deve indenizá-lo integralmente, independentemente de se tratar de dano direito, indireto *etc*.[232] Trata-se do postulado da reparação integral, acolhido e desenvolvido posteriormente pelos juristas seculares da escola do Direito Natural, sendo Hugo Grócio o elo de ligação entre a escola de Salamanca e o discurso jurídico-naturalista da Idade Moderna, embora no livro *De iure belli ac pacis* não se encontre expressa referência à teoria da restituição.[233]

De fato, os juristas da escola do direito natural não deram continuidade à doutrina romanística. Conquanto sua concepção de interesse tenha sido basicamente a mesma desta, devendo abranger todos os danos causais, a escola do direito natural não procurou restringir a aplicação desse conceito abrangente. O fundamento utilizado são os preceitos clássicos *honeste vivere*, *alterum non laedere* e *suum cuique tribuere*,[234] com o que os jusnaturalistas laicos desvencilharam-se dos fundamentos dos juristas espanhóis.

Os autores do direito natural não acolheram as distinções romanísticas. Por exemplo, Thomasius, Grócio e Heineccius rejeitaram a divisão do interesse em *circa rem* e *extra rem*.[235] Impende observar que Heineccius, apoiando-se numa afirmação pouco clara de Grócio, teria estabelecido a ideia básica da separação entre "fundamentação da responsabilidade" e "preenchimento da responsabilidade" (*"Trennung von*

---

[230] JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 17.
[231] JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 18.
[232] JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com.18.
[233] JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 21.
[234] Em especial o segundo. Sobre o tema cf. WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 22; JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 22.
[235] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 60.

Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung"):[236] todos os danos resultantes do ilícito devem ser indenizados.[237] No século XIX, MOMMSEN apontará inconsistências na obra do referido autor.

Todavia, os jusnaturalistas não apresentaram uma formulação técnica e específica de interesse, nos moldes da posteriormente desenvolvida "teoria da diferença". Grócio entendia pela possibilidade de avaliação abstrata do valor da coisa evicta ao lado da fixação concreta do interesse, mas não compreendeu o problema como uma questão técnico-jurídica. O jusnaturalista neerlandês tomava como referência as circunstâncias subjetivas do lesado e – o que é mais decisivo – não restringia o dano indenizável ao patrimonial, abrangendo a totalidade dos bens jurídicos materiais e imateriais.[238]

A concepção da doutrina do Direito Natural influenciou os códigos do século XVIII e do início do XIX. Essas codificações não previram uma definição de interesse, determinando, contudo, que a responsabilidade deve abranger todos os danos. O Direito Geral do Estado da Prússia (ALR) de 1794 conceituava dano como *"toda deterioração da situação de uma pessoa em relação a seu corpo, à sua liberdade, ou honra, ou a seu patrimônio"* (ALR I 6, § 1)[239]; o Código Civil austríaco (ABGB) de 1811, como *"todo prejuízo sofrido por alguém em seu patrimônio, em seus direitos ou em sua pessoa. Disso distingue-se o lucro cessante que alguém pode esperar segundo o decurso natural das coisas"* (ABGB § 1.294)[240]; o *Code Civil* francês dispõe que *"tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la foute duquel il est arrivé, à le réparer"* (art. 1.382). Contudo, devido à forte vinculação desses ordenamentos com o direito comum as codificações estabeleceram limitações ao dever de indenizar,[241] o que, contudo, não ocorreu com o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756, no qual não se encontra limitação

---

[236] JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 22. A referência é a Johann Gottlieb Heineccius, Pralectiones academicae in Hugonis Grotii de iure belli ac pacis libros III, Venedig 1765, zu lib. II, cap. 17, § 5.
[237] Por exemplo, Christian Thomasius, Institutiones iurisprudentiae divinae libre tres, Halle 1720, lib. II, cap. V, § 39, defendia, em sentido contrário, que a culpa deve se referir às consequências lesivas. Cf. JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 22, nt. 144.
[238] JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 24.
[239] *"Jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen, in Absicht seines Körpers, seiner Freyheit, oder Ehre, oder seine Vermögens"*.
[240] *"Jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat"*.
[241] Em sentido contrário foi o desenvolvimento do direito alemão e austríaco moderno, que adotaram a teoria do interesse. Cf. WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 23.

de qualquer natureza ao dano indenizável.[242] Em especial, o ALR e ABGB deixaram-se influenciar pelo critério do grau da culpa.[243]

3.6. Os pandectistas

3.6.1. Considerações gerais.

Diferentemente dos humanistas franceses e dos juristas do *usus modernus* germânico e neerlandês, os pandectistas alemães abordaram o problema da definição do interesse como uma questão prática e não meramente teórica.[244] Alguns autores ainda se valeram das antigas fórmulas de origem romana e outros também defenderam, com base nas distinções tradicionais, pontos de vistas restritivos. Todavia, logo predominou a ideia da reparação integral, fruto da influência da doutrina do direito natural.[245]

Firmado esse princípio, os pandectistas procederam à concepção de uma fórmula que possibilitasse aos tribunais uma aferição segura da extensão do dever de indenizar nos casos concretos. O caminho trilhado foi a comparação entre o patrimônio efetivo e o hipotético. A ideia surge em meados do século XIX, sendo primeiramente vislumbrada por PUCHTA e mencionada por SINTENIS e ARNDTS.[246] Contudo, sua construção conceitual é devida precipuamente a FRIEDRICH MOMMSEN, sendo discutível se o autor deixou-se influenciar pela doutrina de Hotman, do século XVI.[247]

---

[242] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 60. Segundo JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 25, o *Codex Maximilianeus* pretendia estabelecer o princípio da reparação integral sem qualquer restrição.

[243] O ALR previa indenização integral apenas no caso de dolo ou culpa grave (ALR I 6, § 10 e segs.). Na hipótese de culpa leve a responsabilidade limitava-se ao objeto imediato do dano e os lucros cessantes sofriam restrições (ALR I 6, § 12 e segs.). Para outras especificidades da lei cf. JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 25, nt. 164. Por sua vez, o ABGB estabeleceu a reparação irrestrita dos danos nos casos de dolo, culpa grave, infração de lei penal ou quando o agente agiu movido por um motivo reprovável (*missbiligtes Motiv*) (§ 1.324, 1.331 e segs.). No caso de dano à pessoa, garantia, contudo, indenização integral, além de danos morais (§ 1.325). Sobre o tema cf. JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 25, nt. 165; WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 60-61, o qual considera as limitações dos referidos códigos uma visível continuação da antiga divisão do interesse em *circa* e *extra rem*. Os referidos códigos também recepcionaram o princípio da reparação natural. Sobre o tema cf. JANSEN, in *HKK* § 249-153, 255, com. 25.

[244] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 23.

[245] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 24.

[246] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 24.

[247] Nesse sentido cf. WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 24-25. Cf. referências *supra*.

A tese de MOMMSEN foi rapidamente acolhida pela doutrina germânica, conquistando a aceitação de WINDSCHEID e DERNBURG, dentre outros.[248] Consequentemente, o princípio da reparação integral também passou a ser aceito pela maioria dos autores tedescos.

O processo de construção desse conceito formal e abrangente foi precedido de uma crescente rejeição dos critérios tradicionais de limitação dos danos indenizáveis em favor de uma concepção pautada na noção de causalidade. Alguns pandecticas, como GÖSCHEN, KOCH, KELLER, MACKELDEY e MADAI, ainda defenderam a distinção entre dano direto e indireto, embora com variações de opiniões sobre o dano indenizável. Entretanto, a divisão foi rejeitada pela maioria dos pandectistas, muitos dos quais invocavam Paul. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21, 3 como argumento.[249]

Outra corrente, capitaneada por THIBAUT e que se origina da doutrina de Donellus, limitou o dever de indenizar aos danos necessários e inevitáveis, compreendendo, porém, a restrição pelo critério da causalidade como um problema de culpa concorrente.[250] Ela sofreu críticas de MOMMSEN e WINDSCHEID,[251] dentre outros, os quais, segundo WIELING, interpretaram a expressão "dano necessário" (*notwendiger Schaden*) em sua acepção literal.

Por fim, também se defendeu o escalonamento do dever de indenizar segundo o grau de culpa, embora alguns pandectistas tenham sustentado uma concepção mais flexível, favorável ao emprego do prudente arbítrio do juiz no caso concreto.[252] A doutrina dominante rejeitou a distinção, pois a concessão do interesse integral não representa vantagem alguma ao credor; trata-se apenas de se afastar uma desvantagem sofrida pelo devedor, mas que deve ser atribuída àquele que agiu com culpa.[253] A definitiva rejeição desses critérios pelos

---

[248] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 25.

[249] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 63, o qual cita Mommsen, Stöhr, Fritz, Schwppe, Puchta, Mühlebruch, Sintenis, Holzschuher, Wächter, Vangerow, Baron, Windscheid e Dernburg. Segundo WIELING, *ibidem*, p. 65, o D. 19, 1, 21, 3 passou a ser interpretado como exigindo apenas a causalidade da conduta para o dano.

[250] THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, t. I, 5 ed., Jena, Mauke, 1818, p. 204 (= § 275): *"[w]er überhaupt das Interesse zu ersetzen hat, braucht nur den Schaden zu ersetzen, welcher eine gewisse, notwendige und von dem Andern nicht zu vermeidende Folge seiner widerrechtlichen Handlung (damnum ex re), nicht aber einen Gewinn, der bloß möglich und einen Schaden, welcher vermeidbar war (damnum extra rem datum)"*.

[251] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 143, nt. 8, refere-se também a Mühlenbruch e Bucher. Para MOMMSEN, os prosélitos dessa tese desconhecem o verdadeiro sentido do nexo de causalidade e as soluções práticas por eles defendidas somente são aceitáveis porque não aplicam as referidas noções em suas últimas consequências. No mesmo sentido de MOMMSEN cf. WINDSCHEID. *Lehrbuch des Pandektenrechts II* cit., § 258, p. 32.

[252] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 64-65, o qual sita a opinião de Hänel. No sentido de um escalonamento rígido, conforme o modelo tradicional, refere-se a Göschen, Koch e Keller.

[253] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 65, com referência expressa a Mommsen.

pandectistas foi o pressuposto necessário à formulação da abrangente teoria da diferença, encontrando o dano indenizável sua única limitação no pressuposto da causalidade.[254]

3.6.2. O conceito de interesse

Para MOMMSEN, os antigos desenvolvimentos doutrinários sobre a teoria do interesse não foram capazes de oferecer uma clara concepção de sua essência e não conduziram à descoberta dos princípios subjacentes às fontes romanas. Como insatisfatória, menciona, por exemplo, a divisão do interesse em *commune*, *singulare* e *conventum*.[255] As críticas estendem-se dos glosadores aos juristas dos séculos XIV e XV. Segundo o pandectista, somente no século XVI houve avanço na matéria, citando Alciat, Contius e, especialmente, Donellus e Magnus. As obras desses dois últimos juristas representam o ápice do desenvolvimento da matéria. Sua abordagem sobre as soluções romanas foi mais clara e correta que a de seus antecessores, bem como a dos juristas que os sucederam nos séculos XVII e XVIII. Na centúria seguinte surgem, porém, alguns tratados de direito civil nos quais MOMMSEN vislumbra uma melhora na abordagem do tema, considerando, contudo, necessário dedicar uma monografia acerca dos princípios básicos relativos à apuração do conceito de interesse e de sua extensão.[256]

O termo "interesse" (*id quod interest* ou *quanti interest*) possui no direito de danos uma acepção técnica, distinta do sentido normalmente atribuído à palavra no uso vulgar, e que, em MOMMSEN, também não se confunde com a noção de "perdas e danos" (*Schadensersatz*), pelas razões que serão explicadas abaixo. Para o citado autor, a expressão *id quod interest* refere-se a uma comparação (*Vergleichung*).[257] É essa ideia que subjaz ao conceito jurídico de interesse por ele proposto:

> *"[...] a diferença entre a quantia do patrimônio de uma pessoa, como o mesmo é num dado instante, e a quantia que esse patrimônio teria*

---

[254] Todavia, os pandectistas debateram uma exceção: a não responsabilização em caso de objetos de luxo, conforme Proc. 2 *epis.*, D. 8, 2, 13, 1, e Ulp. 2 *disp.*, D. 29, 2, 40 pr. Esse entendimento foi defendido por Windscheid, Baron e Mommsen. Brinz e Dernburg foram contrários à tese. Sobre o tema cf. WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 65-66.

[255] Também crítico cf. COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 5 e segs.

[256] MOMMSEN, *Beiträge* cit., pp. I-VIII.

[257] Crítico a esse respeito, cf. COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., pp. 3-4, para o qual a definição de interesse como comparação entre patrimônios decorre de uma "falsa etimologia da palavra interesse" (*falsche Ethmologie des Wortes interesse*).

no mesmo instante em questão sem a intervenção de um determinado evento lesivo". [258]

O interesse pressupõe, portanto, a intervenção de um evento necessariamente no patrimônio do credor. Fatos dos quais não resultam essa espécie de influência também podem fundamentar uma obrigação, mas seu objeto não será um interesse, mas uma pena.[259] O segundo pressuposto do interesse é a natureza prejudicial da interferência. Se ela for benéfica, o objeto de eventual obrigação daí resultante não será um interesse: o enriquecimento pode ser objeto de um dever (*Verpflichtung*), não de um crédito (*Forderung*) do enriquecido.[260]

A descrição do fato do qual resulta o dever de indenizar o interesse não integra, segundo MOMMSEN, este conceito. Nesse aspecto, sua obra desvincula o interesse do fundamento de origem da obrigação de indenizar: *"são duas questões totalmente diferentes e bem separáveis uma da outra, se no geral existe um interesse, e se uma pretensão à reparação desse interesse é juridicamente fundada"*.[261] Além disso, cuide-se de um objeto originário (ex.: delito) ou derivado (ex.: inadimplemento culposo da prestação originária não pecuniária) de uma obrigação, tem-se sempre como base o mesmo conceito de interesse.[262]

A dissociação entre o interesse e o fato lesivo que fundamenta o dever de indenizar importa naturalmente em consequências para o conteúdo concreto daquele. Do preceito jurídico ou da disposição de última vontade que o fundamenta não é possível extrair limites

---

[258] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 3: *"[...] die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunke ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunfkt eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde"*. Em vista do direito então vigente e em contraposição à variedade de critérios temporais existentes ao tempo dos juristas romanos, o autor especifica essa definição, afirmando ser o interesse a diferença *"entre o patrimônio atual de uma pessoa, como o mesmo se apresenta após um evento lesivo, e a quantia que esse patrimônio totalizaria sem a intervenção desse evento"* (cf. MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 4: *"zwischen dem* gegenwärtigen *Vermögen einer Person, wie dasselbe nach einem beschädigenden Ereignisse sich darstellt, und dem Betrag, zu welchem dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft dieses Ereignisses sich belaufen haben würde"*). O autor refere-se à definição de Hotman em *disp. de eo quod interest* § 1. Contudo, ressalva a existência de erros na obra do jurista, em especial quanto à inclusão do evento lesivo na definição. Cf. *ibidem*, p. 6, nt. 4. MOMMSEN também cita como referência Puchta, Unterholzner e Arndts.

[259] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 5, cita, para exemplificar, o caso da exigência em razão de uma injúria, do arbitramento judicial de uma importância monetária mediante a *actio injuriarum aestimatoria*, tratando-se de uma multa pecuniária.

[260] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 5.

[261] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 6: *"[e]s sind zwei ganz verschiedene und wohl von einander zu trennende Fragen, ob überhaupt ein Interesse vorhanden ist, und ob ein Anspruch auf Erstattung dieses Interesse rechtlich begründet ist"*. O autor afirma ser o interesse um objeto *possível*, não *verdadeiro* (*wirklich*), da obrigação (*ibidem*, p. 5).

[262] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 10.

à sua extensão, sendo um conspecto da tese de MOMMSEN o desvencilhamento entre a reparação do dano e a tradicional limitação ao valor do objeto da obrigação inadimplida ou da coisa danificada. Consequentemente, o problema da extensão do dever de indenizar se apresenta numa nova perspectiva. Todas as consequências patrimoniais lesivas do fato jurídico do qual resulta a responsabilidade devem ser reparadas, sem distinção quanto à sua natureza. Da própria noção de interesse bem como do fato jurídico que fundamenta o dever de prestá-lo não se extrai qualquer princípio delimitativo da responsabilidade. Os lindes da responsabilização, ressalvada para alguns autores o critério da culpa concorrente, são traçados exclusivamente pelo nexo de causalidade.

COHNFELDT vai além, contrapondo-se à noção de interesse de MOMMSEN, perfilhada pela maioria dos pandectistas. COHNFELDT pensa que MOMMSEN e o restante da doutrina se deixaram influenciar por elementos exteriores à essência do interesse, relacionados, em verdade, ao surgimento do dever e à própria prestação daquele. Em síntese, sua crítica consiste numa suposta obstinada representação do dano no verdadeiro conceito de interesse, turvando-o.[263] Para o autor, já existe um interesse antes da ocorrência do dano, antes de se ter decidido se o evento sobre o qual o interesse se apoia realizou-se ou não. Por exemplo, quanto ao interesse sobre uma prestação não é necessário aguardar se o devedor adimplirá sua obrigação ou não; o primeiro já está presente desde o instante da assunção da obrigação.[264]

Esse é um dentre outros aspectos centrais de sua teoria,[265] a qual não será abordada no presente trabalho. A inclusão ou não do dano como requisito necessário do interesse não interfere diretamente nas questões relativas ao papel do nexo causal na determinação da extensão do conteúdo do dever de indenizar. Fundamentalmente a definição de interesse de COHNFELDT muda apenas a perspectiva de análise desse problema. Sendo o interesse a "essência" (*Inbegriff*) de todas as vantagens (hipotéticas) dependentes de um fato, a investigação do vínculo de causa e efeito se dá entre o fato sobre o qual se tem interesse (*e.g.* cumprimento da prestação devida) e as vantagens hipotéticas daí resultantes. Essa mudança

---

[263] COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 55.
[264] COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 2.
[265] A síntese das críticas dirigidas por COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., *passim*, pode ser lida no seguinte excerto: *"[w]eil kein Schadensersatz denkbar ohne einen Schaden und eine Zurechnung der Beschädigung, fand das Moment des Schadens und des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit in die Deffinition Eingang, und weil der Ersatz meist in Gelde geleistet wird, setzte man den Werthe des Interesses an die Stelle des Interesses selbst!"* (*ibidem*, p. 4).

de perspectiva não se relaciona diretamente com o problema da causalidade, explicando-se, em verdade, pela total abstenção das noções de fato lesivo e de prejuízo no conceito de interesse proposto pelo autor:[266]

> *"interesse é toda vantagem dependente de um fato para uma determinada pessoa, ou, com outras palavras, tudo que alguém teria esperado da realização ou não de um específico evento".*

3.6.3. Não limitação do interesse ao valor do objeto

Antes, porém, de compreender os princípios gerais estabelecidos por MOMMSEN para a identificação da extensão do interesse, é preciso esclarecer o contexto doutrinário em que sua teoria foi desenvolvida.

A teoria do interesse é a condensação formal do princípio da reparação integral. Ressalvada a orientação patrimonialista dos juristas pandectistas,[267] ela volta-se, como já apontado, contra as tradicionais restrições do objeto da indenização.[268] Para MOMMSEN, a investigação dos objetos constituintes do interesse é realizada segundo a influência exercida pelo evento lesivo sobre o patrimônio, que pode ocorrer de duas formas genéricas: i) mediante a redução do patrimônio *a)* pela total ou parcial privação de um ou mais de seus elementos componentes, *b)* pela diminuição do valor de um ou alguns destes ou *c)* pela oneração do patrimônio com um débito (*damnum emergens*); e ii) mediante o impedimento de uma ampliação do patrimônio que se realizaria sem a intervenção do evento lesivo (*lucrum cessans*).

---

[266] COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 57: *"Interesse ist alles von einer Thatsache für eine bestimmte Person abhängige Vortheil, oder mit anderen Worten: Alles, was Jemand von dem Eintritt oder Nichteintritt eines gewissen Ereignisses haben würde"*.

[267] Com efeito, o entendimento prevalecente era pela não indenização do interesse de afeição, ou seja, do interesse não patrimonial, não apreciável em pecúnia, em sentido genérico. Não confundir, portanto, com o sentido específico de "prejuízo de afeição" no contexto das vítimas por ricochete (cf. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, *Princípio da reparação integral* cit., p. 293: *"[o] prejuízo de afeição (*préjudice d'affection*) é a modalidade de dano extrapatrimonial que atinge as vítimas por ricochete [...]"*). Além disso, a estimação do interesse sempre deve ser realizada em pecúnia. Nesse sentido cf. MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 11 e segs. Cf., outrossim, COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 73, para o qual o interesse de afeição não pode ser objeto de direito em razão de sua natureza.

[268] Nesse sentido cf. JANSEN, in *HKK* § 249-253, 255, com. 60: *"[m]it seiner Differenztheorie hatte er [Mommsen] sich gegen die zu seiner Zeit herrschende Lehre gewendet, die den Ersatz bei Folgeschäden grundsätzlich beschränkt hatte"*.

O *damnum emergens* e o *lucrum cessans* designam, dessa forma, a extensão possível do interesse a ser aferida concretamente.[269] Contudo, à época ainda era preciso demonstrar não viger uma limitação geral da indenização ao valor do objeto da obrigação originária ou da coisa danificada.

MOMMSEN, ao investigar se o equivalente do objeto originário de uma obrigação devido em razão do não cumprimento desta consiste no interesse ou apenas no "valor da coisa" (*Sachwert*),[270] concluiu com base nas fontes romanas que, como regra, o equivalente não se limita ao valor do objeto originário da obrigação, representando, em verdade, o interesse.[271] Embora sua abordagem sobre a casuística romana tenha se limitado à hipótese em que o equivalente substitui o objeto de uma obrigação diretamente resultante de um preceito jurídico, o autor defendeu o mesmo princípio quando a responsabilidade fundamentar-se em disposição contratual ou de última vontade, assim como nos casos de delito ou quase-delito, hipóteses nas quais, então, não há se falar em um equivalente do objeto de uma obrigação originária, mas da coisa danificada.[272]

Essa conclusão esbarra numa dificuldade: como defender uma teoria do interesse fundada na ideia de comparação das situações patrimoniais quando nas fontes romanas encontram-se diversos casos nos quais a responsabilidade pelo equivalente restringe-se ao valor da coisa devida? MOMMSEN pretende apresentar um conceito de interesse condizente com o princípio da reparação integral e, ao mesmo tempo, erigi-lo com apoio no direito romano. Para não incorrer em contradição, distingue entre a ideias de interesse, de um lado,

---

[269] Além da aferição do interesse, geralmente também é preciso proceder à sua estimativa (*Schätzung*), o que, segundo MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 11 e segs., sempre deve ser feito em dinheiro.

[270] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 63, não examinou os delitos em detalhe, nem tratou das hipóteses em que o credor (não o devedor!) responde não apenas por dolo, mas também por culpa. Além disso, sua investigação se concentrou nos casos em que a obrigação resulta diretamente de um preceito jurídico. Contudo, ressalvou, com alguma reserva, a possibilidade de estender suas conclusões para os casos de responsabilidade fundada no contrato ou em disposição de última vontade.

[271] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 60.

[272] Sobre os delitos e quase-delitos cf., em especial, MOMMSEN, *Beiträge* cit., pp. 61-62. Quanto aos casos em que o credor responde, como tal, por dolo ou culpa (*e.g.* responsabilidade do comodante por vício da coisa emprestada), conclui: *"[...] in den zur Frage stehenden Fällen [ist] immer das Interesse zu leisten [...], und zwar nich bloß in den Fällen eines Dolus oder einer* culpa lata *des Gläubigers, wo sich dies eigentlich ganz von selbst versteht, sondern auch in den Fällen einer* culpa levis, *vorausgsetzt natürlich, daß der Gläubiger auch für eine solche Verschuldung haftet"* (*ibidem*, p. 62-63; destaque no original). Para as considerações sobre a responsabilidade baseada em disposição contratual ou de última vontade cf. *ibidem*, pp. 60-61 e 63.

e a de "perdas e danos" ou de "reparação de danos" (*Schadensersatz*), de outro, as quais não se confundem em sua obra.[273]

O interesse é subjetivo, ou seja, relativo ao patrimônio do indivíduo e, segundo MOMMSEN, é aferido segundo a fórmula da diferença, acima indicada. Para ilustrar, pode citar-se o caso do comodato de um tonel defeituoso, indicado pelo autor como um exemplo em que as fontes romanas não permitem concluir com clareza se o equivalente consiste no interesse ou no "valor da coisa".[274] Na hipótese, o fundamento da responsabilidade, não é, segundo MOMMSEN, a omissão dolosa do vício, mas o perecimento do vinho provocado pelo dolo do comodante.[275] Dessa forma, não há dúvida quanto à existência do dever de indenizar um equivalente ao vinho estragado. Outra questão é saber se o referido equivalente se limita ao valor objetivo deste. Em se respondendo afirmativamente, não se tem a reparação do interesse propriamente, mas apenas a do valor de mercado. Por outro lado, se a referida limitação não se impuser, o comodatário deverá ser indenizado do valor aferido subjetivamente, mediante a comparação entre o patrimônio efetivo (resultante do fato lesivo) e o hipotético (como estaria sem o fato lesivo). Nesse caso, o decisivo é saber quanto o vinho estragado "vale" para o lesado.

MOMMSEN cita alguns exemplos em que a prestação indenizatória é expressamente restringida pelas fontes romanas, como na *lex Rhodia de jactu*, em que àquele que sofrer dano através do lançamento ao mar de sua mercadoria garante-se uma reparação restrita a uma parte do preço de sua aquisição. Da mesma forma, o comprador em mora deve pagar juros sobre o valor do preço não adimplido, o qual, porém, se limita aos praticados na localidade. Para o pandectista, a estimação da indenização nesses casos é realizada por critérios distintos dos aplicados ao cálculo do interesse, não sendo *sequer* possível designar a hipótese como um interesse limitado (*beschränktes Interesse*).[276]

---

[273] COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 21 e segs., também enfrenta dificuldade em conciliar a tese da total reparação do interesse com os casos romanos relativos ao "valor da coisa".
[274] O fato de as fontes romanas reconhecerem o direito à reparação do vinho, não significa necessariamente a aceitação da reparação do interesse, pois o próprio vinho é, segundo MOMMSEN, o bem jurídico originalmente violado. Para o autor, o interesse será o objeto da obrigação resultante dessa violação se a indenização referir-se ao valor do vinho para o comodatário (comparação entre os patrimônios), não àquele objetivamente aferível no mercado. Cf. MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 62.
[275] Esse aspecto relaciona-se com o duplo aspecto da causalidade. Sobre o tema cf. *infra*.
[276] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 27 e segs.

A partir dessa distinção, MOMMSEN consegue manter-se "fiel" ao direito romano e, ao mesmo tempo, estabelecer um conceito formal de interesse voltado à pessoa do credor, o que na prática facilitou, ao menos inicialmente, a aplicação do princípio da reparação integral.[277] No século XX, a teoria do interesse desvincula-se definitivamente de sua origem romana e as noções de interesse e de perdas e danos passam a ser empregadas como sinônimas na doutrina e na casuística.

De qualquer forma, é a MOMMSEN que se deve a consagração dogmática, mediante um conceito formal, da regra pela qual *"[...] o devedor, caso tenha que indenizar um equivalente ao objeto da prestação, está obrigado a realizar o interesse que o credor possui no cumprimento da obrigação"*.[278] Para ele a transformação da prestação em um equivalente pressupõe a continuação do dever do obrigado àquela e a satisfação da obrigação toma como base o valor que ela representa para o credor. Nesse sentido, a indenização correspondente ao interesse não representa uma vantagem; ela apenas afasta os prejuízos (no que se incluem os lucros cessantes) decorrentes do fato do qual se origina o dever de reparar o dano:[279]

> *"[...] então, de fato não há qualquer fundamento para, no caso de culpa do devedor, compensar o credor com um equivalente menor, do que com o interesse; uma consideração protetiva do devedor seria aqui uma injustiça contra o credor"*.

3.6.4. Determinação da extensão do dever de indenizar o equivalente ao interesse

Estabelecido o conceito de interesse e a regra pela qual este deve ser amplamente reparado, é necessário investigar os critérios segundo os quais se afere a sua extensão no caso concreto. Para isso, MOMMSEN distingue três aspectos: *i)* a caracterização do dano indenizável; *ii)* a natureza do vínculo entre o dano concreto e o fato do qual resulta o dever

---

[277] É importante ressalvar não haver menção expressa a esse princípio na obra do autor.

[278] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 70: *"[...] der Schuldner, falls er für den ursprünglichen Gegenstand der Obligation ein Aequivalent zu leisten hat, verpflichtet ist, das Interesse zu prästieren, welches der Gläubiger an der Erfüllung der Obligation hat"*.

[279] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 71, o qual, em seguida, aponta dúvida quanto aos casos em que o equivalente deve ser prestado sem que o devedor tenha incorrido em culpa, em especial na hipótese em que é pessoalmente impossível ao devedor a realização da prestação originária, mas o direito não reconhece esse impedimento como uma "autêntica impossibilidade" (*wahre Unmöglichkeit*). Todavia, MOMMSEN compreende a aplicação do mesmo tratamento, pois precisamente aquele elemento que poderia afastar a censura da culpa e, logo, justificar uma outra solução, não é considerado pelo direito. Como exemplo, cita o início da mora que vincula o devedor ao pagamento do "interesse temporal" (*Zeitinteresse*) (cf. excertos indicados em *ibidem*, nt. 2).

de realizar a prestação relativa ao interesse; e *iii)* a eventual estimação do dano reparável. O primeiro cuida de distinções como dano patrimonial e interesse de afeição,[280] dano atual e futuro, dano emergente e lucro cessante *etc*.; o terceiro, dos critérios de estimativa do valor de um dano computável ao interesse. É o segundo que possui importância direta para a presente investigação, consistindo seu problema no estabelecimento de princípios orientadores da atribuição do dano ao interesse nos casos concretos.

Predominou entre os pandectistas o entendimento pelo qual essa atribuição é determinada através do nexo de causalidade entre o dano realizado e o fato jurídico do qual resulta o dever de realizar a prestação relativa ao interesse.[281] A variedade das circunstâncias fáticas concretas, relativas seja ao próprio fato lesivo seja à natureza do patrimônio afetado e do inter-relacionamento entre seus elementos constitutivos, era reconhecida como impeditiva do desenvolvimento de regras específicas. No entanto, MOMMSEN considerou possível fixar pontos de partida limitativos da discricionariedade do juiz.[282]

Uma primeira e fundamental orientação consiste na precisa identificação do fato concreto do qual resulta o dever de realizar a prestação relativa ao interesse. Na hipótese de delito, o referido fato não é o dolo ou a culpa do lesante, mas a lesão jurídica (*Rechtsverletzung*) provocada por culpa (dolo ou culpa em sentido estrito); para a *actio legis Aquiliae* seria a danificação ou a destruição culposa de uma coisa corpórea, consistindo o interesse naquilo que o autor teria em seu patrimônio se a coisa não houvesse sido danificada ou destruída. Quando se trata de um interesse a ser prestado pelo próprio credor, o fato jurídico do qual resulta o dever também é a lesão jurídica provocada por dolo ou culpa; por exemplo, no caso do comodante que empresta um tonel que vaza o fato que justifica a responsabilidade não é a culpa daquele, mas a perda do vinho armazenado. Por fim, na hipótese em que o interesse representa o objeto de uma obrigação, o fato que fundamenta a responsabilidade não é a culpa, mas o inadimplemento da prestação devida; o interesse corresponderá àquilo que o credor teria se a obrigação houvesse sido cumprida.[283]

---

[280] Sobre o sentido da expressão cf. nota *supra*.
[281] Nesse sentido cf. MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 117 e segs.; COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 136 e segs.; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts III*, 3 ed., Düsseldorf, Julius Buddeus, 1870, § 258, p. 28 e segs.; DERNBURG, *Pandekten II, Obligationenrecht*, 3 ed., Belim, 1892, p. 122 e segs.
[282] MOMMSEN, *Beiträge* cit., pp. 137-138.
[283] MOMMSEN, *Beiträge* cit., pp. 138-139.

O simples fato do qual resulta o dever de realizar o interesse e o preceito jurídico ou a disposição de vontade (*Privatdisposition*) que o qualifica não são isoladamente decisivos. O determinante é o modo (*Art und Weise*) como o primeiro é produzido. Um fato jurídico pode gerar um dever de indenizar independentemente de como foi produzido; segundo a análise empreendida por MOMMSEN com base no direito romano, isso geralmente ocorre quando o fundamento do dever consiste num contrato. Todavia, através de um dispositivo legal ou de uma disposição de vontade (contrato ou disposição de última vontade) pode ser estabelecido que o dever de reparar o dano resultará somente quando o fato jurídico for realizado de determinada maneira; por dolo ou culpa, por exemplo. Para MOMMSEN, nessa segunda hipótese há um *"duplo nexo causal"* (*doppelter Causalnexus*): primeiramente investiga-se se o fato jurídico foi efetivamente produzido da maneira exigida para o nascimento do dever de indenizar; se, por exemplo, configurou-se o nexo causal entre o não cumprimento da obrigação e a culpa do devedor. Num segundo momento é analisado se e em que medida o dano foi realizado através do fato jurídico em questão. É relativamente a esse segundo aspecto que o problema do nexo de causalidade se apresenta como critério determinativo da extensão do dever de indenizar o interesse, exercendo seu papel, no primeiro, quanto à própria fundamentação dessa consequência jurídica.[284]

A importância prática da distinção para o conteúdo do dever de indenizar é ilustrada por MOMMSEN com o exemplo da venda de coisa alheia. O comprador pode escolher dirigir sua pretensão à reparação do interesse relativo à indução dolosa ao negócio ou ao descumprimento do contrato. No primeiro caso, deve exigir a reposição de seu patrimônio à situação em que se encontraria se o contrato não houvesse sido celebrado; por exemplo, terá direito ao ressarcimento do valor das despesas realizadas com a coisa, mas não ao relativo à sua valorização. No segundo caso, o vendedor deve pagar o necessário para o patrimônio do comprador alcançar a situação em que se encontraria se a obrigação houvesse sido devidamente cumprida; o comprador não poderá exigir o equivalente ao que despendeu com a conservação, o melhoramento ou o aformoseamento do imóvel, mas terá direito à quantia correspondente à valorização da coisa.[285]

---

[284] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 139.
[285] MOMMSEN, *Beiträge* cit., pp. 139-140.

Estabelecida essa primeira orientação, MOMMSEN analisa os critérios genéricos relativos ao nexo causal.

Para ele somente devem ser considerados no interesse os danos que sejam "efetiva" (*wirklich*) consequência do fato que origina o dever de prestá-lo.[286] A mera possibilidade ou probabilidade de realização do dano não é suficiente para tanto. Por exemplo, quem causa ferimento letal a um escravo não responde pela morte deste se a posterior intervenção de outrem a produzir diretamente.[287]

Contudo, o dano não precisa ser uma consequência "necessária" ou "inevitável" do fato lesivo, como defendiam alguns autores à época.[288] O fato do qual resulta o dever de realizar a prestação do equivalente pode ser sua causa imediata e exclusiva, bem como concorrer com outras condições ao resultado. Nesse caso, pouco importa se a causa concorrente foi condicionada pelo fato que fundamenta o dever de reparar dano ou se sua existência era totalmente independente deste, bem como se ela se realizou antes ou depois do fato imputável ao responsável. MOMMSEN cita vários casos retirados das fontes romanas. Dentre eles, o do escravo que pratica em conjunto com outras pessoas um delito. Aquele que o matar deverá indenizar o proprietário do prejuízo que este teria evitado caso pudesse obter, mediante tortura de seu escravo, o nome dos demais partícipes do delito.[289] Outro exemplo é a não realização da prestação devida, impedindo o credor de cumprir contrato firmado com terceiro e, logo, ensejando a incidência de multa convencional.[290] Da mesma forma, aquele que entrega uma viga ou um barril com defeito não responde apenas no limite da coisa devida, mas também pelo dano indireto, como a queda da casa ou o perecimento do vinho.[291]

Como apontado acima, a crítica de MOMMSEN é considerada injusta. A intepretação que faz da obra dos autores que exigem seja o dano uma consequência "necessária" ou "inevitável" não seria correta.[292]

---

[286] MOMMSEN, *Beiträge* cit., pp. 141-144.
[287] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 142, nt. 7, refere-se a Ulp. 18 *ad ed*., D. 9, 2, 11, 3, ressalvando, porém, tratar-se da fundamentação da responsabilidade, não de sua extensão.
[288] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 143, nt. 8.
[289] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 144: Ulp. 18 *ad ed.*, D. 9, 2, 23, 4, referindo, outrossim, a Paul. 17 *ad ed.*, D. 43, 16, 6.
[290] Paul. 22 *ad ed.*, D. 9, 2, 22; Ulp. 18 *ad ed.*, D. 9, 2, 23 pr.; Pap. 10 *quae.*, D. 18, 7, 13.
[291] Pomp. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6, 4; Ulp. 32 *ad ed.*, 19,1, 13 pr.
[292] Sobre a crítica cf. item 3.6.1. *supra*.

Após estabelecer a regra geral segundo a qual somente as "efetivas" consequências lesivas devem ser computadas no interesse, MOMMSEN sustenta ser possível extrair de diversos excertos das fontes romanas um apuramento do referido princípio, além de um critério limitativo da extensão do interesse. Trata-se, respectivamente, de duas questões: *i)* saber se o dano também se realizaria mesmo sem a intervenção do fato do qual resulta o dever de realizar a prestação do equivalente; e *ii)* se, apesar da referida intervenção, o dano poderia ter sido evitado pelo lesado.[293]

Sobre a primeira hipótese, conclui não ser a mera possibilidade suficiente para excluir a imputação do dano ao interesse. Segundo o jurista, isso decorre da própria natureza das coisas, uma vez que a aceitação dessa defesa implicaria a não indenização de danos diretos em muitos casos. Ao autor do dano é sequer viável alegar que o lesado provavelmente não teria agido como um *diligens paterfamilias*. Para justificar sua tese, MOMMSEN cita algumas soluções romanas. Aquele que subtrai ou destrói uma certidão, impossibilitando ao lesado demonstrar sua alegação em juízo, responde pelo prejuízo sofrido por este em razão da derrota no litígio, não lhe socorrendo a alegação de que a vítima provavelmente teria perdido a oportunidade de apresentá-lo ao juiz ou de que este não lhe teria reconhecido valor probatório.[294] Quem em razão de um delito provoca a perda de uma servidão ou de outro direito através do não uso, da usucapião ou da prescrição, deve indenizar o valor da coisa independentemente da possibilidade de que o lesado não houvesse exercido o seu direito oportunamente.[295]

O dano somente não será computado ao interesse quando certo que também se realizaria sem a intervenção do fato atribuído ao réu. Para MOMMSEN, isso é uma decorrência lógica do próprio conceito de interesse: *"através da realização da prestação correspondente ao interesse deve ser conferido ao lesado aquilo que ele teria se o evento lesivo não houvesse se realizado"*.[296] Em não sendo o dano uma efetiva consequência do fato que fundamenta a responsabilidade, não há se falar aqui, segundo o autor, em uma verdadeira limitação do princípio geral extraído das fontes romanas. Trata-se apenas de tornar mais preciso o seu

---

[293] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 145 e segs.
[294] Gai. 1 *ad ed. prov.*, D. 2, 13, 10, 3; Paul. 3 *ad ed.*, D. 9, 2, 40; Paul. 39 *ad ed.*, D. 47, 2, 27; Paul. 9 *ad Sab.*, D. 47, 2, 32; Paul. 2 *sent.*, D. 47, 2, 82, 3; Paul. R. S. II tit. 31 § 32, citados por MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 147.
[295] Paul. 4 *ad ed.*, D. 2, 7, 4 pr.; Iul. 2 *dig.*, D. 2, 10, 3 pr.; Paul. 65 *ad ed.*, D. 43, 16, 9 1; Gai. 2 *ad ed. praetoris urbani titulo de liberali causa*, D. 43, 16, 10; Ulp. 70 *ad ed.*, D. 43, 20, 1, 23; Ulp. 71 *ad ed.*, D. 43, 24, 15, 8; Ulp. 70 *ad ed.*, D. 43, 24, 21, 3, citados por MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 147.
[296] MOMMSEN, *Beiträge* cit., pp. 148-149.

sentido, conforme diversas soluções das fontes: aquele que deteriorou escravo alheio não responde pelo dano se este faleceu posteriormente por outra razão;[297] quem transfere dolosamente a posse de coisas integrantes da herança não responde, no caso de *hereditates petitio*, se o perecimento das mesmas também houvesse ocorrido sem a referida transmissão;[298] a mora na entrega de escravo prometido não importa no dever de indenizar os lucros que o comprador teria obtido com o seu trabalho se mesmo com o cumprimento tempestivo da prestação aqueles não pudessem ser auferidos em razão do adoecimento do escravo.[299]

MOMMSEN visualiza uma verdadeira restrição à extensão do interesse na segunda hipótese, qual seja, quando o lesado poderia ter evitado o dano apesar do fato lesivo. O fundamento da referida restrição encontra-se, segundo MOMMSEN, em Pomp. 8 *ad Quintum Mucium*, D. 50, 17, 203: *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*. Ela é legítima, *"pois nada é mais natural que aquele [o lesado] arque com as consequências de sua própria negligência"*.[300] Trata-se da única exceção ao princípio de que a extensão do interesse é determinada pelo critério da causalidade.[301] Para comprovar essa tese, MOMMSEN viu-se obrigado a explicar determinadas soluções romanas apenas aparentemente - segundo o jurista - em contradição com essa conclusão por ir além da limitação pela culpa do lesado.

Naturalmente MOMMSEN refuta qualquer outro critério restritivo do interesse. Além do critério da causa exclusiva, da consequência necessária e inevitável, o autor dedica especial atenção à teoria de Molinaeus, para o qual o dano deve ser previsível.[302] Ao contrário dos juristas franceses, os alemães não acolheram o critério da previsibilidade para a responsabilidade contratual. Por exemplo, COHNFELDT defendia que *"ao devedor deve-se atribuir* todas *as consequências de sua ação e não apenas as que podiam ser previstas, pois se responde precisamente pela* ação *mesma, e essa abrange todas as suas consequências"*

---

[297] Paul. 21 *ad ed.*, D. 6, 1, 27, 2, citado por MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 149: *"[d]urch die Leistung des Interesse soll dem Beschädigten dasjenige zu Theil werden, was er haben würde, wenn das beschädigende Ereigniß nicht eingetreten wäre"*.
[298] Paul. 20 *ad ed.*, D. 5, 3, 26, 3, citado por MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 150.
[299] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 150, com referência a Lab. 6 *pithanon a Paulo epitomarum*, D. 6, 1, 79. Para outros exemplos, inclusive referentes ao primeiro aspecto da causalidade, cf. *ibidem*, p. 150 e segs.
[300] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 157: *"[...] da nichts natürlicher ist, als daß Jeder [der Beschädigter] die Folgen der eigenen Nachlässigkeit selbst zu tragen hat"*.
[301] Também aceitando esse critério cf. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts II* cit., § 258, p. 35.
[302] Cf. MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 164 e segs.

(destaque no original).[303] Essa perspectiva se consolida durante o século XIX, dominando o entendimento doutrinário germânico já na metade da referida centúria: a regra geral é a reparação ilimitada e integral do interesse.[304]

O BGB afilia-se a essa orientação, embora já se vislumbrasse uma contracorrente mesmo antes da elaboração do código. Nas justificativas de seu primeiro anteprojeto foram afastados os critérios do grau da culpa e a distinção entre dano direito e indireto, considerando-se que *"o evidente pressuposto é que o dano, cuja reparação é exigida, esteja em nexo causal com aquela conduta ou omissão do devedor que fundamenta a pretensão"*.[305]

3.7. O princípio da reparação integral no BGB

O BGB disciplina o conteúdo das pretensões de reparação de dano nos §§ 249 a 255, existindo ainda algumas regras específicas para o caso de responsabilidade delitual, contidas no § 842 e seguintes do mesmo diploma legal. Das normas do BGB infere-se a já apontada cisão entre fundamento e extensão da reparação, que são consideradas como "fases" independentes e autônomas. O "surgimento" do dever de indenizar é regulado em outros dispositivos, dentre os quais se incluem os já analisados §§ 823 e 826 do BGB. Preenchidos os seus pressupostos, o conteúdo da obrigação daí decorrente é fixado segundo a orientação geral do § 249.

A citada norma condensa numa fórmula abstrata o princípio da reparação integral ou da reparação total (*Grundsatz der Totalreparation*). Pela hipótese ou teoria da diferença (*Differenzhypothese ou -theorie*) o determinante é a comparação entre a situação patrimonial efetiva e a hipotética, qual seja, aquela que existiria se o fato lesivo não houvesse se realizado.

---

[303] COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 19: *"[...] muß der Schuldner* sämmtliche *Folgen siener Handlung vertreten, und nicht bloß die, welche vorausgesehen werden können, da eben für die* Handlung selbst *eingestanden wird, und diese alle ihre Folgen in sich schließt"* (destaque no original).

[304] Nesse sentido cf. COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse* cit., p. 21; MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 68 e segs, 89 e segs, 292 e 296.

[305] Cf. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichem Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse*, Berlim, Decker, 1899, p. 10: *"[d]ie selbstverständliche Voraussetzung ist, daß der Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, im Kausalzusammenhange mit derjenigen Handlung oder Unterlassung des Verpflichteten steht, der den Anspruch begründet"*. Cf., outrossim, SCHIEMANN, in *Staudinger* (2005) § 249 com. 5.

Embora prevalecente na doutrina e na jurisprudência,[306] essa orientação é atualmente relativizada por critérios normativos, além de considerada insatisfatória por alguns autores. Nada obstante, é um dos fatores que contextualizam as discussões empreendidas nas primeiras décadas de vigência do BGB quanto ao problema da limitação da responsabilidade.

Os redatores do BGB rejeitaram os critérios tradicionais de limitação da responsabilidade.[307] No direito prussiano a extensão do dever de reparar o dano dependia da espécie e do grau de culpa. Todavia, o anteprojeto de von Kübel já não previa tal espécie de distinção, entendimento esse que seguiu firme durante toda a discussão sobre a codificação alemã.[308] O Código Civil alemão somente levou a culpa em consideração para a determinação da extensão do dano na hipótese do § 254, que cuida da culpa concorrente da vitima.[309] Não fez distinção entre dano direto e indireto, também existente no direito prussiano. Por fim, não acolheu a previsibilidade do dano como critério limitativo da responsabilidade, ao contrário, por exemplo, do que ocorre no direito francês em relação à responsabilidade contratual.[310]

O legislador, trilhando caminho até então desconhecido em outros ordenamentos,[311] privilegiou o interesse do lesado estabelecendo que todos os danos resultantes do ilícito devem ser reparados. Portanto, a extensão da responsabilidade é determinada pelas fronteiras traçadas pelo nexo de causalidade.[312]

Todavia, enquanto em matéria penal a jurisprudência logo se firmou no sentido da teoria da equivalência das condições,[313] na seara privada se considerou necessário estabelecer algum limite à responsabilização.[314] Essa insatisfação dizia respeito mais à

---

[306] A teoria da diferença foi acolhida pela jurisprudência do Tribunal do *Reich* e ainda predomina na práxis germânica, sendo, outrossim, admitida pela maioria dos doutrinadores tedescos, embora com algumas concessões. Sobre o tema cf. LANGE e SCHIEMANN, *Schadenersatz* cit., p. 27 e segs.

[307] Sobre o tema cf. VON CAEMMERER, *Die Bedeutung des Schutzbereich einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersaztansprüchen aus Verkehrsunfällen*, p. 346, in LESER, *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften*, v. 3, Tübingen, Mohr, 1983, pp. 345-370.

[308] Segundo BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 525, a segunda comissão rejeitou proposta pela aferição da extensão do dano indenizável segundo o grau de culpa.

[309] Sobre o tema cf. LANGE e SCHIEMANN, *Schadenersatz* cit., pp. 13-15, apontando, todavia, outras hipóteses em que a culpa desempenha algum papel na fixação do dano indenizável, sem contudo considerarem o grau de culpa como fator de importância fundamental no direito positivo alemão.

[310] Em relação às discussões históricas cf. BENÖHR, *Die Redaktion* cit., p. 524.

[311] VON CAEMMERER, *Die Bedeutung*, cit., p. 346.

[312] Mot. II, pp. 17 e segs., 728 e 238 e segs. (= Mugdan II, pp. 10, 406 e 412).

[313] Cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache und nächste Ursache*, p. 213, nt. 12, in *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht* 113 (1950), pp. 205-280, citando julgados do Tribunal do *Reich*.

[314] Sobre o tema cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 214 e segs.

extensão da responsabilidade do que à sua fundamentação, o que se explica com base no já mencionado "duplo aspecto" da causalidade.

Como já assinalado, a causalidade que fundamenta a responsabilidade (*haftungsbegründende Kausalität*) é aquela existente entre a conduta do lesante e a violação do direito absoluto do lesado, enquanto a que "preenche" a responsabilidade (*haftungsausfüllende Kausalität*) diz respeito às consequências lesivas resultantes da referida violação. Em princípio a teoria da causalidade adequada não possui relevância prática alguma para o primeiro aspecto, pois o resultado lesivo primário (violação de direito absoluto) deve estar "abrangido" pela culpa, de sorte que sua discussão se dá em relação ao segundo momento. A doutrina alemã afirma, portanto, bastar a aplicação da teoria da equivalência das condições.[315] Com efeito, uma lesão totalmente imprevisível e extraordinária não pode ser imputada ao agente lesivo nesse plano em razão da ausência da previsibilidade subjetiva, de sorte que a fórmula da *conditio sine qua non* não necessita, em princípio, de qualquer espécie de corretivo.

O mesmo não acontece no tocante à "causalidade que preenche a responsabilidade", em relação à qual a doutrina e a jurisprudência alemã tradicionalmente se valeram da teoria da causalidade adequada.[316] Para ilustrar o problema no início do século XX os defensores desta teoria citavam o caso *Lloyddampfers Mosel* ou *Thomas*.[317] Os trabalhadores de uma embarcação deixaram cair um barril supostamente carregado com caviar, quando, em verdade, continha dinamite e havia sido enviado por um criminoso, conhecido por Thomas. Com a explosão, além dos danos causados ao navio, mais de 100 pessoas morreram ou foram gravemente feridas. Configurada a culpa dos encarregados, sua responsabilidade se estenderia a todas as consequências lesivas do evento, resultado, entretanto, injusto. A solução proposta seria, então, limitar a reponsabilidade às consequências adequadas.

---

[315] Por todos cf. WAGNER, in *MüKoBGB* § 823, com. 58.

[316] Cf. WAGNER, in *MüKoBGB* § 823, com. 58. A distinção também tem importância no plano da prova do nexo de causalidade, pois a jurisprudência aplica à causalidade que preenche a responsabilidade a regra do § 287 do Código de Processo Civil alemão (ZPO), para o qual basta a uma probabilidade preponderante para que o juiz se convença da alegação da parte interessada. A jurisprudência do BGH nega a aplicação do dispositivo à causalidade que fundamenta a responsabilidade. Nesse sentido cf. WAGNER, *ibidem*, com. 56.

[317] Cf. TRAEGER, *Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B*, 2ª reimp., Marburg, N. G. Elwert, 1929, p. 143. No mesmo sentido cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 217.

Por fim, uma última observação quanto à distinção entre os dois aspectos da causalidade acima apontados. Ela é nítida na responsabilidade do § 823 I do BGB, à qual é geralmente associada. O duplo aspecto da causalidade não é referido no contexto da responsabilidade por infração de lei de proteção, por uma razão simples. Pelo texto do § 823 II do BGB a fundamentação da responsabilidade não pressupõe a violação de um direito ou bem jurídico. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade da conduta exaurem-se, em princípio, na própria infração à norma. Daí a aferição direta entre a conduta lesiva com os danos sofridos pela vítima. Como assinalado, o critério limitativo invocado, no caso, é o do escopo da norma, tema ao qual se voltará no capítulo terceiro.

Capítulo 2. A causalidade no direito civil alemão: equivalência das condições e causalidade adequada

1. Considerações gerais

Com o primado do princípio da reparação integral, o problema da causalidade tornou-se de especial relevância para o direito civil alemão. Em princípio as fronteiras da responsabilidade seriam traçadas pelos limites da relação de causa e efeito entre o fato que fundamenta a responsabilidade e suas consequências lesivas. Daí a importância, senão a imprescindibilidade, de definir um conceito de causalidade, ou, ao menos, de indicar orientações gerais para se decidir *in concreto* se o fato imputado ao réu é causa da lesão ou do dano sofrido pela vítima.

Os civilistas alemães valeram-se do então recente desenvolvimento da matéria no direito penal. De fato, a causalidade exerce tanto na responsabilidade civil quanto na penal a função de um pressuposto mínimo de responsabilização,[1] incumbindo a outros requisitos, como a culpa, a antijuridicidade, a realização do risco da atividade, o defeito do produto *etc.*, delimitar ainda mais aqueles que devem responder por determinado resultado. A concepção clássica de causa das ciências naturais e da filosofia foi compreendida como apropriada a essa função. Dela se valeu a ciência jurídica na segunda metade do século XIX para propor uma definição jurídica de causalidade desprovida, em princípio, de qualquer elemento valorativo. Essa teoria, denominada como teoria da equivalência das condições, conquistou diversos adeptos, foi por muitos considerada como perfilhada pelo BGB e ainda hoje serve como referência inicial para as investigações sobre a imputação das consequências lesivas.

Todavia, o nexo de causalidade também exerce seu papel na fundamentação do dever de reparar o dano.[2] No capítulo anterior fez-se referência ao "duplo aspecto" da causalidade. E nas abordagens históricas do direito romano as discussões sobre a causalidade concentram-

[1] Nesse sentido cf., dentre outros, RICHTER, *Schadenszurechnung bei deliktischer Haftung für fehlerhafte Sekundärmarktinformation*, Tübingen, Mohr, 2012, p. 133. Não se desconhecem propostas teóricas tendentes a descartar a causalidade como requisito indispensável à responsabilização. Contudo, o enfrentamento desse tema não é necessário para a investigação da teoria do escopo da norma, objeto do presente trabalho.
[2] Nesse sentido cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2 ed., Colônia, Carl Heymann, 1996, p. 77.

se exatamente em questões relativas à fundamentação do dever de reparar o dano conforme o capítulo primeiro da *lex Aquilia*,[3] o que talvez se explique pela concepção restritiva dos juristas romanos acerca do dever de indenizar.

Porém, a teoria que alcançou maior repercussão na jurisprudência civil alemã, dominando-a do início do século XX até o final da década de 1950, foi a da causalidade adequada. A doutrina e as cortes germânicas sentiram a necessidade de limitar a responsabilização. E o critério que prevaleceu foi o da doutrina criada por VON KRIES e posteriormente aprimorada por RÜMELIN e TRAEGER. É contra a concepção generalizante da fórmula da causalidade adequada que se propugnou pela investigação do escopo da norma violada como método de delimitação da extensão do dever de reparar o dano. Eis, portanto, a importância da devida compreensão do desenvolvimento e da aplicação da teoria da causalidade adequada no ordenamento alemão, bem como das críticas que paulatinamente lhe foram sendo dirigidas.

2. A causalidade no direito romano e na Idade Média

Questões relativas à causalidade são encontradas principalmente nas fontes romanas que trataram da responsabilidade baseada no capítulo primeiro da *lex Aquilia*, o qual prevê a responsabilidade daquele que matar (*occidere*) injustamente um escravo, uma escrava, um animal de manada ou de rebanho.[4]

Os romanistas discutem o exato sentido do termo *occidere*, que deriva de *caedere* e *caedes*, palavras que conotam a ação de matar diretamente.[5] Dessa forma, nem todo ato do qual resulta a morte de um escravo ou animal ensejava a responsabilidade de acordo com o capítulo primeiro da *lex Aquilia*. ZIMMERMANN ilustra o problema com um exemplo

[3] Cf. MEDICUS, *Id quod interest* cit., pp. 325-326; WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 229-230.
[4] Gai. 7 *ad ed. prov.*, D. 9, 2, 2 pr.: *"Lege Aquilia capite primo cavetur: 'uti qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quant id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto'"*. O excerto é traduzido por P. DE SOUZA MENDES, *Sobre a origem dos princípios jurídicos da causalidade e do domínio do facto – a lex aquilia de damno iniuria datum*, p. 1087, in A. MENEZES CORDEIRO, L. MENEZES LEITÃO e J. DA COSTA GOMES (coords.), *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles - 90 anos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 1085-1110: "[o] primeiro capítulo da *lex Aquilia* estatui: 'quem matar injustamente um escravo, uma escrava, um animal de manada ou um animal de rebanho alheios é punido com pena pecuniária fixada à razão do máximo valor do escravo ou animal do último ano'".
[5] ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 978.

elaborado a partir da casuística romana:[6] aquele que acena com uma bandeira vermelha e dessa forma conduz o gado a uma passagem estreita ensejando sua queda num desfiladeiro causa o perecimento dos animais, o que, contudo, não significa necessariamente que seu ato possa ser qualificado como "matar" (*occidere*).[7]

Os juristas romanos não chegaram a um consenso sobre o conceito de *occidere*. Por exemplo, Juliano considerava que a morte devia ser causada por força e resultar diretamente da ação física do réu.[8] Em sentido semelhante, Ulpiano afirmava que a palavra implica o uso de uma espada ou de uma arma similar, ou a aplicação direta e violenta do corpo ou de parte do corpo do malfeitor contra a vítima.[9] Por sua vez, Labeão dispunha-se a conceder a *actio legis Aquiliae* contra a parteira que administrara droga venenosa a uma de suas clientes, desde que o tivesse feito com suas próprias mãos.[10] Com base no exemplo, ZIMMERMANN anota a irrelevância de saber se o paciente foi forçado ou meramente persuadido a se submeter ao tratamento; o que interessava à caracterização do injusto era a circunstância de o assassino haver ou não aplicado o remédio com suas próprias mãos, segundo critério indicado por Gaio.[11] A morte devia ser consequência direta da ação física do malfeitor.

Evidentemente os juristas romanos perceberam como injusta a não responsabilização nos casos em que o requerido *mortis causam praestare*, ou seja, estabelece a causa da morte, não a provocando diretamente por meio de sua ação física. A solução foi conceder à vítima uma ação análoga àquela da *lex Aquilia*. Esse remédio foi descrito por Celso como uma *actio in factum*.[12] Segundo ZIMMERMANN, a primeira notícia encontra-se em resposta conferida por Ofílio a caso em que o cavalo montado por um escravo foi assustado enquanto passava

---

[6] Trata-se de decisão noticiada por Ulpiano em 37 *ad ed.*, D. 47, 2, 50, 4. A decisão é relativa a caso em que o réu espantou o rebanho do autor com um pano vermelho para as mãos de ladrões. Cf. MACCORMACK, *Juristic interpretation* cit., p. 272.

[7] ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 976, o qual se refere aos seguintes excertos: Ulp. 37 *ad ed.*, D. 47, 2, 50, 4; Gai. 13 *ad ed. prov.*, D. 47, 2, 51; Nerat. 1 *mem.*, D. 9, 2, 53.

[8] Iul. 86 *dig.*, D. 9, 2, 51 pr.

[9] Ulp. 18 *ad ed.*, D. 9, 2, 7, 1.

[10] Lab./Ulp. 18 *ad ed.*, D. 9, 2, 9, pr.

[11] ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., pp. 978-979. A referência é a Inst. III, 219 e Inst. IV, 3, 16.

[12] Citado por Ulpiano em 18 *ad ed.*, D. 9, 2, 7, 6. Segundo MACCORMACK, *Juristic interpretation* cit., p. 266, a formulação da distinção entre *occidere* e *mortis causam praestare* parece dever-se ao trabalho de Celso. Em sentido semelhante cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 977. Os pretores também concediam *actiones utiles* para ampliar a solução da *lex Aquilia*, mas para outro escopo, conforme se verifica da seguinte observação de ZIMMERMANN: *"[a]s far as the lex Aquilia is concerned, the actio in factum was competent where the factual circumstances of a specific case did not fit in with the statutory verbs (occidere, urere frangere rumpere); an actio utilis, on the other hand, was the apposite remedy to extend the right to sue to persons other than the owner"* (*ibidem*, p. 995).

sobre uma ponte, causando a morte deste.[13] O jurisconsulto menciona em sua fundamentação outro caso, no qual o réu atraiu o escravo do autor para uma emboscada preparada por terceiro.[14] Portanto, a *actio in factum* na hipótese de morte indiretamente causada já era concedida antes de Ofílio, mas, segundo ZIMMERMANN, sua origem, embora imprecisa, não deve situar-se antes da segunda metade do século II a.C. A conclusão se explica pelo fato de as *actiones in factum* vincularem-se ao processo formulário, surgido à época.[15]

O requisito da causação direta também se apresenta na responsabilidade do capítulo terceiro da *lex Aquilia*, que cuida dos danos causados a bens materiais, desde que o ato consista em queimar (*urere*), quebrar (*frangere*) ou estragar (*rumpere*). Por exemplo, o tanoeiro contratado para consertar um barril, mas que o fura, não responde pela perda do vinho segundo a *lex Aquilia*.[16] Conforme esclarece ZIMMERMANN, o vinho foi estragado, mas o vínculo entre a conduta física do tanoeiro e o dano não foi suficientemente direto.[17] Porém, como já ressaltado, a maioria das fontes que cuidam de problemas atualmente abordados sob a rubrica da causalidade referem-se à responsabilidade do capítulo primeiro da *lex*.

Em vista desse contexto, teriam os juristas romanos desenvolvido uma doutrina sobre a causalidade? A distinção entre as hipóteses de *occidere* e *mortis causam praestare* concorreu nesse sentido?

Segundo ZIMMERMANN, os termos específicos da *lex Aquilia "had once been chosen in order to describe as clearly and forcibly possible an action that was manifestly and palpably wrong"*.[18] Portanto, as divergências existentes entre os jurisconsultos não centravam-se em ser ou não a conduta do réu causa do dano, mas no cabimento da *actio legis Aquiliae* ou da *actio in factum*, problema dirimido pelo significado linguístico dos verbos operativos.[19]

---

[13] Ofilius/Ulp. 18 *ad ed.*, D. 9, 2, 9, 3.
[14] Sobre o uso da analogia por Ofílio nesse caso cf. MACCORMACK, *Juristic interpretation* cit., pp. 258-259.
[15] ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., pp. 981-982, o qual aborda, outrossim, a situação existente antes desse período.
[16] Ulp. 18 *ad ed.*, D. 9, 2, 27, 35.
[17] ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 985.
[18] ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 991.
[19] No mesmo sentido cf. MACCORMACK, *Juristic interpretation* cit., p. 282. O autor também afirma que *"[t]he question of what is obvious, immediate or direct in any particular case seems to have been considered in an impressionistic and empirical sense"* (*ibidem*, p. 268). Em sentido semelhante, embora defendendo a influência de concepções filosóficas no pensamento dos juristas romanos, cf. P. DE SOUZA MENDES, *Sobre a origem dos*

Contudo, em não sendo mais possível afastar a responsabilidade em todos aqueles casos não enquadráveis na ideia intuitiva de causação direta do dano, os juristas romanos deveriam, em princípio, solucioná-los mediante critérios de causalidade, em especial delineando os contornos da expressão *mortis causam praestare*. Após elaborar um princípio com base no qual fosse possível decidir se a ação a ser concedida no caso concreto seria *legis Aquilia* ou *in factum*, seria preciso estabelecer uma *formula* que especificasse se houve uma *mortis causa*.[20] As decisões dos jurisconsultos não poderiam se pautar no procedimento de aproximação da situação concreta examinada com hipóteses indubitavelmente qualificadas como *occidere*.[21] O caminho da analogia somente seria viável após a formação de um conjunto inicial de casos decididos como *mortis causam praestare*. Uma alternativa para resolver esse problema seria o desenvolvimento de uma teoria da causalidade.[22]

No entanto, MACCORMACK conclui que os textos romanos não revelam a elaboração de uma doutrina sobre a teoria da causalidade.[23] A única possível exceção seria a solução conferida por Labeão em caso relativo à *cautio damni infecti*, não dizendo, portanto, respeito à alternativa entre uma *actio legis Aquiliae* ou uma *actio in factum*, mas à concessão de uma *actio legis Aquiliae* ou de uma *actio ex locato* ao proprietário de um imóvel. Tratava-se da ruína de prédio locado condicionada pela circunstância de o locatário haver amontoado terra contra o seu muro. Em consequência de chuvas contínuas o monte de terra encharcou e o prédio não suportou o seu peso.[24] Para Labeão, não se tratava de hipótese de concessão da primeira ação, pois a causa do dano não foi o monte de terra deixado pelo *conductor*, mas a posterior absorção da água da chuva. Portanto, o resultado lesivo somente se produziu pela cooperação de uma causa exterior. Daí o cabimento da *actio ex locato*. Para NÖRR ao

---

princípios jurídicos da causalidade cit., p. 1091. O autor destaca a insistência do uso de *"verbos de conotação mecânica, tais como* matar *(*occidere*),* queimar *(*urere*),* partir *(*frangere*) ou* estragar *(*rumpere*)"*, tendência indicativa de facilitação da prova da causalidade, *"transformando-a numa* pura evidência*"* (destaque do autor).

[20] Nesse sentido cf. MACCORMACK, *Juristic interpretation* cit., p. 267.

[21] Vale transcrever a seguinte afirmação de MACCORMACK, *Juristic interpretation* cit., p. 262: *"[a]rguments by analogy work because they assert an approximation between the case under consideration and a case in which the decision to be made is either self-evident in that there can be no possible doubt or in which the decision has previously been established by an authoritative source"*.

[22] MACCORMACK, *Juristic interpretation* cit., p. 263.

[23] MACCORMACK, *Juristic interpretation* cit., p. 264.

[24] Jav. 9 *ex. post. Lab.*, D. 19, 2, 57: *"Qui domum habebat, aeream iniunctam ei domui vicino proximo locaverat: is vicinus, cum aedificaret in suo, terram in eam aream juxta quam fundamenta caementicia locatoris erant congessit, et ea terra adsiduis pluviis inundata, ita pariete eius qui locaverat umore praestituto modefacto, aedificia corruerunt. Labeo ex locato tantummodo actionem esse ait, quia non ipsa congestio, sed umor ex ea congestione postea damno fuerit, damni autem iniuriae actio ob ea ipsa sit per quae, non extrinsecus alia causa oblata, damno quis adfectus est: hoc probo"*.

raciocínio de Labeão subjazem doutrinas filosóficas sobre a causalidade,[25] o que, todavia, não é aceito por MACCORMACK. Para este a linguagem de Labeão é compatível com uma solução baseada no senso comum e numa noção "natural" de causalidade.[26]

Independentemente dessa discussão, mesmo NÖRR reconhece que a suposta influência filosófica teria permanecido restrita a Labeão.[27] Os romanos não elaboraram uma doutrina sobre a relação de causalidade como meio para decidir sobre a concessão de uma *actio legis Aquiliae* ou de uma *actio in factum*. As fontes, nas quais não se encontra uma clara distinção entre causalidade e culpa, demonstram haverem os juristas romanos se valido desta segunda noção para lidar com a questão. Segundo MACCORMACK, a possível explicação para isso é a maior simplicidade do critério da culpa para solucionar o problema da causalidade.[28] Os juristas romanos mostravam-se relutantes em conceder uma *actio in factum* quando não configurada a intenção de lesar. E nos casos em que dispensavam este requisito exigiam, contudo, que o réu houvesse agido de forma temerária (*"reckless"*). Segundo MACCORMACK, *"[i]n a sense one can say that the jurists reduced the question of causation to the question of fault and in effect held that the person (or persons) at fault caused the death and hence were liable under chapter one of the* lex Aquilia*"* (destaque no original).[29]

---

[25] NÖRR, *Kausalität im klassischen römischen Recht – ein theoretischer Versuch Labeos*, in BEHRENDS *et. al.* (orgs.), *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Vadenhoeck und Ruprecht, 1978, pp. 115-144. O romanista sustenta que subjazem sob as palavras de Labeão distinções originárias da filosofia grega, como *causae vi efficientes (umor)* e *causae sine quibus effici non potest (congestio)*, e *causae proximae (umor)* e *causae atencedentes (congestio)*.

[26] MACCORMACK, *Juristic interpretation* cit., p. 265.

[27] NÖRR, *Kausalität im klassischen römischen Recht* cit., p. 144: *"[f]estehen dürfte, daß der Versuch Labeos im wesentlichen folgenlos war. Die Jurisprudenz der klassischen Zeit begnüge sich mit den 'natürlichen' Kausalvorstellungen"*. Em sentido contrário cf. P. DE SOUSA MENDES, *Sobre a origem* cit., p. 1092. O autor assinala o *"pragmatismo que estava por trás da facilitação da prova da causalidade"*. No entanto, conclui ser ele *"compatível com uma interpretação puramente filosófica da causalidade"*.

[28] O autor cita caso em que se concedeu *actio in factum* ao proprietário de uma árvore cujas castanhas caíram no terreno do vizinho e foram consumidas pelo gado deste (Ulp. 41 *ad Sab.*, D. 19, 5, 14, 3). Conforme se verifica da fonte, o ponto relevante foi o fato de o vizinho ter enviado seus animais às castanhas com a intenção de que delas se alimentassem (cf. MACCORMACK, *Juristic interpretation* cit., pp. 273-274). No caso em que Próculo reconheceu uma *actio legis Aquiliae* e Juliano uma *actio in factum* por ocasião da morte causada pelo açulamento de um cão (Ulp. 18 *ad ed.*, D. 9, 2, 11, 5), a divergência de opiniões parece se explicar pelo fato de o segundo jurisconsulto haver enfatizado o caráter indireto da relação causal, enquanto Próculo, a intenção maléfica do autor do dano (*ibidem*, p. 277). Por fim, no caso em que um escravo é atingido por uma bola enquanto era barbeado e falece em razão disso, a divergência de opiniões entre Ulpiano e Próculo relativa à identificação do verdadeiro responsável – o barbeiro que colocou a cadeira muito próxima a um jogo de bola ou os jogadores que tomavam parte deste (Ulp. 18 *ad ed.*, D. 9, 2, 11 pr.) –, reside em saber quem é o culpado pelo evento lesivo.

[29] MACCORMACK, *Juristic interpretation* cit., p. 278. Em sentido semelhante cf. KASER, *Das römische Privatrecht I* cit., p. 503, para o qual os juristas clássicos compreendiam a causalidade na questão da culpa.

Os juristas romanos também discutiram casos atualmente classificados como hipóteses de "causalidade superveniente". Segundo Celso em Ulp. 18 *ad ed.*, D. 9, 2, 11, 3, aquele que causa ferimento letal a outrem responde apenas pelo ferimento e não pela morte da vítima, se esta for provocada pela interferência de um terceiro.[30] Contrariando a decisão, Juliano defende a responsabilização de ambos os agentes pela morte.[31] Para WIELING, os dois posicionamentos explicam-se pelo caráter penal da *actio*. Embora Paulo pretenda considerar a causalidade hipotética em 21 *ad ed.*, D. 6, 1, 27, 2,[32] afirma WIELING que pela *lex Aquilia* essa circunstância não exime o autor do primeiro fato. Ainda segundo WIELING, o instante temporal de referência da *actio* é anterior tanto ao da ocorrência do fato lesivo quanto ao de seu resultado.[33] O problema é resolvido com base na interpretação dos termos empregados pela *lex Aquilia*, especialmente a palavra *occidere*,[34] não a partir de uma perspectiva causal. Também em Ulp. 18 *ad ed.*, D. 9, 2, 15, 1, aquele que causara ferimento mortal em um escravo, o qual, todavia, faleceu por causa do desabamento de uma casa, de um naufrágio *etc.*, não responde por sua morte, mas apenas pelo ferimento.[35]

O tema também foi abordado na Idade Média, mas, segundo WIELING, as discussões cingiram-se às soluções já encontradas no direito romano.[36] Ainda conforme o autor, até o século XVIII o problema da causalidade quase não foi discutido.[37] Uma possível explicação é a inexistência, até então, de uma clara distinção entre a função reparatória e a punitiva.[38]

---

[30] *"Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. quod et Marcello videtur et est probabilius"*. Na tradução de P. DE SOUZA MENDES, *Sobre a origem dos princípios jurídicos da causalidade* cit., p. 1098: "Celso escreve que, se alguém ferisse mortalmente uma outra pessoa e depois um terceiro a matasse, o primeiro não seria certamente responsável pela morte, mas apenas pelos ferimentos, porque ela morreu da outra ferida e o terceiro é responsável porque a matou. Marcelo parece ter a mesma opinião e essa solução é a mais provável"

[31] Jul. 86 *dig.*, D. 9, 2, 51, pr.

[32] Cf. capítulo 1, item 364, nt. 297, *supra*.

[33] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 330. MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 166, nt. 16, procura explicar as soluções com base na perspectiva causal. Para o autor, somente não seria possível responsabilizar o autor do segundo fato se com a primeira lesão o escravo houvesse perdido todo o seu valor. Contudo, ressalva que a concessão de uma *actio legis Aquiliae* ainda seria possível em razão da peculiaridade das determinações da *lex Aquilia* relativas ao instante utilizado como referência para a aferição do interesse.

[34] Nesse sentido cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit., p. 992.

[35] Sobre essa decisão cf. P. DE SOUSA MENDES, *Sobre a origem* cit., p. 1098, o qual traduz o excerto da seguinte forma: *"[s]e um escravo que foi mortalmente ferido tivesse sucumbido mais depressa por causa do desabamento de uma casa, de um naufrágio ou de qualquer outro acontecimento, não há lugar a qualquer acção pela sua morte, mas somente pelos ferimentos; mas se ele morrer da ferida depois de ter sido libertado ou vendido, Juliano diz que pode ter lugar acção pela sua morte"*.

[36] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 231.

[37] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 232.

[38] Como indicado no capítulo anterior, é a gradual separação institucional da função punitiva que, já em relação à Escola de Salamanca, possibilitará que a perspectiva se desprenda do lesante e passe a ser a do lesado.

Segundo DEUTSCH, em regra a causalidade como fundamento da responsabilização é abordada precipuamente do ponto de vista probatório. Na medida, porém, em que se passa de um sistema punitivo, no qual se atribui um "mal" ao agente, para um sistema reparatório, no qual o agente deve restabelecer a situação em que a vítima se encontraria sem o ilícito, a atenção volta-se propriamente à questão dos reflexos do ato lesivo.[39] Trata-se de terreno fértil para os problemas teóricos da causalidade.

3. A teoria da equivalência das condições e a fórmula da conditio sine qua non

Considera-se ser MAXIMILIAN VON BURI o fundador da teoria da equivalência das condições, o qual, contudo, se apoiou nas investigações de KÖSTLIN, BERNER, HÄLSCHNER.[40] Ela se tornou predominante no final do século XIX tanto no direito penal,[41] do qual se origina, quanto no civil,[42] no qual, contudo, logo perdeu espaço para a teoria da causalidade adequada ainda no início do século XX.

VON BURI partiu da ideia de que *"todas as forças das quais um resultado delitivo se compõe são igualmente essenciais para o mesmo e nenhuma força pode ser eliminada do resultado sem que sua existência concreta seja colocada em dúvida"*.[43] A teoria nega qualquer distinção entre as variadas circunstâncias que condicionam o resultado; uma condição não pode ser diferenciada de outra segundo sua maior ou menor "importância" para a produção do resultado. A concausa, desde que necessária, é causa em sentido jurídico. O resultado também deve ser atribuído ao antecedente ainda que somente realizado por conta de circunstâncias específicas, pouco importando, da mesma forma, se houve ou não a

---

[39] DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 77.

[40] Cf. VON BURI, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstitung*, 1960; idem, *Über causalität und deren Verantwortung im Strafrecht*, 1878. Sobre a teoria cf. SCHULIN, *Der natürliche – vorrechtliche – Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht*, Berlim, J. Schweitzer, 1976, p. 101 e segs.; TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 38 e segs.; LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 211 e segs. (o qual, todavia, refere-se a Hölscher, não a Hälschner).

[41] Cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 213, nt. 12, citando julgados do Tribunal do *Reich* em matéria penal.

[42] LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 213, cita Mommsen como referência na defesa da teoria no âmbito privado, a cuja orientação foi seguido por Windscheid.

[43] VON BURI, *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch, Gesammelte Abhandlungen*. Leipzig, 1894, p. 69, citado por SCHULIN, *Der natürliche* cit., p. 101: *"alle Kräfte, aus welchen der verbrecherische Erfolg besteht, gleich wesentlich für denselben sind und keine einzige Kraft aus dem Erfolg ausgeschieden werden kann, ohne ihn in seinem konkreten Dasein in Frage zu stellen"*

concorrência simultânea ou assíncrona de outro fator. O nexo de causalidade somente é excluído quando o evento não exercer influência no resultado.[44]

A teoria da equivalência das condições baseia-se no pressuposto segundo o qual a causa de um resultado é *o conjunto de todas as condições* (J. STUWART MILL). Nesse sentido, é uma teoria de fundamento *naturalístico*, mas que, por essa mesma razão, enfrenta uma contradição com sua própria finalidade prática. Se, por um lado, causa é o *conjunto* de todas as condições e não *cada uma delas* individualmente considerada,[45] ao jurista, por outro lado, interessa identificar se *determinado* antecedente concorreu para a produção do correspondente resultado lesivo. Por exemplo, quando na linguagem cotidiana se afirma que a condição individual C é causa do evento R, quer-se dizer que além de C existem outras condições C_1, C_2, ..., C_n que, conjuntamente com a primeira, explicam, segundo as leis naturais L_1, L_2, ..., L_n, o resultado R.

Não é essa generalidade, entretanto, que interessa ao direito.[46] Se para a teoria da equivalência das condições *"[c]ausa e condição, causação e condicionamento são [...] expressões idênticas"*, [47] como, porém, proceder à passagem de uma "causa-total" (*Gesamtursache*) para uma "causa-individual" (*Einzelursache*)?

A solução de VON BURI foi considerar que cada condição individual "empresta" (*verleihen*) sua causalidade para todas as outras, recebendo, por outro lado, ela própria toda a causalidade das demais, de sorte que a eficácia total é atribuída a cada condição específica. Dessa forma, cada antecedente é causa para todo o resultado, não havendo diferença entre causa e condição.[48]

A explicação dada por VON BURI não é aceitável. Segundo SCHULIN, ela não se baseia num conceito empírico de causalidade. Sua única fundamentação seria a fórmula da *conditio*

---

[44] Nesse sentido, para o direito penal, cf. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25 ed, Berlim e Leipzig, Walter de Gruyter, 1927, p. 157 e segs. Cf. outrossim F. DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa, 1968, p. 390, segundo o qual *"o agente não responderá por certo dano quando possa provar que, em face das circunstâncias concretas,* ele se daria houvesse ou não o facto danoso*"* (destaque no original).

[45] De sorte que, nesse sentido, causa e condição são conceitos que não se confundem. Nesse sentido VON LISZT, *Lehrbuch* cit., p. 161, refere-se a um sentido restrito de causa, como uma dentre a totalidade das condições necessárias ao resultado.

[46] Sobre o problema cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 211 e segs.

[47] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 39: *"Ursache und Bedingung, Verursachung und Veranlassung sind demnach identische Ausdrücke"*.

[48] Cf. VON BURI, *Beiträge (gesammelte Abhandlungen*), p. 71, citado por SCHULIN, *Der natürliche* cit., p. 102.

sine qua non,[49] a qual é uma expressão prático-formal da teoria da equivalência das condições, com a qual não se confunde.[50] Ela indica quando um antecedente deve ser considerado como condicionante de um resultado. Segundo SCHULIN, a ideia da *conditio sine qua non* surgiu aproximadamente na metade do século XIX quase simultaneamente nas obras do jurista austríaco JULIUS GLASER[51] e do alemão VON BURI, tendo sido este o primeiro a lhe conceber uma fórmula:[52]

> *"[...] o nexo de causalidade é então cada vez existente logo que assente que sem a precisa atividade o resultado tencionado não teria se realizado, que, portanto, a precisa atividade deve ser considerada como* conditio sine qua non *do resultado realizado [...]".*[53]

A fórmula da *conditio sine qua non* exprime, assim, o critério da *necessariedade* da condição para a produção do resultado. O antecedente analisado somente é causa ou condição do resultado quando este não teria se produzido sem a sua existência ("somente" quando *x*, então *y*). Pela fórmula não basta que o antecedente seja condição "suficiente" para a produção do resultado (quando *x*, então *y*).

Muitos de seus adeptos defendem a proibição de se imaginar um substitutivo ao elemento suprimido na situação hipotética, pois isto acarretaria uma indesejada introdução de elementos valorativos na fórmula.[54] Outros sustentam a imprescindibilidade de um elemento substitutivo, sem o que a situação hipotética desmoronaria como um "castelo de cartas" do qual se retira uma destas sem sua substituição por outra.

---

[49] Cf. SCHULIN, *Der natürliche* cit., p. 103, o qual afirma que essa solução é defendida por VON LISZT, citando a 19ª edição de sua obra.

[50] Nesse sentido cf. SCHULIN, *Der natürliche* cit., *passim*. Muitos autores não diferenciam a teoria da equivalência da condição relativamente à fórmula da *conditio sine qua non*. Por exemplo cf. GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung – Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, Munique, 1979, p. 92 e segs.

[51] GLASER, *Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Strafrecht*, 1958.

[52] Cf. SCHULIN, *Der natürliche* cit., p. 106.

[53] VON BURI, *Zur Lehre von der Teilnahme*, 1860; idem, *Causalität*, 1873, citados por SCHULIN, *Der natürliche* cit., p. 106: *"[...] Kausalzusammenhang ist jedesmal dann vorliegend, sobald es feststeht, daß ohne die eigene Thätigkeit der beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten sein würde, daß also die eigene Thätigkeit als conditio sine qua non des eingetretenen Erfolges anzusehen ist [...]"*. Referindo-se também aos dois autores cf. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil – die Grundlagen und die Zurechnung*, Berlim e Nova Iorque, de Gruyter, 1983, p. 156.

[54] Nesse sentido cf., por exemplo, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 80; LARENZ, *Lehrbuch I* cit., p. 433.

A fórmula também é aplicada à hipótese de omissão, não obstante as discussões teóricas relativas à causalidade desta: pergunta-se se o resultado juridicamente relevante não teria ocorrido se no lugar da inatividade fosse realizada a conduta esperada.[55] Sua aplicação também é encontrada em casos de interrupção do curso causal que evitaria o resultado. Por exemplo, quando alguém quebra a última ampola de soro antiofídico disponível numa região isolada para que seu rival, picado por uma cobra, não se salve. Em qualquer das hipóteses, trata-se de uma fórmula destinada à solução de problemas práticos de natureza jurídica, na qual *"para se vislumbrarem os verdadeiros nexos causais, construímos irreais"*.[56]

Contudo, ela é alvo de diversas críticas.

Para JAKOBS, trata-se de uma fórmula supérflua. Ela não oferece uma definição e menos ainda uma fórmula para a investigação da causalidade, constituindo-se num círculo: o conceito definidor apresenta-se disfarçado no material a ser definido. O resultado decorrente da supressão da condição somente é passível de aferição quando já se sabe de antemão ser ela uma condição "causal".[57]

Em sentido semelhante, destaca-se a objeção do "regresso ao infinito" (*unendliches Regress*): a aplicação da fórmula da *conditio sine qua non* pressupõe a resposta a uma "questão auxiliar" (*Hilfsfrage*), a qual representa um verdadeiro problema causal, mas cuja solução também deve ser obtida mediante a aplicação da referida fórmula. SCHULIN ilustra a crítica com um exemplo simples: ao estacionar seu automóvel, *X* encosta no veículo de *Y* danificando-lhe a pintura. Para saber se a conduta de *X* foi causal para o dano, é preciso *substituí-la* mentalmente por outra e investigar o nexo causal hipotético segundo essa situação imaginária. Contudo, para responder à "questão auxiliar" é necessário novamente proceder à mesma espécie de raciocínio, substituindo a segunda conduta ainda por uma

---

[55] Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 120: *"Hier wird gefragt, ob die erwartete Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele"*; TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 72: *"[...] se o resultado juridicamente relevante não teria ocorrido, caso pensada no lugar da inatividade de uma pessoa (ao menos da inatividade no sentido do resultado relevante) uma conduta de determinada espécie, caso, pois, com a imaginação de uma conduta de determinada espécie o resultado juridicamente inconveniente teria sido evitado"* (*[...] ob der rechtlich relevante Erfolg nicht eingetreten wäre, wenn an Stelle der Untätigkeit eines Menschen (wenigstens der Untätigkeit in Hinsicht auf den relevanten Erfolg) ein Handeln* gewisser Art *gedacht wird, ob also mit dem* Hinzudenken einer Handlung gewisser Art *der rechtlich verpönte Erfolg verhindert worden wäre"*). Este autor propõe não mais se falar em "causalidade", mas em "relevância" da omissão em relação a determinado resultado.

[56] MAX WEBER, *Die Kategorie der adäquaten Verursachung*, p. 147: *"Um die wirklichen Kausalzusammenhänge zu durchschauen, konstruiren wir unwirkliche"*, citado por DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 80.

[57] JAKOBS, *Strafrecht* cit., p. 156.

terceira e assim por diante. Outra alternativa consiste em *simplesmente eliminar* a conduta real sem substituí-la por outra. Contudo, o problema persiste, pois é sempre indispensável selecionar determinados acontecimentos com o fim de investigar seu vínculo de causalidade com o resultado, de forma que jamais se chega à verdadeira relação de causa e efeito. Por exemplo, eliminada a conduta de *X* pode-se analisar se o lançamento de uma bola por uma criança ao automóvel *Y* é a causa do dano, o que, contudo, exige novamente uma nova aplicação da fórmula da *conditio sine qua non*: eliminada a conduta da criança, seleciona-se outra circunstância e assim por diante.[58]

Outra importante objeção é a da "premissa duvidosa" (*unsichere Prämisse*), que torna insatisfatória a aplicação da fórmula às situações de causalidade hipotética e de concorrência de causas. O problema reside no fato de a fórmula da *conditio sine qua non* consistir num procedimento lógico que não leva em consideração as leis da natureza relativas aos eventos empiricamente verdadeiros e no qual ao menos uma das premissas não corresponde à realidade empírica. Por exemplo, quando *A* e *B* atiram simultaneamente em *C* a conduta de nenhum daqueles será considerada causa do resultado pela simples aplicação da fórmula da *conditio sine qua non*. Esta pressupõe uma premissa adicional, denominada por SCHULIN como "premissa da exclusividade" (*Ausschließlichkeitsprämisse*), para a qual, além do evento cuja causalidade é investigada, não pode haver nenhum outro adequado à produção do mesmo resultado.[59]

Essas e outras críticas põem em dúvida se a fórmula da *conditio sine qua non* efetivamente corresponde a uma concepção naturalística de causalidade. O pano de fundo dessas discussões é uma possível ou indispensável passagem para uma perspectiva normativa. Atualmente é pacífico que o problema da causalidade não se resolve sem o recurso a critérios valorativos.[60] A indagação central deste trabalho repousa na rivalidade entre dois deles: o da causalidade adequada e o do escopo da norma violada. Outra questão é saber se é possível compreender a causalidade num sentido puramente naturalístico, configurando um requisito mínimo indispensável à responsabilização e totalmente desvinculado dos critérios valorativos de imputação (adequação da causalidade, escopo de

[58] Sobre a referida objeção cf. SCHULIN, *Der natürliche* cit., p. 106 e segs. Contra o entendimento de SCHULIN e considerando ser suficiente não imaginar uma circunstância em substituição da eliminada, cf. LARENZ, *Lehrbuch I* cit., pp. 433-434, nt. 25.
[59] Cf. SCHULIN, *Der natürliche* cit., p. 110 e segs.
[60] Cf, dentre outros, GOTTWALD, *Schadenszurechnung* cit., p. 92 e segs.

proteção da norma *etc.*). Especificamente quanto à teoria da equivalência das condições e à fórmula da *conditio sine qua non* é necessário apenas ressaltar terem elas representado no final do século XIX uma seletividade mínima,[61] cuja natureza não é especificamente decisiva para a compreensão da teoria do escopo de proteção da norma.

Com efeito, um dos aspectos centrais da tese de VON BURI foi a distinção entre os chamados antecedentes "relevantes" e os "irrelevantes". Porém, isso seria contraditório com o próprio fundamento metodológico da teoria, a saber, a "equivalência" das condições.[62] Essa crítica exprime a dificuldade de transposição do fundamento naturalístico da teoria da equivalência das condições (causa como o conjunto de todas as condições) e a finalidade prático-jurídica desta (determinação de um antecedente específico como "causa" do resultado juridicamente relevante).

A resposta que TRAEGER oferece à objeção ilustra a necessária seletividade da teoria da equivalência das condições, seja tal seletividade considerada como inerente ao próprio conteúdo desta teoria ou como um aspecto dela dissociável. O citado autor assevera que a teoria da *conditio sine qua non* não estabelece uma equivalência "objetiva" de todas as condições, mas apenas a "jurídica" dos elementos causais para o resultado juridicamente relevante (*"Gleichwertigkeit der für den juristisch bedeutsamen Erfolg kausale Momenten"*). É somente entre as condições do segundo grupo que nenhuma possui qualquer espécie de "preferência" sobre as demais.[63]

Ao jurista não interessa o resultado em toda sua concretude, mas apenas com certa "generalização". Isso significa que determinadas particularidades não possuem significância alguma do ponto de vista jurídico. São as chamadas "circunstâncias laterais" (*"Nebenumständen"*). Para ilustrar a hipótese, TRAEGER cita a queda de um vaso de uma prateleira: a circunstância de ter acabado de ser feita a sua pintura é indiferente; o referido antecedente (ação de pintar o vaso), cuja eliminação implicaria uma alteração do resultado

[61] Em sentido semelhante cf. GOTTWALD, *Schadenszurechnung* cit., p. 92 e segs., o qual critica uma suposta concepção naturalística de causalidade.
[62] Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 49.
[63] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 48-50. Nessa mesma linha, LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., p. 80, afirmam que a fórmula da *conditio sine qua non* foi elaborada para a aplicação jurídica prática e a ela se limita; críticas baseadas em ponderações lógicas ou teórico-científicas não lhe são necessariamente pertinentes.

(vaso pintado), não deve ser considerado condição em sentido jurídico, embora significativa do ponto de vista estético.[64]

No entanto, mesmo aqueles antecedentes que de alguma forma interferem no sentido juridicamente relevante não devem ser necessariamente considerados condição do ponto de vista jurídico. VON BURI cita o despejamento de um bebedouro na corrente que flui de um dique rompido que provoca uma inundação; a circunstância influi de alguma forma no resultado juridicamente relevante, mas não pode ser considerada causa ou condição jurídica do alagamento.[65] Como decidir, entretanto, se, ao invés de um bebedouro, for despejado um tanque de água de 1.000, 10.000, 100.000, 1.000.000 m^3, e assim por diante? Para TRAEGER a resposta dependerá da influência da circunstância na própria ocorrência da inundação ou no significativo agravamento da intensidade ou velocidade desta.[66]

Nesse ponto, o citado autor se socorre da distinção entre as "condições decisivas" (*"entscheidende Bedingungen"*) e "condições não-decisivas" (*"nicht-entscheidende Bedingungen"*).[67] As primeiras são aquelas determinantes para a ocorrência do resultado como previsto no suporte fático da norma, em relação às quais basta a simples aplicação do processo de supressão hipotética, conforme a fórmula da *conditio sine qua non*. Como exemplo TRAEGER cita uma bofetada em uma criança que somente causa a morte desta em razão de uma consequente inflamação tuberculosa da meninge (*"tuberkulöse Gehirnhautentzündung"*) ou a morte da vítima de lesão corporal leve em consequência da inabilidade do médico que a atendeu.[68] As "condições não-decisivas" (*"nicht-entscheidende Bedingungen"*) não são determinantes para a ocorrência do resultado como previsto no suporte fático da norma, mas o modifica quanto ao tempo, lugar ou intensidade. Para serem consideradas condição jurídica do resultado, tais modificações devem ser relevantes,

---

[64] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 40-41.
[65] VON BURI, *Über Kausalität* cit., p. 69.
[66] Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 41 e segs. É importante observar que o citado autor, pacificamente considerado o principal representante da teoria da causalidade adequada, procura resolver o problema mencionado com base na noção fundamental de *conditio sine qua non*. Não se trata, portanto, de um aspecto relativo à insuficiência da teoria da equivalência das condições para o problema da responsabilidade, segundo TRAEGER.
[67] Concordando com o citado autor cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 213.
[68] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 42-43.

qualidade em relação à qual se enfrenta dificuldade prática em algumas situações, como no exemplo da inundação, acima citado.[69]

Para RÜMELIN e para o próprio TRAEGER ao se valer desse tipo de critério a teoria da equivalência das condições já abandona o terreno da apreciação puramente causal.[70] Em sentido semelhante LINDENMAIER assevera tratar-se de um princípio heurístico ou seletivo pelo qual se busca selecionar do complexo causal teórico-cognitivo (*erkenntnistheoretisch*) uma ou mais condições individuais como causa juridicamente relevante.[71] O problema da relação entre os critérios valorativo e puramente causal releva-se ainda com maior evidência nos casos de causalidade hipotética (causa-reserva) e de concorrência de causas (causa dupla ou múltipla).[72]

Uma das principais falhas da fórmula da *conditio sine qua non* é a sua incapacidade de lidar com as causas-reserva (*Reserveursache*) ou hipotéticas (*hypothetische Kausalität*), ou seja, aquelas que efetivamente não contribuíram para o resultado, mas que o teriam produzido no lugar da verdadeira causa na inocorrência desta.[73] Essa crítica é encontrada na obra de diversos penalistas e civilistas.[74] A fragilidade explica-se pelo fato de o procedimento lógico da fórmula não levar em consideração as leis da natureza relativas a eventos empiricamente verdadeiros, contendo ao menos uma premissa não correspondente

---

[69] O autor também refere o exemplo daquele que joga um ramo de palha numa casa em chamas, o qual não estabelece uma condição para o resultado, ao passo que o lançamento de um caminhão de palha alimenta a intensidade do incêndio e eleva a velocidade da destruição do imóvel, consistindo o fato em *conditio sine qua non*.

[70] Nesse sentido cf. RÜMELIN, *Die Verwendung der Causalbegriff* cit., p. 284. Concordando cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 42.

[71] LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 214.

[72] Outros problemas são o da causalidade superveniente, da causalidade psíquica e da causalidade da omissão. Sobre a causalidade psíquica cf. decisão proferida pela *Cour de cassation* francesa em 17.5.1973 (*GazPal* 74 Jur. 71), referida por DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., pp. 81-82, na qual se decidiu pela responsabilização do autor do acidente pelo abortamento, pois presentes *"présomptions graves, précises et concordantes"* que a excitação sofrida pela mulher interferiu no desenvolvimento de sua gravidez. Para o autor, a teoria da causalidade equivalente não parece oferecer uma resposta a esse problema, uma vez que a "repetibilidade" depende fundamentalmente de relações de natureza físico-naturais. Sobre o problema da causalidade da omissão cf., dentre outros, SCHULIN, *Der natürliche* cit., p. 132 e segs.; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., pp. 79-80; SCHIEMANN, in *Staudinger* (2005) § 249, com. 9 e segs.; ESSER e SCHMIDT, *Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2 – Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis*, 8 ed., Heidelberg, C. F. Müller, p. 229 e segs.; GOTTWALD, *Schadenszurechnung* cit., p. 95 e segs.; LARENZ, *Ursächlichkeit der Unterlassung (Zugleich Besprechung des BGH-Urteils v. 25.9.1952)*, in *NJW 6* (1953), pp. 686-687.

[73] Segundo PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, p. 869, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 92 (1980), pp. 863-911, reconhece-se uma causa-reserva (*Ersatzursache*) quando o decurso sobre o qual ela, segundo as leis da natureza, conduziria ao resultado, não houver efetivamente se realizado ao menos em parte.

[74] Dentre outros cf. RICHTER, *Schadenszurechnung* cit., p. 138 e segs; LARENZ, *Lehrbuch I* cit., p. 434; PUPPE, *Der Erfolg* cit., p. 868.

à realidade empírica.[75] JAKOBS aponta ser um erro metodológico trabalhar com uma hipótese sem, porém, controlar o seu *input*.[76] Com efeito, mesmo a simples eliminação mental da causa real, sem a introdução da causa hipotética, não resolve o problema. PUPPE cita um exemplo:[77] dois garotos jogam futebol, sendo que um muro representa o gol. O primeiro chuta a bola e o segundo a desvia com a cabeça (causa real). Aquela se dirige a uma vidraça, quebrando-a, sendo que o mesmo resultado teria sido produzido se a bola houvesse se chocado diretamente na parede (causa reserva). Como construir a trajetória hipotética da bola segundo as leis da natureza sem introduzir a causa reserva na hipótese?

Os casos de causalidade dupla ou múltipla oferecem outra espécie de dificuldade, pois em seu conteúdo fático encontram-se duas ou mais condições suficientes à produção do resultado (quando *x*, então *y*), mas não necessárias (somente quando *x*, então *y*). É o que ocorre no clássico exemplo em que alguém toma um chá no qual dois agentes, sucessiva e independentemente um do outro, colocaram uma dose letal de veneno. A razão do problema consiste em a fórmula da *conditio sine qua non* operar com a ideia de causa necessária, a qual é muito "forte", pois contém mais do que se está preparado a aceitar como pressuposto mínimo para a imputação objetiva.[78]

TRAEGER procura resolver esses problemas separando os vínculos de causalidade. Quanto à causalidade hipotética defende não haver responsabilidade quando o médico determina a aplicação de morfina em um paciente que está à beira da morte, mas a enfermeira utiliza uma dose excessiva, acelerando o resultado em alguns minutos; no entanto, defende a responsabilização se, nas mesmas circunstâncias, alguém 'rachar a cabeça' (*den Kopf spalten*) do moribundo. Para o autor, em princípio a modificação quanto ao tempo da morte é insignificante (poucos minutos), razão pela qual o erro da enfermeira não é considerado *conditio sine qua non* do resultado lesivo. O que justifica a responsabilização no segundo caso não é propriamente a intenção de matar, mas o fato de o ato constituir uma "condição autonomamente decisiva" (*"selbständig entscheidende Bedingung"*): o referido antecedente

[75] Nesse sentido cf. SCHULIN, *Der natürliche* cit., p. 106 e segs.
[76] JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 156-157.
[77] PUPPE, *Der Erfolg* cit., p. 869. O exemplo é retirado de E. A. WOLLF, *Kausalität von Tun und Unterlassen - eine strafrechtliche Untersuchung*, 1965, p. 22.
[78] Sobre a distinção entre condição necessária (*notwendige Bedingung*) e suficiente (*hinreichende Bedingung*), cf. PUPPE, *Der Erfolg* cit., p. 865 e segs.

teria o mesmo efeito (morte) independentemente do estado de saúde em que a vítima se encontrava.[79]

O mesmo fundamento é utilizado pelo autor para as hipóteses de dupla causalidade, de forma que a supressão alternada de uma ou de outra não interferiria na realização do dano. TRAEGER cita dois exemplos. O primeiro é substancialmente o mesmo daquele já referido acima: o cozinheiro e a camareira colocam, um sem o conhecimento da conduta do outro, veneno na comida de sua senhora em quantidade suficiente para matá-la. No segundo, duas fábricas despejam num rio quantidade de produto químico suficiente para causar dano à fauna fluvial. Sempre haverá responsabilização por se tratar de "causas autonomamente independentes".[80]

A solução é considerada por alguns juristas contemporâneos como objetivamente correta. No entanto é incompatível com o fundamento da fórmula da *conditio sine qua non*.[81] De fato, não é possível extrair dela um critério suficientemente claro para distinguir uma condição relevante de uma irrelevante, uma autônoma de uma não-autônoma *etc*. Além disso, TRAEGER não enfrenta os casos de causalidade múltipla, cujo exemplo clássico é a execução ilegal de fuzilamento por um pelotão. Aqui o procedimento de eliminação hipotética pressupõe o exato conhecimento da quantidade e da qualidade das causas.[82]

Uma importante tendência doutrinária é a total rejeição da fórmula da *conditio sine qua non*, embora nela se verifiquem orientações totalmente díspares: enquanto alguns autores descartam a própria ideia de causalidade e se fiam numa perspectiva puramente normativa ou valorativa, outros, como SCHULIN, sustentam um conceito "pré-jurídico" de causalidade correspondente aos postulados da moderna "teoria da ciência" e propõem uma clara dissociação entre causalidade, como pressuposto mínimo, e imputação, como questão puramente valorativa.[83] Nessa segunda linha, no direito penal alemão a maioria dos autores já não aceita a fórmula da *conditio sine qua non* e procura distinguir os aspectos normativos dos naturalísticos principalmente a partir da "teoria da condição do resultado segundo as leis

---

[79] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 44-45.
[80] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 45-46.
[81] PUPPE, *Der Erfolg* cit., p. 878.
[82] O risco consiste em considerar como condição necessária uma não-causa. Sobre o problema cf. RICHTER, *Schadenszurechnung* cit., p. 139 e segs. O autor refere o caso em que somente as armas de dois do total de três atiradores estão municiadas. Mesmo eliminado um dos atiradores, o resultado será sempre o mesmo. A fórmula não possibilita identificar causa de não-causa, demonstrando sua inutilidade.
[83] SCHULIN, *Der natürliche* cit., *passim*.

da natureza" (*gesetzmäßige Bedingung des Erfolgs*), proposta por ENGISCH. A dificuldade consiste em saber se é possível e em que medida fazer uma "depuração" dos referidos elementos valorativos, reservando-os para outro critério, a saber, o da imputação normativa.[84] A causalidade, entendida aqui em seu estrito sentido científico-naturalístico, seria apenas o ponto de partida para a solução de um problema de imputação (*Zurechnung*), enquanto, para o entendimento contrário, é inviável uma estrita separação das apreciações fática e valorativa, as quais já se encontram na representação de uma suposta causalidade naturalística e não apenas na valoração prática da prova.[85]

Entretanto, no direito civil ainda predomina o entendimento segundo o qual a fórmula da *conditio sine qua non* não possui ambição de validade em outro âmbito além do jurídico, no qual já demonstrou sua utilidade prática, inobstante sua insuficiência como único critério para resolver os problemas relativos à responsabilidade civil.[86] Trata-se de uma "fórmula empírica" (*Faustregel*) que, apesar de necessitar de correções em diversas hipóteses, mantém-se útil à solução da maioria dos problemas práticos.

Independentemente desse debate, é fato que, em sua origem, a teoria da equivalência das condições já pressupôs uma seletividade mínima, aquela entre os antecedentes relevantes e os irrelevantes para o resultado jurídico previsto no suporte fático da norma jurídica aplicável. A fórmula da *conditio sine qua non* desempenha desse modo uma função heurística, decompondo a complexidade dos acontecimentos em associações individuais, com base nas quais, então, a teoria da equivalência das condições atua, ao menos em princípio, objetivamente.[87] Essa seletividade mínima, compreendida seja como um elemento

---

[84] Nesse sentido cf. SCHULIN, *Der natürliche* cit., *passim*. No sentido oposto cf. GOTTWALD, *Schadenszurechnung* cit., p. 92 e segs., para o qual a teoria da causalidade naturalística também é uma teoria da imputação jurídica. (*"[a]uch die Lehre von der 'natürlichen' Kausalität ist deshalb eine juristische Zurechnungslehre [...]" – ibidem*, p. 96).

[85] A diferença de perspectiva fica clara no caso em que um acidente ocorrido fora da cidade não teria se realizado se o condutor do veículo houvesse observado o limite máximo de velocidade estabelecido para o perímetro urbano, uma vez que não haveria alcançado o local daquele exatamente no momento de sua realização. Os autores que entendem ser possível a separação entre o aspecto puramente causal e o valorativo sustentam haver causalidade, mas não invariavelmente responsabilidade. Em sentido contrário, aqueles que defendem um conceito necessariamente normativo de causalidade já excluem a própria relação de causa e efeito. Nesse sentido cf. GOTTWALD, *Schadenszurechnung* cit., p. 97.

[86] LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., pp. 79-80; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., pp. 80-82, referindo-se à fórmula como "eminentemente viável" (*eminent praktikable*); LARENZ, *Lehrbuch I* cit., pp. 433-334, o qual a considera apenas uma "regra empírica" (*Faustregel*), facilmente compreensível para a maioria dos casos, não sendo, porém, uma definição exata de causalidade. Cf., outrossim, GOTTWALD, *Schadenszurechnung* cit., p. 94, o qual, apesar de dirigir críticas à fórmula, considera oferecer ela resposta a uma grande quantidade de casos.

[87] ESSER e SCHMIDT, *Schuldrecht, Band I – Allgemeiner Teil, Teilband 2* cit., p. 225.

interno à própria teoria seja como a ela externo e dela totalmente dissociável, não foi considerada suficiente por parte da doutrina ainda no final do século XIX. Diversas tentativas de distinção entre causa e condição ou entre espécies de condições foram empreendidas até que, finalmente, a teoria da causalidade adequada se impôs como critério valorativo de limitação da responsabilidade.

4. Necessidade de limitação da responsabilidade: teorias distinguindo causa e condição

4.1. Reconhecimento de limitação da responsabilidade por alguns pandectistas

Mesmo entre alguns pandectistas a responsabilidade irrestrita pelas consequências lesivas, ou seja, aquela estabelecida fundamentalmente pela relação "naturalística" de causa e efeito, já era considerada insatisfatória do ponto de vista prático para certas situações.

Por exemplo, DERNBURG entendia que o dever de indenizar é condicionado à causalidade entre a culpa e o dano, podendo este ser direto ou indireto. Ressalvava que *"isso não pode, porém, estender-se ao infinito"*.[88] Para o autor, não há responsabilidade se a culpa não se apresentar como causa (*Ursache*), mas como um "'ocasionamento' distante" (*entfernte Veranlassung*) do dano, ressalvada, contudo, a hipótese de dolo ou culpa grave. A dificuldade reside em identificar o limite da responsabilização, para o que é indispensável uma "apreciação de razoabilidade" (*vernunftige Würdigung*) quanto ao caso concreto. Para DERNBURG, a diferenciação entre *Ursache* e *Veranlassung* oferece uma expressão adequada, mas pode ensejar equívocos.[89] Como exemplo, menciona parecer apresentado ao Tribunal do *Reich* em caso no qual um trabalhador ficou impedido de realizar trabalhos pesados em razão de hérnia surgida após uma queda. Considerando a predisposição da vítima ao dano, o parecer entendeu não haver sido a queda "causa" (*Ursache*), mas mero "ocasionamento" (*Veranlassung*) para a consequência lesiva. O Tribunal não acolheu a distinção e reconheceu a causalidade.[90]

---

[88] DERNBURG, *Pandekten, Band II – Obligationenrecht*, Berlim, 1892, § 45 II, p. 133: *"Dies kann jedoch nicht in das Grenzenlose gehen"*.
[89] *Ibidem*, nt. 6.
[90] RGZ 6, 1.

Em sentido semelhante, VANGEROW, ao tratar da regra pela qual o dever de indenizar deve abranger todas as consequências lesivas que não se realizariam sem a ocorrência do ilícito, observa que ela não pode legitimar-se com tanto rigor. Para justificar sua reserva, assevera que aquele que causa dano a uma casa não deve ser responsabilizado por furto cometido pelos trabalhadores empregados na necessária reforma. Da mesma forma, não seria justo responsabilizar quem feriu um escravo pela morte causada a toda a família deste em razão de doença trazida à sua casa pelo médico que foi lhe tratar a ferida.[91]

Alguns autores entendem que mesmo MOMMSEN reconheceu, ainda que implicitamente, a necessidade de limitação da extensão do dever de indenizar, chegando a uma solução próxima à da teoria da causalidade adequada.[92] Como visto *supra*, o citado autor somente aceitava uma única limitação ao interesse, a saber, naqueles casos em que o lesado teria evitado o prejuízo se observado o cuidado devido. Fora dessa hipótese, a extensão da indenização é delineada pelo nexo de causalidade entre o fato do qual exsurge o dever de indenizar e as consequências lesivas. Contudo, MOMMSEN encontrou dificuldade em dois excertos: Alf. 2 *dig*., D. 9, 2, 52 pr., e Jul. 56 *dig.*, D. 46, 8, 22, 4.

O primeiro deixa mais claro a a dificuldade enfrentada pelo jurista para sustentar não haverem os romanos aceito outro critério delimitativo da extensão do interesse, além da culpa do lesado.[93] Trata-se de caso em que um escravo foi culposamente ferido pelo réu, vindo posteriormente a falecer em razão de tratamento inadequado pelo médico escolhido por seu senhor. Para MOMMSEN, a não responsabilização pela morte não conduz necessariamente à conclusão de que a culpa de terceiro é critério limitativo da extensão do interesse. Primeiramente, não existe justificativa para conferir tratamento diferenciado à hipótese comparativamente aos casos em que um evento casual concorre para a produção do resultado lesivo. Além disso, encontram-se nas fontes diversas decisões em que o devedor é considerado responsável pelo inadimplemento da prestação devida cuja não realização foi ocasionada por delito de terceiro.

Para justificar a solução romana MOMMSEN socorre-se da distinção entre os dois aspectos da causalidade já referidos acima: no caso analisado não se trata precisamente do

---

[91] VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten, Band III,* 7 ed., Marburg e Leipzig, Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung, 1869, § 571, pp. 39-40.
[92] Nesse sentido cf. WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 235.
[93] Dessa forma, não se analisará aqui o segundo caso.

nexo causal entre o fato que fundamenta o dever de indenizar e o dano, mas de saber se o vínculo entre a morte do escravo e a culpa do réu fundamenta o interesse. Para tanto, MOMMSEN considera necessário *"que o resultado esteja em uma relação próxima com a conduta culposa, de forma que um ser humano não extraordinariamente receoso tivesse sido capaz de prever esse resultado como possível"*.[94] No caso analisado, a culpa do lesante encontra-se em relação somente com a lesão, não com a morte do escravo, mesmo que este resultado não houvesse sido produzido sem a sua conduta culposa. Sem embargo do acerto ou não da distinção entre os dois aspectos da causalidade, fica claro que no caso em tela MOMMSEN a utiliza arbitrariamente para justificar uma exceção à regra geral segundo a qual a extensão da responsabilidade determina-se pelo critério da causalidade.

4.2. Teorias distinguindo entre causa e condição

Cientes da necessidade de limitação, as cortes e a doutrina do final do século XIX valeram-se muitas vezes da oposição entre causa (*Ursache*) e condição (*Bedingung*): somente pode ser considerado responsável por um dano aquele que estabeleceu sua causa e não apenas sua condição. Alguns autores, especialmente do direito penal, dedicaram-se ao desenvolvimento de critérios de distinção. Apenas a título exemplificativo, são feitas referências às teorias de BINDING, BIRKMEYER e VON BAR.

4.2.1. As teorias de Binding, de Birkmeyer e von Bar

BINDING apresentou sua teoria em sua obra intitulada *"Die Normen und ihre Übertretung"*. Segundo o autor, por causação entende-se uma alteração do equilíbrio entre as condições "impeditivas" (*abhaltend*) e as "atuantes" (*hinwirkend*) em favor destas últimas, de forma que *causa* é a condição positiva em sua preponderância sobre as negativas.[95] Segundo VON KRIES, a teoria de BINDING procurou estabelecer com base nas relações concretas dos casos individuais distinções que, em verdade, relacionam-se a uma perspectiva total e exclusivamente generalizante.[96] Destarte, pode-se concluir que ela não se diferencia

---

[94] MOMMSEN, *Beiträge* cit., p. 162: *"[...] daß der Erfolg in einer näheren Verbindung mit der culposen Handlung stehe, so daß auch ein nicht ungewöhnlich ängstlicher Mensch diesem Erfolg als einen möglichen hätte vorsehen können"*.

[95] BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung, I. Band*, 2 ed., Leipzig, 1890, p. 115.

[96] VON KRIES, *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendung desselben*, in *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie* 12 (1888), pp. 180-239, 1888.

substancialmente da teoria da equivalência das condições, sendo, porém, menos clara em sua formulação.[97]

BIRKMEYER considera como causa a condição mais eficaz (*"die wirksamste Bedingung"*), ou seja, aquela que contribui mais do que as outras para a produção da consequência lesiva.[98] A teoria é criticada por não oferecer um critério para resolver qual o grau de intensidade a ser exigido da eficácia de cada condição.[99] Além disso, a ideia proposta conduziria a resultados indesejáveis. Por exemplo, num acidente de trem provocado por um erro do maquinista a causa mais eficiente é certamente a velocidade e a massa do veículo, o que, contudo, não afasta a responsabilização daquele que agiu com culpa.[100]

Segundo VON BAR, são condições de um dano todas as circunstâncias cuja supressão implicaria a não realização do dano. Dentre as condições de um dano, são consideradas causa aquelas não correspondentes às regras da vida, ou seja, aquelas que se desviam do normalmente esperado[101]: *"causa é aquela condição de um fenômeno a qual pensamos interruptiva do curso regular dos fenômenos por nós normalmente pressuposto"*.[102] Quando alguém é ferido com uma faca, a fabricação e a venda desta são condições do dano, mas sua causa é a "facada".

A teoria de VON BAR não pode ser aceita. Ela confunde o problema da causalidade com o da antijuridicidade ao equiparar a conduta correspondente às regras da vida (*Regeln des Lebens*) à conduta conforme o direito.[103] Além disso, ela exclui somente as condutas "desconsideráveis" (*unbeachtlich*), inserindo na responsabilidade as consequências "desconsideráveis" de condutas "consideráveis" (*beachtlich*), como na hipótese de queda de um raio durante o transporte.[104]

---

[97] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 6 e segs.
[98] BIRKMEYER, *Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht*, in *Gerichtssaal* 37 (1885).
[99] Cf. M. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indenizar*, v. 1, Lisboa, 1944, p. 150.
[100] Cf. M. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar* cit., p. 150.
[101] C. L. VON BAR, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, Leibzig, Bernhard Tauchniz, 1871, *passim*.
[102] Definição encontrada em artigo publicado pelo autor em *Grünhut´s Zeitschrift*, v. 4, p. 27, citada por LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 215, nt. 215: *"Ursache ist diejenige Bedingung einer Erscheinung, welche wir uns denken als unterbrechend den sonst von uns vorausgesetzten regelmäßigen Verlauf der Erscheinungen"*.
[103] Em sentido semelhante, referindo-se, porém, à culpa cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 215. Cf. outrossim BERNERT, *Die Leerformel von der "Adäquanz"*, *passim*, in *AcP* 169 (1969), pp. 421-442.
[104] WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., pp. 233-234. No mesmo sentido cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 146.

TRAEGER considera haver VON BAR reconhecido o princípio básico da teoria da causalidade adequada ao defender que não se deve levar em conta o significado que cada condição individual possui para o resultado concreto realizado, mas também o significado *genérico* da condição.[105]

4.2.2. Não aceitação das teorias mencionadas

Todas essas tentativas falharam e foram rejeitadas pela doutrina alemã.[106] Elas pecam pelo falso pressuposto de entenderem possível uma limitação lógica do interesse indenizável, quando, em verdade, se trata de uma questão de valor: decidir quais dentre as condições de determinado resultado são consideradas relevantes do ponto de vista do direito.[107]

Nesse ponto, a teoria da causalidade adequada representou um significativo avanço. Como já apontado acima, ela logo foi reconhecida pelos tribunais como uma doutrina constitutiva de critérios de imputação de natureza não causal.

5. A teoria da causalidade adequada

A teoria da causalidade adequada é qualificada como uma "teoria generalizante" (*generalisierende Kausalitätstheorie*), contrapondo-se às denominadas "teorias individualizantes" (*individualisierende Theorien*). Estas procuram investigar o decurso causal do caso individual, distinguindo as causas em sentido estrito das meras condições. Algumas servem-se de um critério material (*e.g.* a condição mais eficaz) e outras, de um formal (*e.g.* a teoria de Binding).[108] Por sua vez, as "teorias generalizantes" distinguem as condições segundo seu significado genérico, como, por exemplo, quando se considera como causa o evento que em regra e usualmente ou de modo genericamente previsível provoca o resultado juridicamente relevante para o caso em análise.[109]

Como visto, as primeiras falharam. A alternativa seguida pela doutrina alemã foi apoiar-se em ponderações estranhas aos elementos conceituais de causalidade em seu sentido

---

[105] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 147.
[106] Para uma visão geral dessas e outras teorias no direito civil alemão cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 217 e segs.
[107] Nesse sentido cf. WIELING, *Interesse und Privatstrafe* cit., p. 234.
[108] Cf. item 4.2.1. *supra*.
[109] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 79. Sobre a distinção entre causas individualizantes e generalizantes cf. HART e HONORÉ, *Causation in the law*, 2 ed., Oxford, Clarendon, 1985, p. 433 e segs.

teórico-cognitivo, tendência esta que se firmou com a obra de TRAEGER e foi em seguida acolhida pela jurisprudência do Tribunal do *Reich* em matéria civil ainda na primeira década do século XX. O objetivo da teoria é corrigir possíveis excessos na aplicação do princípio da reparação integral, afastando a responsabilidade de "consequências lesivas grotescas".[110] Essa finalidade expressa-se claramente na práxis judiciária com o emprego de formulações negativas. Afirma-se, por exemplo, que a possibilidade de ocorrência de um dano não pode estar fora de toda probabilidade.[111] Com isso destaca-se o caráter excepcional da exclusão da responsabilidade, ao passo que as formulações positivas, por exigirem a adequação genérica do evento lesivo à produção de resultado da mesma espécie do realizado, apresentam-se, ao menos em princípio, menos rigorosas.[112]

Outro aspecto da evolução teórica da teoria da causalidade adequada foi o gradativo reconhecimento de não se tratar de uma teoria da causalidade, mas de uma "teoria da imputação" (*Zurechnungstheorie*).[113] Segundo LARENZ, investiga-se em que medida o mero nexo de causalidade pode justificar a responsabilização pelos "danos subsequentes" (*Folgeschäden*) de um fato que fundamenta a responsabilidade.[114] Paralelamente a essa constatação as cortes flexibilizaram a fórmula da adequação, valendo-se de ponderações de equidade seja para negar ou para conceder indenização. Nesse sentido, HEINRICH LANGE refere o rigor da jurisprudência durante períodos de guerra e colapsos, nos quais as fronteiras da responsabilidade foram traçadas no extremo limite da total improbabilidade.[115] Entretanto, foi depois da Segunda Guerra Mundial que se verificou uma interessante e decisiva evolução na matéria.

---

[110] Cf. HEINRICH LANGE, *Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang*, p. 114, in *AcP* 156 (1957), pp. 114-136.
[111] Cf. RGZ 152, 401; 168, 88; 169, 91, dentre outros, citados por HEINRICH LANGE, *Herrschaft* cit., p. 114. Também concluindo ser suficiente que o dano, da forma como realizado, não seja "exterior a toda probabilidade" (*außerhalb aller Warscheinlichkeit*) cf. LARENZ, *Lehrbuch I* cit., p. 436.
[112] Cf. RGZ 104, 143; 158, 38; BGH 3, 261, dentre outros, citados por HEINRICH LANGE, *Herrschaft* cit., p. 114.
[113] Cf. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung – Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Lucka i. Th., Reinhold Berger, 1927, p. 81 e segs. Para o autor, *"a 'teoria da causação adequada' não se deixa fundamentar como uma teoria da causalidade, mas como uma teoria da imputação"* (*"[d]ie 'Theorie der adäquaten Verursachung' lässt sich so nicht als Kausalitätstheorie, wohl aber als Zurechnungstheorie begründen"*). Cf. tabém, do mesmo autor, *Lehrbuch I* cit., p. 435. Em sentido semelhante cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 239; BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1964, pp. 59-60.
[114] *Lehrbuch I* cit., pp. 436-437.
[115] HEINRICH LANGE, *Herrschaft* cit., p. 115.

5.1. Desenvolvimento teórico

Para compreender o sentido da teoria da causalidade adequada é mister destacar a importância do conceito de "circunstância genericamente favorável". Ele desempenha papel central na identificação das condições relevantes para a responsabilização de seu autor pelas consequências lesivas dela resultantes. TRAEGER ilustra o sentido da expressão com o exemplo do lançamento de um dado viciado: a circunstância da excentricidade do ponto de gravidade é *conditio sine qua non* de qualquer dos possíveis resultados (face 1, 2, 3 *etc.*), mas é uma circunstância genericamente favorável apenas para um ou alguns daqueles resultados (por exemplo, para o resultado 6).[116]

Para saber se determinada condição consiste numa "circunstância favorável" a certo resultado é preciso comparar seu significado para outros casos mais ou menos semelhantes, investigando se a ausência da referida condição implicaria ou não a redução da frequência de resultados da mesma espécie. Quanto menor o número de condições pressupostas, ou seja, quanto maior a quantidade de condições ignoradas, menor será a chance de se qualificar determinada *conditio sine qua non* como genericamente favorável (*"generell begünstigend"*).

Outro exemplo de TRAEGER ilustra a afirmação: "A", contrariando a determinação de "B" para despachar as mercadorias pelo trem que realiza o trecho "x", opta pelo trecho "y"; em consequência de uma ruptura dos trilhos, a composição se envolve num acidente e as mercadorias perecem. Se considerada a circunstância de o trilho haver se rompido, a probabilidade de realização do resultado é elevada a tal ponto que se torna necessária; se desconsiderada, restaria saber se outras condições poderiam ser pressupostas. Por exemplo, se constatado que no trecho "y" ocorrem acidentes com maior frequência em razão da fragilidade da pavimentação, da pior qualidade do material utilizado na fabricação dos trilhos *etc.*, o envio da mercadoria pelo referido percurso representa uma circunstância genericamente favorável à realização do resultado; caso contrário, não.[117]

São basicamente três as principais orientações teóricas acerca dos critérios determinantes das condições a serem consideradas como pressupostas na análise do mencionado favorecimento genérico de determinada condição para o resultado concreto. A

[116] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 116-117.
[117] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 127-129.

primeira, defendida por VON KRIES, segue uma perspectiva muito generalizante, enquanto a segunda, sustentada por RÜMELIN, é mais restritiva. O meio-caminho é a fórmula de TRAEGER, cuja construção teórica foi a mais bem sucedida, servindo de base para a evolução jurisprudencial alemã.[118] Essas três fórmulas orientam-se em dois critérios: *(i)* identificar quais condições devem ser consideradas pressupostas (*saber ontológico*), e *(ii)* estabelecer quais conhecimentos empíricos ou experimentais devem ser levados em conta (*saber nomológico*).

5.1.1. A teoria de von Kries

A teoria da causalidade adequada não foi desenvolvida por um jurista, mas surpreendentemente[119] por um cientista, o fisiologista friburguense JOHANNES VON KRIES. Em artigo intitulado *"sobre o conceito de possibilidade objetiva e algumas aplicações do mesmo"*,[120] publicado em 1888, o autor, ao investigar um aspecto lateral aos estudos por ele anteriormente empreendidos sobre o problema da probabilidade[121], apresentou sua definição de nexo causal adequado para a seara penal. Segundo VON KRIES, o *"autor de uma ação culposa somente pode ser responsabilizado pelas consequências adequadas desta, não pelas casuais"*.[122]

Distinguindo causa adequada de causa casual (*adäquate und zufällige Verursachung*), VON KRIES considerava insatisfatória a concepção pela qual não existe outra espécie de vínculo causal além daquele de condição necessária à produção do resultado.[123] Para demonstrar a esterilidade dessa perspectiva comparava duas hipóteses, ambas envolvendo um cocheiro embriagado ou que cochila:[124] na primeira este toma o trajeto errado e a charrete é atingida por um raio, causando a morte do passageiro; na segunda a charrete tomba, matando ou lesando gravemente o passageiro. O autor soluciona o problema com base no

---

[118] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 129. Sobre o tema cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 227.
[119] Nesse sentido cf. a opinião de WEITNAUER, *Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang – Versuch einer Ehrenrettung*, in KELLER (org.), *Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts – Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger*, Zurique, Schulthess, 1969, pp. 321-346, p. 326. Também se aponta VON BAR, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang* cit., como precursor da teoria da causalidade adequada. Nesse sentido cf. BERNERT, *Die Leerformel* cit., p. 434. Sobre a teoria cf. item 4.2.1. *supra*.
[120] VON KRIES, *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendung desselben*, in: *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12* (1888), pp. 180-239.
[121] VON KRIES, *Die Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung – eine logische Untersuchung*, 1886.
[122] Excerto citado por LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 223, referindo-se à obra *Die Principien* cit., p. 49.
[123] Cf. VON KRIES, *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit* cit., pp. 201-202.
[124] Cf. VON KRIES, *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit* cit., p. 200 e segs.

conceito de "possibilidade objetiva" (*"objektive Möglichkeit"*), propondo uma abordagem generalizante do caso concreto: o decisivo é saber se a condição é genericamente apropriada para produzir um resultado da mesma espécie do ocorrido (responde pelo resultado) ou se o nexo existente entre ambos os eventos repousa exclusivamente na individualidade do caso concreto (não responde pelo resultado). No exemplo citado por VON KRIES, a relação entre o ato de embriagar-se ou cochilar e a queda do raio é meramente individual, enquanto a estabelecida entre aquele fato e o tombamento da charrete é generalizante.

Mas como concretizar esse juízo?

VON KRIES fundamenta seu conceito de possibilidade nas duas perspectivas acima assinaladas: o *saber ontológico* e o *nomológico*.[125] O primeiro diz respeito aos conhecimentos sobre o fato concreto particular. Nesse caso, parte-se do ponto de vista do autor da condição. Em princípio somente devem ser pressupostas (ou seja, consideradas no juízo de adequação) aquelas condições conhecidas pelo agente. Todavia, isso conduziria à indesejada conclusão de somente haver responsabilidade na hipótese de dolo. Por conseguinte, o próprio VON KRIES restringe essa excessiva generalização: devem ser levadas em consideração tanto as circunstâncias concretas conhecidas como as que poderiam ter sido conhecidas pelo autor da condição.

Por outro lado, em relação ao saber nomológico o juízo de probabilidade pressupõe o saber empírico da humanidade (*"Erfahrungswissen der Menschheit"*).[126] O critério não é o individual, mas o genérico, e, além disso, o ponto temporal de referência é o instante do julgamento da ação, não o da realização da conduta lesiva. Ou seja: o juízo de adequação, apesar de referir-se às circunstâncias concretas conhecidas ou reconhecíveis pelo agente no momento da realização da condição (saber ontológico), pauta-se nos conhecimentos empíricos da humanidade existentes no momento do julgamento da demanda (saber nomológico).

---

[125] Para uma boa explicação dessas perspectivas no pensamento de VON KRIES cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 131 e segs.

[126] É em razão do critério estabelecido para o saber nomológico que a fórmula de VON KRIES não se confunde com o critério de culpa, embora seja muito próximo.

5.1.2. Rümelin e a teoria do prognóstico objetivo e retrospectivo

A teoria de VON KRIES foi denominada como "teoria individual *ex ante* da causalidade adequada" (*individuelle* ex ante *Adäquanztheorie*)[127] ou como "teoria da causação subjetivamente adequada" (*Theorie der subjektiv-adäquaten Verursachung*).[128] Essa perspectiva foi considerada imprópria para o direito civil, em especial nas hipóteses de responsabilidade pelo risco ou contratual.[129] Mas, além disso, ela não soluciona satisfatoriamente algumas situações em que o agente deve responder pelo resultado lesivo embora sua produção não fosse reconhecível no instante da ação. Por exemplo: em razão do acidente a vítima encontra-se confinada à cama de um hospital e, consequentemente, não consegue escapar de um incêndio; a vítima sofre um golpe leve, mas falece em consequência de uma constituição anormal de seu corpo.[130] A concepção de VON KRIES é inútil à responsabilidade delitual civil, pois, na prática, exige a previsibilidade subjetiva como pressuposto da reparação das consequências lesivas resultantes da lesão primária.[131]

Face a esses problemas, em 1896 RÜMELIN propôs uma alteração de perspectiva, ideia melhor desenvolvida em texto publicado em 1900.[132] O autor propôs o que denominou, com base em expressão utilizada por VON LISTZ,[133] de "teoria do prognóstico objetivo e retrospectivo" (*Theorie der objektiven nachträglichen Prognose*). Para ela, consideram-se pressupostas: *(i)* todas as condições existentes no momento da realização da analisada, ainda que somente posteriormente reveladas, bem como *(ii)* aquelas surgidas em instante ulterior, mas com cuja realização a experiência humana genérica já pudesse contar quando da prática da conduta lesiva.[134] Assim, pelo primeiro critério responde pela morte aquele que dá uma "bofetada" na vítima, ainda que o resultado lesivo somente se explique por uma, então desconhecida, "peculiar" constituição física do golpeado. Pelo segundo critério, a demora

---

[127] Sobre a denominação cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 54; RUMPF, *Zum jetzigen Stand der Lehre von der adäquaten Verursachung im Zivilrecht*, p. 337 e segs., in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 49* (1905), pp. 333-406.
[128] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 130.
[129] Nesse sentido cf. RUMPF, *Zum jetzigen Stand* cit., p. 339; LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 224; TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 130 e segs.
[130] Os exemplos são de RÜMELIN, citados por TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 140, da obra *Der Zufall im Recht*.
[131] Cf. HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 13.
[132] Trata-se, respectivamente, da obra *"Der Zufall im Recht"* e do texto *"Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht"*. Sobre a obra do autor cf., dentre outros, TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 136.
[133] RÜMELIN, *Causalbegriff*, p. 190. Com comentário neste sentido cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 224.
[134] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 137-138.

na realização de serviço de rebocagem de embarcações importa em responsabilidade quanto aos danos ocorridos durante forte tempestade quando esse prejuízo relacionar-se, por exemplo, a uma especial fragilidade das embarcações (*e.g.* não substituição de um rebite solto) em relação à qual o contratante não tenha culpa.[135] A posterior condição da tempestade, embora inexistente no momento da configuração da mora, era previsível segundo a experiência humana genérica.

Como se observa neste último exemplo, a fórmula de RÜMELIN, como apresentada, não é totalmente fiel à perspectiva *ex post*. Por isso se trata de um "prognóstico", no qual se "misturam" o critério *ex ante* (circunstâncias existentes no momento do fato) com o *ex post* (circunstâncias posteriores, mas "previsíveis" no momento do fato). Essa correção evita vários problemas práticos e representa um significativo avanço para a teoria da causa adequada, mas não "salva" a fórmula de RÜMELIN. TRAEGER cita um claro exemplo do seu problema:[136] o já referido caso *Lloyddampfers Mosel* (ou *Thomas*),[137] no qual a condição de o tonel conter explosivo ao invés de caviar já existia no momento do ato culposo do funcionário encarregado do carregamento, o que, logo, não afasta a responsabilidade segundo a tese defendida por RÜMELIN.

Sem embargo das críticas, RÜMELIN foi um dos autores que mais contribui ao desenvolvimento teórico do tema. Dentre outros avanços, deve-se a ele a vinculação da ideia de risco ao princípio da adequação, o que RÜMELIN fez ao negar a existência de causalidade adequada naquelas situações em que a condição investigada apenas estabeleceu um nexo temporal e espacial da lesão com o risco posteriormente concretizado. Outra relevante contribuição do jurista foi confrontar a ideia de adequação com a estrutura do direito delitual alemão, distinguindo claramente, quanto ao § 823 I do BGB, o decurso causal de fundamentação da responsabilidade, consistente na "invasão da esfera jurídica alheia" (*Einbruch in die fremde Rechtssphäre*), do decurso casual iniciado com este fato.[138]

---

[135] LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 225, refere-se ao julgado RGZ 81, 359.
[136] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 143. Concordando com o autor cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 226.
[137] Cf. capítulo 1, item 3.7, *supra*.
[138] Sobre esse aspecto cf. SOURLAS, *Adäquanz und Normzwecklehre* cit., pp. 16-17.

5.1.3. A fórmula de Traeger

No entanto, é com a teoria da circunstância genericamente favorável de TRAEGER que a teoria da causalidade adequada conquista definitivamente seu espaço no direito civil alemão.

Para TRAEGER uma ação ou qualquer acontecimento comprovado como *conditio sine qua non* de um determinado resultado é condição adequada deste *"se for uma condição genericamente favorável a um resultado da espécie do ocorrido, ou seja se, de uma maneira não irrelevante, elevar genericamente a possibilidade objetiva de um resultado da espécie"*.[139] A justificativa interna dessa concepção é a seguinte:

> *"[...] o que não mais puder ser reconhecido pelo mais razoável e prudente ser humano como uma consequência provavelmente realizada através de sua ação também não pode ser colocado em relação jurídica com sua ação, embora esta se revele em casos especiais como* conditio sine qua non *desse resultado"* (destaque no original).[140]

Nos casos em que a responsabilidade pressupõe que a culpa do agente abranja todo o resultado lesivo, a causalidade adequada indica os limites extremos da possibilidade de culpa (*"Verschuldensmöglichkeit"*). Nas demais hipóteses, ou seja, naquelas em que a lei não exige culpa ou não requer que ela se refira a todo o resultado lesivo, o conceito delineia as fronteiras extremas da própria responsabilidade. Se determinado evento não contribuir genericamente para a elevação da possibilidade objetiva de um resultado da espécie do ocorrido, este deve ser considerado como meramente acidental, afastando-se a responsabilidade.

Em linhas gerais, TRAEGER segue as mesmas orientações de VON KRIES e RÜMELIN, autores nos quais baseou o desenvolvimento de sua teoria. A diferença fundamental de sua concepção reside no *saber ontológico*. TRAEGER afirma que somente devem ser pressupostas

---

[139] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 159: *"Eine sich als conditio s. q. n. eines bestimmten Erfolgs erweisende Handlung oder sonstige Begebenheit ist dann adäquate Bedingung des Erfolgs, wenn sie generell begünstigender Umstand eines Erfolgs von der Art des eingetretenen ist, d. h. wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolgs von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht"*.

[140] *Ibidem*, p. 166: *"[...] was der einsichtigste und umsichtigst handelnde Mensch nicht mehr als eine durch sein Handeln wahrscheinlicher gemachte Folge erkenne kann, das kann auch nicht hinterher in rechtliche Beziehung zu seinem Handeln gesetzt werden, obschon sich seine Handlung als* conditio s. q. n. *dieser Erfolg im besonderen Falle erweist"* (destaque no original).

aquelas condições existentes no momento da realização da conduta. Dessa forma, o julgador deve retroceder mentalmente ao instante de iminência do evento analisado. Todavia, nem todas as condições existentes naquele momento devem ser pressupostas. A perspectiva adotada é a prognóstica: as condições então existentes devem ser *ex ante* reconhecíveis (*"erkennbar"*). Como critério material para essa apreciação TRAEGER indica "o ponto de vista do mais experiente e razoável ser humano" (*"Standpunkte des erfahrensten und einsichtigsten Menschen"*).[141] Quanto ao *saber nomológico*, defende que o juízo de probabilidade deve basear-se no saber empírico total, não exigindo, contudo, o exaurimento dos conhecimentos experimentais, pois, ao contrário das ciências puras, o direito não pode postergar decisões sobre questões cuja solução ainda é incerta. Contudo, ao contrário do saber ontológico, o nomológico possui como critério temporal o momento do julgamento do litígio: o juiz deve considerar todos os conhecimentos experimentais existentes no instante da prolação da sentença, assim com aqueles dos quais somente o agente dispunha. Outrossim, não é necessário o conhecimento das "leis da natureza" (*"Naturgesetze"*), sendo suficiente o das "leis empíricas" (*"empirische Gesetze"*) ou até mesmo da regular sucessão dos eventos em questão (*"das regelmäßige Aufeinanderfolgen der betr. Ereignisse"*).[142]

Em relação ao critério adotado por TRAEGER para o saber ontológico, existem situações em que o conhecimento do agente pode superar aquele do modelo ideal do ser humano mais racional. Seria injusto afastar a responsabilidade na hipótese. TRAEGER retoma o exemplo do caso *Thomas*: eventual trabalhador que soubesse do verdadeiro conteúdo do caixote deveria ser responsabilizado pelas consequências de sua negligência, embora nenhum outro ser humano fosse capaz de identificar, no caso, o verdadeiro conteúdo do tonel transportado.

Essa "correção" da teoria de TRAEGER recebeu críticas. Pela primeira, a pressuposição da condição conhecida somente pelo agente qualifica um decurso fatual atípico como adequado. TRAEGER refuta o argumento, o qual parte da falsa suposição de haver oposição conceitual entre termos "adequado" e "atípico". Para o jurista, causa "adequada" não significa causa "típica" ou "normal" e uma condição não é adequada porque "geral" e "normalmente" produz o resultado em questão. Como exemplo, assevera não ser a morte uma consequência típica ou normal de uma febre provocada por uma ferida, sendo,

[141] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 160-161.
[142] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 162-163.

contudo, qualificada como adequada.[143] A segunda crítica diz com a suposta subjetivação do juízo de possibilidade ou probabilidade. TRAEGER responde consistir a questão em saber se houve, sob o pressuposto da condição conhecida exclusivamente pelo agente, o aumento da possibilidade objetiva de um resultado da mesma espécie do ocorrido.[144]

Outra importante ressalva feita por TRAEGER é ser a indeterminabilidade uma característica do conceito de circunstância favorável.[145] Geralmente a espécie de resultado em questão não é produzida apenas pela conduta delituosa, mas também por diversas outras circunstâncias. Porém, a verificação numérica desses acontecimentos somente é possível em casos excepcionais e, além disso, são poucas as vezes em que o aumento da possibilidade pode ser numericamente representado. Esses fatores inviabilizam uma definição precisa de circunstância favorável, o que, contudo, não justifica seu abandono mesmo na esfera penal, a qual, segundo afirma, é um "parque recreativo" (*"Tummelplatz"*) de controvérsias das mais significativas espécies.[146]

É inviável estabelecer uma fórmula abstrata. Limites precisos não podem ser traçados, o que, todavia, não retira o valor da teoria da causalidade adequada. Ela oferece conceitos mais exatos do que os de equidade e justiça, os quais necessariamente devem ser invocados por aqueles que se valem apenas da teoria da *conditio sine qua non* em situações nas quais sua aplicação estrita resultaria em decisões equivocadas. O aumento da possibilidade genérica do resultado deve ser significativo, mas pode ser inferido com base em juízos de valores e decisões da práxis.[147]

5.1.4. A fórmula negativa de Enneccerus

Uma exposição da evolução teórica da teoria da causalidade adequada seria incompleta sem uma referência, ainda que breve, à formulação negativa de ENNECCERUS, o qual exerceu importante influência na jurisprudência do Tribunal do *Reich*.

Substancialmente o autor não contribuiu para a formulação de TRAEGER. Contudo, discordou do entendimento de seus antecessores no sentido de que a causalidade adequada

---

[143] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 162-163.
[144] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 161-162.
[145] Concordando com o autor LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 242, afirma consistir a teoria da causalidade adequada numa "diretiva geral".
[146] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., pp. 163-164.
[147] TRAEGER, *Der Kausalbegriff* cit., p. 165.

seria um pressuposto positivo da responsabilidade, propugnando, dessa forma, por uma formulação negativa:

> *"Mesmo existindo relação condicional o dano em sentido jurídico não pode ser considerado como consequência de um fato se este, segundo sua natureza genérica, foi totalmente indiferente para a produção de uma tal espécie de dano e apenas se tornou uma condição do dano em consequência de outras circunstâncias excepcionais".*[148]

A orientação negativa foi muito utilizada pelo Tribunal do *Reich* e ainda é encontrada em decisões recentes.

5.2. Adoção da teoria pela jurisprudência

5.2.1. O Tribunal do *Reich*

A antiga jurisprudência do Tribunal do *Reich* não possuía uma orientação clara quanto ao conceito de causalidade.[149] Em matéria civil a corte não adotou a teoria da equivalência das condições, valendo-se casuisticamente de variegados critérios para limitar a responsabilidade em casos nos quais a aplicação daquela levaria a resultados indesejados. Nesse contexto, a ideia de causalidade adequada foi lentamente conquistando seu espaço. Na primeira década do século XX o tribunal já havia se manifestado diversas vezes pela insuficiência da fórmula da *conditio sine qua non*, sendo que a primeira decisão da corte a se referir à causalidade adequada foi proferida em 1902.[150]

---

[148] Excerto citado por SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre* cit., p. 18: *"Selbst beim Vorliegen des Bedingungsverhältnisses kann aber der Schaden im Rechtssinne dann nicht als Folge der Tatsache betrachtet werden, wenn diese ihrer allgemeinen Natur nach für die Entstehung eines derartigen Schadens ganz indifferent war und nur infolge anderer außergewöhnlicher Umstände zu einer Bedingung des Schadens wurde".*

[149] Nesse sentido cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 232.

[150] Sobre o tema cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 233, nt. 79; LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., p. 86. As decisões referidas são: RGZ 50, 219; 66, 407; 69, 59, decisões mencionadas, entre outras, no julgado de 1913 *infra*. No primeiro caso, a corte analisou o sentido do § 833 do BGB, que trata da responsabilidade do "guardião" de um animal (*"Haftung des Tierhalters"*), afirmando que o elemento legal "através de um animal" (*"durch ein Tier"*) pressupõe nexo causal em sentido jurídico, ou seja, "causação adequada" (*"adäquate Verursachung"*). O segundo cuidava de negativa de pagamento de seguro sob a alegação de que a morte do segurado foi causada pela anestesia utilizada na cirurgia a que o segurado se submeteu. O tribunal do *Reich* entendeu que somente eventos extraordinários podem afastar a responsabilização e reconheceu o direito do herdeiro ao recebimento da quantia demandada. No terceiro caso, o autor da demanda adquiriu dois elevadores (*"Fahrstühle"*) do demandado, tendo sido condenado a pagar indenização pela morte de seu empregado causada quando da utilização de um dos elevadores. O tribunal do

De acordo com LINDENMAIER, o tribunal do *Reich* se tornou mais receptivo à teoria entre 1907 e 1908, baseando-se, porém, na fórmula negativa de ENNECCERUS.[151] Por exemplo, em *RGZ 78, 270* a corte exigiu *"que a consequência apenas mediatamente ocorrida não deve vincular-se tão remotamente com o evento tomado como sua causa, que segundo o ponto de vista da vida não mais pudesse ter sido razoavelmente levada em consideração"*.[152] Com o julgado *RGZ 81, 359*, de 15 de fevereiro de 1913, considerado pela doutrina um marco na adoção da teoria pela jurisprudência,[153] a corte formulou seu conceito de causalidade adequada.

O demandado obrigara-se a rebocar as barcaças do requerente na tarde de 28 de outubro de 1909 de Cuxhaven para Nordenham. Contra ordens do demandante, interrompeu o serviço já iniciado, retomando-o somente no dia seguinte. Todavia, no período da tarde do dia 29 ocorreu uma forte tempestade, causando danos às barcaças. Se o transporte houvesse se realizado no dia anterior, o evento lesivo não teria se produzido. A *Oberlandsgericht* de Hamburgo rejeitou a pretensão indenizatória por ausência de nexo "jurídico" entre a violação do contrato e o acidente. O Tribunal do *Reich* modificou a decisão e condenou o rebocador a reparar os danos. Com base em TRAEGER, assinalou bastar a elevação ou o favorecimento genérico da possibilidade objetiva de um resultado da espécie realizada. No caso concreto, a postergação do cumprimento do contrato elevou o fator de risco segundo a experiência geral, pois uma viagem com duração esperada de seis horas iniciada num dia de sol possui maior chance de sucesso (não formação de tempestade) que uma iniciada no dia seguinte, ainda que a previsão do tempo seja favorável para o segundo dia. Em outras palavras, a probabilidade de alteração do tempo durante o rebocamento elevou-se com o adiamento serviço, o que justifica a responsabilização. A corte ainda comparou a situação com a

---

Reich modificou a decisão guerreada reconhecendo a concausalidade da falha de montagem do equipamento para o resultado lesivo e afastando a alegação de rompimento do nexo causal pelo descumprimento pelo autor de norma de polícia relativa à utilização do equipamento. Segundo a corte, o nexo causal é adequado, pois o defeito de montagem (falha na fixação do cabo) favorece genericamente a realização de um resultado da espécie ocorrida.

[151] LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 233, citando a 12 ed. da obra de ENNECCERUS e LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, vol. 2, 12 ed, §15, p. 68, nt. 8.

[152] RGZ 78, 270: *"daß die nur mittelbar eingetretene Folge nicht in einem so entfernten Zusammenhange mit dem als Ursache in Anspruch genommenen Ereignisse stehen darf, daß er nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden kann"*. O julgado cita, como referência, a decisão publicada em *Seuff. Archiv 64, 7*.

[153] WEITNAUER, *Zur Lehre* cit., p. 329; LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., p. 86, dentre outros.

seguinte: se o dano houvesse decorrido de uma colisão não culposa com outro navio, a pretensão indenizatória não deveria ser acolhida.

Sem embargo dessa decisão, a evolução posterior revela não haver o Tribunal do *Reich* alcançado uma definição uniforme de causalidade adequada, sendo que em muitos de seus julgados recorreu a formulações simplistas.[154] Além disso, a doutrina alemã é em alguns momentos contraditória quanto a haver prevalecido a formulação positiva de TRAEGER ou a negativa de ENNECCERUS.[155]

De qualquer forma, a repetição da fórmula negativa nos julgados não era vista com bons olhos por LINDENMAIER. Para este autor a perspectiva de ENNECCERUS não significa um melhoramento da teoria de TRAEGER. Ela importa apenas numa alteração do ônus da prova em favor da vítima, partindo do pressuposto de que o BGB acolheu a teoria da equivalência. Nessa linha, em princípio seria suficiente à vítima provar ser a condição estabelecida pelo demandado *conditio sine qua non* do resultado lesivo, incumbindo a este demonstrar a inadequação da relação de causa e efeito.[156]

5.2.2. O BGH

A crítica de LINDEMAIER é importante, pois seu ponto de vista foi fundamental na evolução da matéria após a criação do BGH (*Bundesgerichtshof*), em 1º de outubro de 1950. Neste mesmo ano o autor, que integrou o primeiro senado da referida corte, publicou artigo no qual investigou o desenvolvimento teórico e jurisprudencial da teoria da causalidade adequada.

---

[154] Cf. LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., p. 86 e segs, os quais citam a asserção de que a consequência lesiva não deve ser *"exterior a toda probabilidade"* (*"außerhalb aller Wahrscheinlichkeit"*). O julgado referido é RGZ 152, 397.

[155] Afirmando que o Tribunal do *Reich* orientou-se em TRAEGER cf. LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., p. 86. Em sentido diverso LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 236 e segs., destaca que a extinta corte preferia a formulação negativa de ENNECCERUS, embora reconheça haver sido TRAEGER quem mais influenciou a práxis germânica. Também no sentido do prevalecimento da fórmula negativa cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzweck* cit., pp. 18-19; HERMANN LANGE, *Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag*, in *Verhandlungen des dreiundvierzigsten Deutschen Juristentages – München 1960, I Teil – Begrenzung der Haftung für Schuldhafte Verursachte Schäden?*, p. 12, Tübingen, Mohr Siebck, 1960, pp. 3-60*Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag*, Tübingen, Mohr Siebck, 1960.

[156] Em sentido contrário cf. LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 236 e segs.

a) Lindenmaier

LINDENMAIER propugnava, dentre outros aspectos, por um *"claro reconhecimento do conteúdo teleológico"* da teoria da causalidade adequada, na linha das investigações já realizadas por GRAF ZU DOHNA e LARENZ.[157] Ele voltava-se especialmente contra o emprego pelo Tribunal do *Reich* da formulação negativa da teoria da causalidade adequada, orientação que o autor associava à tendência, defendida por ENNECCERUS, de imputar ao demandado o ônus de demonstrar a inadequação da relação de causa e efeito entre a condição por ele estabelecida e o resultado lesivo. LINDENMAIER argumentou tratar-se de uma limitação valorativa das *conditiones sine quibus non* cuja razão interna repousa no princípio geral segundo o qual a responsabilidade não pode ir além da possível previsibilidade, por um "julgador ideal" (*Idealbeurteiler*), da tendência genérica a um resultado da espécie do realizado. Com apoio nessa conclusão sustentou ser a relação de causalidade adequada pressuposto positivo da pretensão, fundamentando a limitação da responsabilidade imposta pelo "princípio da causação adequada" (*Prinzip der adäquaten Verursachung*) no disposto no § 242 do BGB, que cuida da boa-fé objetiva: a exigência de uma consequência causal resultante da teoria da equivalência além do referido limite representa "exercício irregular do direito" (*unrichtige Rechtsausübung*).[158]

b) O caso BGHZ 3, 261 e a flexibilização da fórmula da adequação

A invocação por LINDENMAIER do princípio da boa-fé objetiva teve como objetivo precípuo a fundamentação dogmática da teoria da causalidade adequada.[159] Entretanto, sua reflexão implicou consequências práticas na jurisprudência do BGH. Influenciado pelo citado autor, em 23 de outubro de 1951 a corte decidiu o caso *BGHZ 3, 261* (*Dattelner-Schleusen*).

Tratava-se de acidente ocorrido numa eclusa, cujas paredes laterais eram reforçadas na região do fundo da câmara. A diminuição do nível de água em 7,46 metros importava numa pequena redução da distância entre as paredes de 12,77 para 12,31 metros, de sorte

---

[157] LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 242. Quanto ao primeiro LINDENMAIER cita texto publicado em *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 2*, p. 426.

[158] LINDENMAIER, *Adäquate Ursache* cit., p. 240: *"[d]ie Beanspruchung einer aus der Bedingungstheorie sich ergebenden ursächlichen Folge ist, 'unrichtige Rechtsausübung' in dem vom Reichsgericht im Anschluß na Gadow entwickelten Sinne"*. Com críticas à invocação do princípio da boa-fé objetiva, cf. BYDLINSKI, *Probleme* cit., pp. 59-60.

[159] Nesse sentido cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre* cit., p. 33.

que os responsáveis pela operação da eclusa eram instruídos a não colocar lado a lado embarcações cuja largura total fosse superior a 11,75 metros. No caso em tela, um dos navios, o *Edelweiß*, possuía largura de 6,67 metros; o outro, denominado *HH 9*, de 5,87 metros. Portanto, a soma de ambas as medidas superava a largura máxima permitida. Logo, não poderiam ser emparelhados.

Contudo, o capitão do *HH 9* informou erroneamente aos operadores da eclusa que a largura da embarcação seria de 5 metros. Quando o nível da água baixou, o *Edelweiß* e o *HH 9* se encostaram e rasparam nas paredes da eclusa. Na ausência do "mestre de eclusa" (*Schleusenmeister*), os encarregados pela operação decidiram fechar a comporta inferior e abrir parcialmente a superior, para subir o nível d'água. Em 25 segundos o nível elevou-se rapidamente em 1,5 metros. No entanto, as embarcações permaneceram encostadas nas paredes. Faltando 15 centímetros para o espelho d'água passar o casco do *Edelweiß*, os operadores tentaram fechar a comporta superior acionando o sinal de alerta, mas não foram bem sucedidos em razão de suposta queda de energia. O *Edelweiß* naufragou. A seguradora desta embarcação ajuizou demanda em face da proprietária do *HH 9*. Alegou que os danos foram provocados pela informação inexata quanto à dimensão deste navio. A demandada negou a causalidade do fato e afirmou que o dano fora produzido pelas medidas equivocadas dos funcionários da eclusa.

A demanda foi julgada procedente em segunda instância. Para o tribunal *a quo* a falsa indicação da largura do *HH 9* foi causa direta e adequada não apenas da entalação dos navios, como também dos demais danos resultantes da tentativa má sucedida de desprendê-los. A requerida insurgiu-se contra a decisão, a qual foi cassada pelo BGH, o qual determinou o esclarecimento de determinadas circunstâncias que poderiam fundamentar a conclusão pela inadequação da relação de causa e efeito. Influenciado por LINDENMAIER, o tribunal invocou a fórmula de TRAEGER, estabelecendo o seguinte:

> *"Um acontecimento é condição adequada de um resultado se elevou genericamente de maneira não insignificativa a possibilidade de resultado da mesma espécie do realizado. Para a apreciação nesse sentido devem ser consideradas: a) todas as circunstâncias reconhecíveis por um observador ideal no momento da realização da condição, b) além disso, as condições conhecidas pelo autor da condição. Essa avaliação deve ser realizada*

recorrendo-se a todo o conhecimento experimental à disposição no momento do julgamento".[160]

Porém, o rigor dessa orientação foi moderado por uma possível ampliação ou restrição da responsabilidade baseada em critérios de equidade.[161] Com efeito, para a corte alemã *"na avaliação da adequação não se cuida exatamente de uma questão de causalidade, mas da investigação do limite até o qual ao autor de uma condição podem ser equitativamente imputadas as consequências desta".*[162] Para J. G. WOLF, essa afirmação não representou um mero corretivo de equidade. Considerando que a corte reconheceu tratar-se de uma questão de imputação – e não propriamente de causalidade –, a invocação da equidade foi acima de tudo um "tatear desorientado por um critério genérico de imputação".[163]

Ao contrário de LINDENMAIER, no referido julgado o BGH não invocou expressamente o § 242 do BGB. Todavia, em decisão proferida em 1952, valeu-se desta norma como fundamento.[164] E desta vez ficou claro o reflexo prático da flexibilização da fórmula da causalidade adequada.[165] Com a referência à boa-fé objetiva, destacou-se a natureza de mera diretriz da fórmula da causalidade adequada.[166]

A vítima sofrera acidente de trânsito em 1937 e teve sua perna amputada. Na noite de 31 de março de 1945 a localidade em que morava foi alvejada pela artilharia inimiga. Ele, a esposa e seu pai permaneceram em casa até cessar o ataque, quando então saíram em direção a um bunker. Contudo, foram surpreendidos no meio do caminho pelo reinício do

---

[160] *"Eine Begebenheit ist adäquate Bedingung eines Erfolges, wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht hat. Bei der dahin zielenden Würdigung sind lediglich zu berücksichtigen a) alle zur Zeit des Eintritts der Begebenheit dem optimalen Beobachter erkennbaren Umständen, b) die dem Setzer der Bedingung darüber hinaus bekannten Umstände. Diese Prüfung ist unter Heranziehung des gesamten im Zeitpunkt der Beurteilung zur Verfügung stehenden Erfahrungswissens vorzunehmen".*

[161] Cf. HEINRICH LANGE, *Herrschaft* cit., p. 115.

[162] *"Bei dieser Prüfung auf Adäquanz handelt es sich nicht eigentlich um eine Frage der Kausalität, sondern um die Ermittlung der Grenze, bis zu der dem Setzer einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen billigerweise zugemutet werden kann".*

[163] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 8: *"der Rückgriff des Urteils auf die Billigkeit [muss] als allerdings richtungsloses Tasten nach einem allgemeinen Zurechnungskriterium gesehen werden".*

[164] BGH NJW 1952, 1010 (= VersR 1952, 352).

[165] SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre* cit., p. 34, destacando não haver no caso BGHZ 3, 261 uma clara indicação da consequência prática da mudança de perspectiva da jurisprudência. Com efeito, a corte apenas cassou a decisão, determinando nova apreciação da questão.

[166] Nesse sentido cf. J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht – ein Diskussionsbeitrag*, Göttingen, Otto schwarz & Co, 1962, p. 8.

ataque. A mulher abrigou-se numa casa, enquanto a vítima e seu pai seguiram em direção ao bunker. Por conta da debilidade, a marcha da vítima foi lenta e antes de alcançar o destino esta foi atingida por um estilhaço de granada.

Em sentido contrário a uma decisão do tribunal do *Reich* proferida em caso semelhante (*RGZ 119, 204*)[167], o BGH negou a existência de relação de causalidade adequada entre o primeiro acidente e a morte. Para a corte, *"a 'adequação' já é eliminada, pois segundo sua natureza geral a dificuldade para caminhar não elevou a probabilidade de ser atingido por um ataque de artilharia em uma medida significativa do ponto de vista da experiência humana. [...] Em caso de explosão de granada a possibilidade de ser atingido existe pra qualquer um, também para as pessoas saudáveis"*.[168]

No julgado do Tribunal do *Reich* a vítima sofrera acidente em 1903, em razão do qual sua perna fora amputada. Em 1925 ela sofreu uma queda em seu quarto. A vítima alegou tratar-se de consequência da amputação da sua perna e exigiu perdas e danos. O Tribunal do *Reich* entendeu pela responsabilização: *"devia-se contar, segundo a experiência geral do ser humano, com a possibilidade, ainda que talvez não próxima, de o requerente, em razão da reduzida estabilidade decorrente do uso de uma perna artificial, sofrer quedas com mais frequência e de forma mais grave que outras pessoas e, nesse caso, sofrer novas lesões"*.[169]

Em 1955 o BGH proferiu outra decisão, na qual destacou não ser a causalidade adequada avaliada pela chance matemática, mas por um juízo valorativo.[170] A vítima fora submetida a vacinação obrigatória contra tifo. Em consequência de uma "supuração estafilocócica" (*Staphylokokkus-Eiterung*) ela desenvolveu um sarcoma fatal e faleceu. O

---

[167] Explicado logo abaixo.

[168] *"Die 'Adäquanz' scheidet hier schon deshalb aus, weil die Gehbehinderung ihrer allgemeinen Natur nach die Wahrscheinlichkeit, bei Artilleriebschuß getroffen zu werden, nicht in einem erfahrungsgemäß erhebilich zu nennenden Maß erhöht hat. […] Bei Granatfeuer ist die Möglichkeit des Getroffenwerdens für jedermann, auch für gesunden Personen, gegenben"*.

[169] RGZ 119, 204: *"[...] es war nach allgemeiner menschlicher Erfahrung immerhin mit der, wenn auch vielleicht nicht naheliegenden, Möglichkeit zu rechnen, dass der Kläger infolge der durch das Tragen eines künstlichen Beines bedingten verminderten Standsicherheit eher als andere Menschen und in schwererer Weise zu Falle kommen und sich dabei neuer Verletzungen zuziehen werde"*.

[170] BGHZ 18, 286 (= NJW 1955, 1876). Com efeito, o tribunal consignou *"daß die Frage der Adäquanz zwischen Bedingung und Erfolg nicht rein logisch abstrakt nach dem Zahlenverhältnis der Häufigkeit des Eintritts eines derartigen Erfolgs beantwortet werden kann, sondern daß mit einer wertenden Beurteilung aus der Vielzahl der Bedingungen im naturwissenschaftlichphilosophischen Sinne diejenigen ausgeschieden werden müssen, die bei vernünftiger Beurteilung der Dinge nicht mehr als haftungsbegründende Umstände betrachtet werden können, daß mit anderen Worten mit einer wertenden Beurteilung die Grenze gefunden werden muß, 'bis zu der dem Urheber einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen billigerweise zugemutet werden kann' (BGHZ 3, 267 = LM Nr. 1 zu § 823 [o] BGB)"*.

BGH decidiu pela responsabilização do Estado. A complicação é rara, e a sua evolução num sarcoma é especialmente extraordinária. Entretanto, a relação de adequação entre a condição e o resultado não se resolve com base no critério lógico-abstrato da relação numérica da probabilidade de realização da espécie de resultado em questão. Para um juízo valorativo é preciso levar em consideração se o autor da condição teria agido de igual maneira mesmo se houvesse ponderado a possibilidade dessa espécie de resultado lesivo. No caso em tela, não seria razoável pressupor que o Estado teria deixado de obrigar a vacinação caso houvesse levado em conta o risco concretizado, o que justifica a ampliação da responsabilidade.

Para J. G. WOLF, a fórmula da causalidade adequada impede a visualização da verdadeira problemática do caso. A pretensão da vítima na hipótese é denominada pela doutrina alemã como *Aufopferungsanspruch*, correspondente ao dever do Estado de indenizar aquele cujos direitos e vantagens especiais precisaram ser sacrificados em benefício do bem geral da coletividade. Essa espécie de responsabilidade também é aplicável aos casos de intervenção na integridade física do indivíduo. Por se caracterizar pela licitude da medida, a responsabilidade não pressupõe uma relação de causalidade adequada entre o fato lesivo e o dano.[171]

De qualquer forma, esses dois últimos julgados ou confirmam a tendência de flexibilização do juízo de probabilidade empírica iniciada no caso *BGHZ 3, 261*[172] ou, numa perspectiva negativa, a "corrosão" da fórmula da causalidade adequada na jurisprudência.[173] Seguindo este segundo ponto de vista, muitos autores sustentam haver o BGH abandonado, na prática, o princípio originário da teoria da causalidade adequada.[174] Outros, como STEFFEN, asseveram simplesmente que, adicionalmente à adequação da relação de causa e efeito, a corte passou a analisar se o risco criado pelo lesante insere-se ou não no âmbito do perigo em razão do qual a norma de responsabilidade foi promulgada; ou, em outra

[171] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., pp. 11-12.
[172] Todavia, a corte alemã afirmou em decisão proferida em 8 de janeiro de 1963 (JZ 1964, 178, com comentários de *Lorenz*) que a referência à boa-fé objetiva (*Treu und Guter Glauben*) e à razoabilidade (*Zumutbarkeit*) não deve ser entendida como um abandono dos critérios anteriormente desenvolvidos na jurisprudência, não incumbindo ao juiz decidir sobre a relevância jurídica do nexo de causalidade segundo sua justa discricionariedade (*billiges Ermessen*). Mencionando a decisão cf. STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 5.
[173] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 6 e segs.
[174] Além do autor citado na nota anterior, cf. RAISER, *Adäquanztheorie* cit., p. 10 e segs., e p. 263.

formulação, se a consequência lesiva que se pretende reparar pertence ou não ao campo lesivo em vista do qual a norma de responsabilidade foi criada.[175]

Formalmente o BGH voltou a aplicar a formulação negativa do Tribunal do *Reich*, sem, entretanto, abandonar por definitivo a de TRAEGER.[176] As posteriores decisões da corte passaram a empregar formulações vagas, seja em sentido negativo ou positivo. Por exemplo: na primeira perspectiva o tribunal afirma ser adequado o decurso causal que *"não se encontra além de toda experiência"* (*"nicht jenseits aller Erfahrung liegend"*), que *"não é totalmente improvável, exterior a qualquer experiência"* (*"nicht ganz unwahrscheinlich, außerhalb jeder Erfahrung liegend"*); na segunda, quando *"no âmbito da possibilidade próxima"* (*"im Bereich naheliegender Möglichkeite"*), quando *"ainda no contexto do que se deve contar segundo a experiência de vida"* (*"noch im Rahmen desssen, womit man nach der Lebenserfahrung rechnen muß"*).[177] Para WEITNAUER essas definições representam uma tentativa de se livrar de descrições detalhistas da relação de adequação e, consequentemente, de suas inevitáveis restrições à liberdade de decisão do juiz.[178]

Outra tendência da corte é misturar os aspectos positivo e negativo na definição de causalidade adequada. É o que ocorreu no julgado de 24 de abril de 1952, acima citado: uma condição é considerada adequada *"se o evento for genericamente apropriado à produção do resultado da espécie, e não apenas sob circunstâncias especialmente particulares, improváveis e desconsideráveis do ponto de vista do decurso natural das coisas"*.[179]

---

[175] STEFFEN, in *RGRK* § 823, com. 90: *"ob das von dem Schädiger gesetzte, die Schutzgutverletzung bewirkende Risiko in den Bereich der Gefahr fällt, bzw. die Schadensfolge, für die Ersatz begehrt wird, dem Schadensfeld angehört, um dessentwillen die Haftungsnorm erlassen worden ist"*. De acordo com o citado autor, *ibidem*, são variadas as expressões utilizadas pelo BGH para expressar semelhante ideia, como: o dano deve realizar-se dentro do âmbito de proteção da norma violada (*"innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm"*); o dano deve residir no âmbito do correspondente perigo específico (*"im Bereich der jeweiligen spezifischen Gefahr liegen"*); deve haver nexo interno com a situação de perigo criada através do lesante, não uma relação casual e externa (*"innerer Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage, nicht nur eine zufällige, äußere Verbindung"*).
[176] Cf. HEINRICH LANGE, *Herrschaft* cit., pp. 115 e 120.
[177] Cf. WEITNAUER, *Zur Lehre* cit., p. 330.
[178] WEITNAUER, *Zur Lehre* cit., p. 330.
[179] BGH NJW 1952, 1010 (= VersR 1952, 352): *"wenn das Ereignis im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen"*.

5.3. Críticas à teoria

A teoria da causalidade adequada é alvo de várias críticas, sendo considerada por alguns uma "fórmula vazia" (*Leerformel*), desnecessária e irrelevante para o problema da limitação da responsabilidade.[180] Ela não domina mais a jurisprudência alemã, como outrora. Não é aplicada à responsabilidade pelo risco. Segundo LARENZ, o fundamento da não responsabilização por consequências lesivas é não serem estas suscetíveis de "controle" pela vontade do ser humano, apresentando-se como fruto do total acaso.[181] Todavia, esta justificativa para a restrição pressupõe estar a responsabilidade vinculada ao pressuposto da existência de uma conduta humana lesiva, o que não ocorre nas hipóteses de responsabilidade fundada no risco. Neste caso, investiga-se o vínculo entre o risco específico em razão do qual a responsabilidade foi estabelecida e a consequência lesiva concreta, independentemente da existência ou não de relação de causa e efeito adequada.[182]

Contudo, mesmo para a responsabilidade por ato ilícito entende-se que atualmente a teoria do escopo de proteção possui importância significativamente maior na prática judiciária.[183] As razões para isso são várias.

Afirma-se não ser a teoria da causalidade adequada suficientemente seletiva. Numa análise de cerca de 50 decisões publicadas no repositório oficial do Tribunal do *Reich* que mencionam o referido critério, VON CAEMMERER verificou que apenas quatro delas afastaram a responsabilidade.[184] Para HEINRICH LANGE, são raras as consequências lesivas consideradas imprevisíveis segundo o critério do "observador ideal" (*optmaler Beobachter*), adotado pela jurisprudência alemã: *"o observador ideal deve reconhecer todo o reconhecível"*.[185]

---

[180] Cf. BERNERT, *Die Leerformel* cit., *passim*.
[181] LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre* cit., pp. 84-85.
[182] Cf. LARENZ, *Lehrbuch I* cit., p. 438. No mesmo sentido cf. HERMANN LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatzrecht* cit., pp. 86, 94 e segs. Como exemplo estes autores *ibidem*, p. 95, citam dois casos decididos pelo BGH. No primeiro, um helicóptero provocou a queda do telhado de um imóvel sobre o qual sobrevoava (BGHZ 79, 259); no segundo, uma motorista perdeu o controle de seu veículo automotor quando dois caças realizaram um voo rasante (NJW 1982, 1046).
[183] Nesse sentido cf. LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., p. 94.
[184] VON CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, p. 12, in *Freiburger Universitätsreden* 23 (1953). Para LARENZ, *Lehrbuch I* cit., p. 438, nt. 42, o pequeno número de julgados nas instâncias superiores negando a adequação explica-se pelo fato de raramente chegarem às instâncias superiores casos em que a consequência lesiva é tão remota a ponto de não pode ser considerada adequada.
[185] HEINRICH LANGE, *Herrschaft* cit., p. 118: *"[d]er optimale Beobachter muss alles Erkennbare erkennen"*.

LARENZ, o qual defende a manutenção da teoria da causalidade adequada, não ignora haver a jurisprudência alemã ido muito longe na aplicação do critério do "observador ideal". Dentre outros exemplos, cita o caso da vítima que morre em consequência de uma pneumonia adquirida no hospital em que realizava o tratamento, e critica o critério da jurisprudência, referindo a decisão do Tribunal do *Reich* no caso *RGZ 158, 34* (*Silberfuchs*).[186] Animais criados numa fazenda irritavam-se com o barulho de aeronaves e matavam suas crias, provocando prejuízo ao seu proprietário. A corte decidiu que um "observador ideal" não precisa contar com a extraordinária sensibilidade dessa espécie de animal, negando a pretensão indenizatória. Porém, LARENZ indaga: *"de onde sabe o Tribunal do* Reich *que para* Silberfüchse *com predisposição normal o ruído de aeronave não é perigoso?"*.[187]

A solução proposta pelo autor é a substituição do *"optmaler Beobachter"* pelo *"erfahrener Beurteiler"*, ou seja, o "julgador experiente", o qual *"leva em consideração, além das circunstâncias já conhecidas naquele momento pelo responsável, apenas aquelas que eram reconhecíveis a um ser humano sensato na mesma situação que o responsável ou com as quais ele, segundo a experiência da vida, deveria considerar como possivelmente existentes"*.[188] Para o autor com isso muitos dos casos seriam satisfatoriamente solucionados pela teoria da causalidade adequada, embora não entenda ser este o único critério de imputação objetiva.[189]

No entanto, o argumento não convence os opositores da teoria, os quais consideram não ser a frequência estatística o critério decisivo.[190] A fórmula da adequação oferece ao juízo de imputação um parâmetro meramente quantitativo, qual seja, a regularidade estatística da realização de determina espécie de consequência lesiva, quando, em verdade, a jurisprudência das cortes superiores alemãs jamais conseguiu solucionar os problemas prático exclusivamente desse ponto de vista.[191] Segundo SOURLAS, a invocação da

---

[186] RGZ 158, 34. O *Silberfuchs* é uma espécie de raposa.
[187] LARENZ, *Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht*, p. 82, in *Festschrift für Richard M. Honig – Zum 80. Geburtstag, 3 Januar 1970*, Göttingen, Otto Schwarz, 1970, pp. 79-90: *"[w]oher weiß das RG, daß 'für normal veranlagte' Silbefüchse der Flugzeuglärm ungefährlich ist?"*
[188] LARENZ, *Zum heutigen Stand* cit., p. 82: *"der außer den damals schon dem Ersatzpflichtigen bekannten Umständen nur solche Umständen in Rücksicht zieht, die einem verständigen Menschen in der Lage des Ersatzpflichtigen erkennbar waren oder mit denen er nach der Lebenserfahrung als möglicherweise vorliegend rechnen mußte"*. Cf., outrossim, idem, *Lehrbuch I* cit., p. 436 e segs.
[189] LARENZ, *Zum heutigen Stand* cit., p. 82 e segs.
[190] Cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre* cit., p. 29 e segs.
[191] LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., pp. 91-92.

causalidade adequada oculta os verdadeiros fundamentos das decisões das cortes.[192] Dentre outros exemplos, cita-se a exclusão da responsabilidade quando o dano somente se produziu em razão de culpa grave do médico que tratava a vítima: a solução não se justifica pela maior ou menor frequência dessa espécie de erro médico em relação a casos de culpa simples.[193]

LARENZ discorda dessa análise. Para ele não se deve esperar da teoria da causalidade adequada uma medida exata para resolver o problema prático da limitação da responsabilidade.[194] Ela oferece um conceito jurídico indeterminado, conferindo certa margem de liberdade ao juiz que pode ser delimitada pela comparação da situação em análise com casos semelhantes, mas que em situações extremas exige do julgador uma valoração própria.[195]

Outros autores admitem ser inevitável reconhecer certa flexibilidade à teoria da causalidade adequada, não sendo o recurso a juízos valorativos algo com ela incompatível. Porém, ponderações desta natureza encontram limite na ausência de uma suficiente vinculação com o princípio fundamental que embaseia a teoria, sob pena de subversão de sua própria racionalide. A substituição do padrão do observador "ideal" pelo "experiente" é razoável e legítima, mas não se pode aceitar propostas no sentido de transformar a teoria da causalidade adequada numa "regra de *common-sense*" (*Common-sense-Regel*).[196]

Paralelamente à pouca seletividade da teoria da causalidade adequada, apontam-se também hipóteses nas quais ela não oferece fundamento suficiente para a imputação do resultado.[197] Um caso muito citado é o do divertículo (*Divertikel*).[198] A vítima foi submetida a intervenção cirúrgica, ocasião na qual o cirurgião descobriu uma anomalia não relacionada ao acidente e decidiu realizar procedimento adicional para retirá-la, provocando, porém, a morte da vítima. A corte negou a relação de causalidade adequada, quando, em verdade, *"pelo ponto de vista da teoria da causalidade adequada o BGH somente poderia ter*

---

[192] SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre* cit., p. 30 e segs.
[193] Nesse sentido cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre* cit., p. 31, com referência a VON CAEMMERER, *Das Problem* cit., p. 18 e segs.
[194] LARENZ, *Lehrbuch I* cit., p. 440; idem, *Zum heutigen Stand* cit., p. 82. Concordando o autor neste ponto cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre* cit., p. 32.
[195] LARENZ, *Lehrbuch I* cit., p. 437. Em sentido semelhante cf. KRAMER, *Schutzgesetze und adäquate Kausalität*, p. 346, in *JZ* 31 (1976), pp. 338-346; WEITNAUER, *Zur Lehre* cit., p. 341.
[196] LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., p. 92.
[197] Cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre* cit., p. 30.
[198] BGHZ 25, 86 (= NJW 1957, 1475). Cf. outrossim o caso BGHZ 58, 162. Sobre o tema cf. item 5.1.2. do capítulo 3, *infra*.

*questionado se a realização de uma outra intervenção, por ocasião da cirurgia necessária em razão do acidente, também não seria para um [...] observador 'ideal' (*optimal*) uma consequência imprevisível, totalmente improvável de uma grave lesão provocada por um acidente".*[199]

Em sentido oposto, existem hipóteses de responsabilidade por consequências lesivas inadequadas. Esta é mais uma crítica dirigida à teoria da causalidade adequada. Num primeiro grupo são discutidas determinadas situações em que o agente age com dolo, o resultado desejado se realiza, mas esse fato era totalmente improvável. HERMANN LANGE cita o exemplo de um homem que atira com arma de fogo contra sua vítima, a qual, todavia, encontra-se muito distante, de sorte que a chance de acerto é praticamente zero.[200] O autor da condição deve ser responsabilizado, mas a aplicação da teoria da causalidade adequada não justificaria esta solução.

Num segundo grupo há casos nos quais, segundo parte da doutrina alemã, o escopo de proteção do contrato ou da norma delitual violada abrange danos inadequados.[201] Como

---

[199] LARENZ, *Zum heutigen Stand* cit., p. 86: *"[v]om Standpunkt der Adäquanztheorie hätte der BGH nur fragen können, ob die Vornahme einer weiteren Operation bei Gelegenheit der durch den Unfall notwendig gewordenen Operation eine auch für den von im postulierten 'optmalen' Beobachter nicht vorhersehbare, ganz unwahrscheinliche Folge einer schweren Unfallverletzung sei"*. O autor pugna pela aplicação do critério do 'desafio' ou da 'provocação' (*Herausforderung*), para o caso. Cf. *ibidem*, p. 87. Para as discussões relativas a este caso cf. capítulo 3 *infra*.

[200] LANGE, *Gutachten* cit., p. 13.

[201] Cf. LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., pp. 96-97. Nesse contexto também é importante mencionar as hipóteses de responsabilidade pelas consequências inadequadas do devedor em mora e daquele que subtrai coisa alheia. Elas estão previstas, respectivamente, nos §§ 287, segunda frase, e 848, do BGB. Pelo primeiro, o devedor em mora *"responde em razão da prestação também por acasos, salvo se o dano também houvesse se realizado com o cumprimento a bom tempo da prestação"* (*"haftet wegen der Leistung auch für Zufall, es sei denn, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde"*). Pelo segundo, *"quem estiver obrigado à devolução de uma coisa que houver subtraído de outrem mediante ato ilícito também responde pelo perecimento acidental, por uma acidental superveniente impossibilidade de devolução decorrente de uma outra razão ou por uma acidental deterioração da coisa, salvo se o perecimento, a impossibilidade de devolução por outro motivo ou a deterioração também houvesse se realizado sem a subtração"* (*"[w]er zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, die er einem anderen durch eine unerlaubte Handlung entzogen hat, ist auch für den zufälligen Untergang, eine aus einem anderen Grunde eintretende zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe oder eine zufällige Verschlechterung der Sache verantwortlich, es sei denn, dass der Untergang, die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Verschlechterung auch ohne die Entziehung eingetreten sein würde"*). O direito brasileiro possui dispositivo correspondente ao primeiro. O art. 399 do Código Civil determina que *"o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada"*. Quanto à subtração de coisa alheia, o art. 952, *caput*, do Código impõe àquele que usurpa ou esbulha do alheio o dever de reembolsar o equivalente. De qualquer forma, também é possível chegar à mesma solução do § 848 do BGB pela combinação dos arts. 398 e 399 do diploma civil brasileiro. O primeiro dispositivo estabelece que *"nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou"*.

exemplo de responsabilidade contratual cita-se o inadimplemento de avença pela qual o devedor se obriga a firmar no interesse do credor um contrato de natureza especulativa, cujas chances de lucro são improváveis. Mesmo assim, o inadimplente responde por eventuais danos. Quanto à responsabilidade extracontratual, menciona-se, dentre outras, a situação da vítima que possui uma fragilidade constitutiva excepcional. Também são muito discutidos casos nos quais o risco se realiza de maneira improvável. Nesse sentido é paradigmático o caso *VersR 1961, 465* (*Spitzhackenfall*), julgado pelo BGH.[202]

O requerido realizava, numa via pública, obras em tubulações de água e gás. A empresa não cercou devidamente a obra. Um trabalhador usava uma picareta (*Spitzhacke*), de cujo metal soltou-se um estilhaço, o qual atingiu o olho de um transeunte. Nessas circunstâncias o desprendimento de um estilhaço de metal é totalmente extraordinário e jamais havia sido relatado por especialistas em tal situação. O previsível e esperável era que se soltasse uma lasca do concreto, não do metal da picareta, de sorte que uma estrita aplicação da teoria da causalidade importaria na rejeição da pretensão indenizatória. Todavia, o BGH decidiu ser decisivo *"que durante o uso de uma picareta deve-se sempre contar estilhaços voando em redor de determinada área, independentemente de sua origem e de sua qualidade"*.[203]

Todas essas críticas podem ser sintetizadas na ausência de uma fundamentação teórica satisfatória para a formulação tradicional da teoria da causalidade adequada.[204] Esta não dá a devida atenção ao caso concreto, sendo este o principal aspecto destacado pelos autores que defendem a teoria do escopo de proteção da norma como sua substituta.[205] Não se trata de abandonar ou evitar uma generalização dos critérios. Segundo SOURLAS, o problema da teoria da causalidade adequada reside em não atribuir o devido valor à interação entre as perspectivas generalizante e individualizante sobre os elementos particulares do caso concreto.[206] Em sentido semelhante, LÜER afirma que o juízo generalizado sobre a elevação do risco segundo as definições de nexo de causalidade adequado ignora o encontro das

---

[202] Outro julgado geralmente citado é BGH VersR 1978, 961 (*Mettalsplitterfall*).
[203] *"Entscheidend ist, daß bei Benutzung einer Spitzhacke in aller Regel für einen gewissen Umkreis mit umherfliegenden Splittern, gleich welcher Entstehungsart und Beschaffenheit, zu rechnen ist"*.
[204] Nesse sentido cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre* cit., p. 27.
[205] Cf. capítulo 3 *infra*.
[206] Cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre* cit., p. 32.

diversas esferas de risco e, desta forma, exclui uma solução diferenciadora para a limitação do dano.[207]

Tentou-se corrigir essa falha pela flexibilização da fórmula da adequação, o que também foi criticado. A invocação da boa-fé objetiva como fundamento para a flexibilização da fórmula sobrecarrega o referido princípio, pois tanto na infração contratual como no delito não há entre o lesante e o lesado uma "confiante comunidade de dano" (*vertrauensvolle Schadensgemeinschaft*).[208] Além disso, a tendência iniciada pelo BGH no início da década de 1950 levou a responsabilidade, em determinadas situações, ao limite máximo da *conditio sine qua non*, com o que, de fato, se abandonou a teoria da causalidade adequada.[209] Por fim, a equidade é um fundamento muito abstrato. Ela não oferece critério algum para a resolução das situações práticas e cria o risco de uma casuística imprevisível, quando o melhor caminho é a construção de soluções mediante o trabalho de grupos de casos.[210]

Nesse contexto, muitos autores não viram outra solução senão defender um novo critério de imputação. Dentre eles, o da investigação do escopo da norma violada alcançou considerável destaque. De fato, o critério da causalidade adequado foi veementemente combatido pelos principais defensores da 'nova' teoria, como RABEL, VON CAEMMERER, HERMANN LANGE *etc.*, para os quais na investigação da extensão da responsabilidade é indispensável analisar o contexto normativo de seu fundamento concreto.

Mas, antes de passar à teoria do escopo da norma, é importante mencionar uma última crítica. Segundo HEINRICH LANGE, a teoria da causalidade adequada não pertence àqueles critérios que procuram solucionar o problema de equivalência entre a gravidade ou reprovabilidade do fato lesivo e as consequências lesivas dele resultantes, como, por exemplo, o da culpa concorrente. Ela não avalia a razoabilidade ou exigibilidade da imputação da responsabilidade ao autor do ilícito. Pelo contrário: simplesmente exclui ou não determinado resultado lesivo do dever de indenizar, independentemente de um vínculo de proporcionalidade com o fato imputável ao lesante. Este responde pelas consequências adequadas, pouco importando o grau de reprovabilidade do seu ato em comparação ao valor

---

[207] LÜER, *Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen – eine rechtsvergleichende Studie zum deutschen, englischen und amerikanischen Zivilrecht*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1969, p. 127.
[208] HEINRICH LANGE, *Herrschaft* cit., p. 134.
[209] *Ibidem*, p. 134.
[210] Cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre* cit., p. 35.

excessivamente alto do dano sofrido. Assim, a teoria mantém uma rígida cisão entre fundamento e extensão da responsabilidade, não negando o ponto de partida do legislador alemão segundo o qual as consequências lesivas, mesmo as mais remotas, devem ser integralmente indenizadas.[211]

[211] HEINRICH LANGE, *Herrschaft* cit., p. 118. Em sentido contrário, o autor, *ibidem*, p. 133, defende que o dano deve ser "adequado ao fato" (*tatadäquat*): *"[d]ie Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit des Ersatzes von Schäden bestimmt sich jedoch nicht nach dem Umfang des Schadens allein, sondern nach der gegenseitigen Abhängigkeit von Schwere der Tat und Schwere der Folge"*.

Capítulo 3. A teoria do escopo da norma no direito civil alemão

1. Considerações iniciais: a proposta teórica e a terminologia da teoria do escopo da norma

As teorias clássicas sobre o nexo de causalidade, dentre as quais se inclui a da causalidade adequada, embora divergentes em variados aspectos e reciprocamente excludentes, possuem um fundamento comum. Pressupondo a existência de um nexo causal especificamente jurídico indicativo do limite extremo da responsabilização, propugnam por uma fórmula empírica de imputação com pretensão de validade universal.[1]

Porém, em 1936 RABEL, no primeiro volume de seu livro *"Das Recht des Warenkaufs"*, defendeu o que denominou de "teoria da distribuição do dano segundo o critério do escopo do crédito" (*Theorie der Schadensverteilung nach Maßgabe des Forderungszwecks*).[2] Na época, a teoria da causalidade adequada reinava soberana na doutrina e na jurisprudência tedesca, de maneira que sua tese não alcançou significativa repercussão prática. A situação somente se modificou duas décadas depois. Progressivamente a doutrina passara a considerar não ser a teoria da causalidade adequada uma teoria "sobre causalidade", mas "sobre responsabilidade": seu verdadeiro objeto é a fundamentação e o alcance da responsabilidade.[3] Assim, reconhecera-se o caráter normativo ou valorativo do problema da limitação da responsabilidade, rompendo-se com a orientação prevalecente no final do século XIX e nas primeiras décadas do XX. Além disso, as críticas contra a fórmula da adequação haviam se avolumado e verificara-se na práxis judiciária uma crescente insatisfação com a aplicação do critério da probabilidade objetiva, o que culminou na flexibilização da fórmula da adequação pela jurisprudência do BGH.

É nesse contexto que VON CAEMMERER, apoiando-se na jurisprudência sobre infração de "lei de proteção" (§ 823 II do BGB), soube sintetizar e estruturar as críticas até então

---

[1] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, pp. 3-4, in *Recht und Staat* 364/365 (1968).
[2] Quanto à expressão indicada cf. RABEL, *Das Recht* cit., p. 502. O título do livro pode se traduzido para "O direito da compra e venda mercantil".
[3] Por todos cf. BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung* cit., p. 4 e segs.

dirigidas à teoria da causalidade adequada, propondo uma clara mudança de perspectiva: deve-se abandonar o critério abstrato e generalizante da adequação em favor de um ponto de vista normativo, pelo qual a imputação objetiva de resultados lesivos ao autor do ilícito se orienta no sentido e no escopo da norma jurídica violada.

A repercussão na jurisprudência foi imediata. No final da década de 1950 o BGH passou a aplicar a teoria do escopo da norma à responsabilidade por violação de direito absoluto, com o que se iniciou um aprofundado debate sobre o tema.[4] Seu marco foi o 43º encontro da Associação dos Juristas Alemães, o *Deutscher Juristentag*, realizado em 1960.[5] A nova ideia foi acolhida por vários juristas[6], conquistou tópico autônomo nos manuais e comentários de direito civil,[7] e é atualmente aplicada pelas cortes germânicas, cuja casuística, embora não aponte para o abandono da teoria da causalidade adequada, indica, segundo alguns autores, possuir o escopo da norma maior relevância prática que a fórmula da causalidade adequada.

Entretanto, a "marcha triunfal" (*Siegeszug*) da teoria do escopo da norma foi objeto de críticas. Poucos autores rejeitaram-lhe qualquer valor,[8] mas muitos lhe fizeram reservas,[9] as quais dirigem-se especialmente à responsabilidade por violação de direito absoluto, prevista no § 823 I do BGB, e à aplicabilidade da teoria às "lesões subsequentes" (*Folgeverletzungen*), compreendida a expressão em oposição à lesão primária que

---

[4] Sobre as três hipóteses delituais dos §§ 823 e 826 do BGB (violação de direito absoluto, infração de lei de proteção e lesão dolosa e contrária aos bons costumes) cf. capítulo 1 *supra*.

[5] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck – Untersuchung über die Tragweite der Theorie von der Haftungsbegrenzung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm im Vertragsrecht* (Dissertação), Stuttgartt, 1962, p. 13. O relatório relativo ao problema da limitação da responsabilidade foi apresentado por HERMANN LANGE, o qual defendeu a teoria do escopo da norma, sendo, juntamente com RABEL e VON CAEMMERER, um de seus principais defensores. Cf. HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., *passim*.

[6] Dentre seus principais defensores cf. FIKENTSCHER e HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 ed., Berlim, De Gruyter, 2006, p. 300; HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., *passim*; J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht – ein Diskussionsbeitrag*, Göttingen, Otto Schwarz & Co, 1962; HUBER, *Normzwecktheorie und Adäquanztheorie – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968*, in *JZ* (1969), pp. 677-683; ESSER e SCHMIDT, *Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2 – Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis*, 8 ed., Heidelberg, C. F. Müller, p. 238 e segs.; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 195; R. LANGE, *Normzweck* cit., *passim*. Para outras referências cf. STOLL, *Kausalzusammenhang* cit., p. 7, nt. 18.

[7] Cf., dentre outros, OETKER in *MüKoBGB* § 249 (2006), coms. 120 e segs.

[8] Por exemplo: WEITNAUER, *Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang – Versuch einer Ehrenrettung*, in KELLER (org.), *Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts – Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger*, Zurique, Schulthess, 1969, pp. 321-346; SCHICKEDANZ, *Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie*, in *NJW* 24 (1971), pp. 916-920.

[9] Dentre outros, cf. LARENZ, *Zum heutigen Stand* cit., p. 83 e segs.; RAISER, *Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck – Untersuchung über die Tragweite der Theorie von der Haftungsbegrenzung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm im Vertragsrecht* (Dissertação), Stuttgartt, 1962, *passim*; STOLL, *Kausalzusammenhang* cit., *passim*.

"fundamenta" a responsabilidade.[10] De fato, são variegadas as questões teóricas e práticas sobre as quais ainda não há consenso. À avassaladora vitória no campo jurisprudencial contrapõe-se um "retrato multicolor de diversas opiniões, pontos de vistas e conceitos".[11]

Há controvérsias quanto à norma de referência para a investigação do escopo de proteção. Alguns autores restringem-na à norma de conduta violada, enquanto outros apontam a relevância do sentido do suporte fático da norma de responsabilidade (*e.g.* § 823 I do BGB) ou mesmo do próprio direito das perdas e danos. A localização dogmática da teoria na estrutura delitual alemã (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) ainda não é clara, nem seu papel na fundamentação e na extensão da responsabilidade. Além disso, não se encontra bem definida a relação da teoria com os demais critérios de limitação da responsabilidade, em especial a fórmula da causalidade adequada. Alguns autores sustentaram a substituição da teoria da causalidade adequada pela do escopo de proteção da norma, enquanto outros manifestaram-se no sentido da aplicação paralela de ambos os critérios. Também há divergência sobre seu fundamento metodológico. Os mais céticos apontam tratar-se de mera inferência do "mandamento da interpretação teleológica".[12] Outrossim, acusa-se a teoria de esconder uma *petitio principii*, pois é o resultado desejado que, mascarado como escopo da norma, efetivamente rege a responsabilidade.[13] Nessa mesma linha, a teoria é censurada por não oferecer critérios concretos para a solução dos casos práticos.

Por fim, a insegurança relativa à teoria do escopo da norma reflete-se no aspecto terminológico. Não há uniformidade na doutrina e na jurisprudência, o que indica faltar clareza à teoria.[14] Alguns autores acolheram-na empregando a expressão "nexo de antijuridicidade".[15] De forma semelhante fala-se em "antijuridicidade relativa" (*relative Rechtswidrigkeit*)[16], o que se critica com o argumento pelo qual o escopo de proteção não

---

[10] Cf. HERMANN LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., pp. 103-104.
[11] Expressão empregada por LÜER, *Die Begrenzung* cit., p. 95: *"ein buntes Bild von verschiedenen Meinungen, Gesichtspunkten und Begriffen"*.
[12] DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 198.
[13] DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 198.
[14] Cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie* cit., p. 36.
[15] Cf. principalmente ESSER e SCHIMDT, *Shudlrecht I, Teilband 2,* cit., p. 238 e segs.; ESSER, *Kausalität und Rechtswidrigkeitszusammenhang*, p. 26, in *Karlsruher Forum (Beiheft zu VersR) 1959*, pp. 20-28. Cf. BYDLINSKI, *Probleme* cit., pp. 63-64. Segundo DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 195, nt. 265, a expressão foi ulizada por WOLLF em outro contexto. Sobre WOLFF cf. item 2.1. *infra*.
[16] PLANIOL, in *Dalloz I* (1896), pp. 81-82; EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatsrechts, zweiter Band, erste Hälfte – Das Recht der Schuldverhältnisse*, Viena, Monz, 1920, p. 44.

restringe a antijuridicidade, dizendo respeito à norma em si.[17] Na França e na Bélgica emprega-se a expressão "relatividade aquiliana" (*relativité aquilienne*).[18] Ela também pode ser associada a este primeiro grupo terminológico, o qual, segundo DEUTSCH, caracteriza-se por limitar a aplicação da teoria à responsabilidade por comportamento antijurídico.[19] Num segundo grupo encontram-se expressões como "escopo da norma" (*Normzweck*),[20] "escopo de proteção" (*Schutzzweck*),[21] "âmbito de proteção" (*Schutzbereich*),[22] "escopo de proteção da norma" (*Schutzzweck der Norm*).[23] Por fim, também se mencionam as expressões "relevância da norma" (*Normrelevanz*) [24] e "nexo de imputação" (*Zurechnungszusammenhang*).[25]

Esta última não deve ser aceita para indicar a ideia de escopo de proteção, pois também abrange o critério da adequação[26] e qualquer outro relativo à imputabilidade da violação de um direito ou de um bem jurídico, bem com à imputação ou não de determinado dano a tal violação.[27] De resto, não há razões absolutas para a escolha de uma ou de outra expressão. Contudo, é melhor evitar as do primeiro grupo (nexo de antijuridicidade *etc.*), assim como o termo "relevância da norma". Eles destacam o aspecto da antijuridicidade, quando, segundo corrente dominante na doutrina alemã, a teoria do escopo da norma também é aplicável à responsabilidade pelo risco.[28] Além disso, há ainda ao menos três possíveis significados atribuíveis à expressão "nexo de antijuridicidade".[29]

---

[17] Cf. RABEL, *Das Recht* cit., p. 496; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1966, p. 124, nt. 248; SCHICKEDANZ, *Schutzzwecklehre* cit., p. 917. Para uma perspectiva geral cf. LÜER, *Die Begrenzung* cit., pp. 93-94, considerando cuidar-se de problema teórico sem relevância prática.

[18] J. LIMPENS, *La théorie de la "relativité aquilienne" em droit compare*, in *Mélanges offert à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 559-581.

[19] DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., pp. 195-196.

[20] KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil*, 2 ed., Viena, Manz, 1980., p. 149 e segs.

[21] VON CAEMMERER, *Das Problem* cit., p. 12; HUBER, *Normzwecktheorie und Adäquanztheorie – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968*, in *JZ* (1969), pp. 677-683; LARENZ, *Schuldrecht I* cit., p. 440 e segs.

[22] Cf. VON CAEMMERER, *Die Bedeutung* cit., p. 355, dentre outros.

[23] KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht I* cit., p. 149 e segs.

[24] Referência encontrada em LÜER, *Die Begrenzung* cit., p. 95.

[25] STEFFEN, in *RGRK* § 823, com. 90.

[26] Nesse sentido cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 196.

[27] Sobre o conceito cf. DEUTSCH, *Zurechnungszusammenhang, Rechtswidrigkeit und Verschulden*, p. 77 e segs., in BEUTHIEN *et. all*. (orgs.), *Festschrift für Dieter Medicus – zum 70. Geburtstag*, Colônia, Carl Heymanns, 1999, pp. 25-62.

[28] Por todos cf. HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., pp. 43 e 54. Para o direito brasileiro cf. FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 643, rejeitando a expressão "relatividade aquiliana".

[29] Cf. item 3.3. *infra*.

Dentre as expressões do primeiro grupo, "escopo da norma" é a que 'soa' melhor em português, apesar de implicar um problema: em princípio a teoria também é aplicável à responsabilidade contratual, mas, segundo respeitável entendimento doutrinário, o negócio jurídico não cria normas.[30] Desde que feita essa ressalva, a preferência deve recair sobre tal expressão, sem que, com isso, se recuse valor aos demais empregos terminológicos. Trata-se acima de tudo de uma questão de uniformização.[31]

Também é muito corrente o emprego indiscriminado dos termos "escopo de proteção" e "âmbito de proteção". A palavra "proteção" exprime exatamente o que está em jogo, mas há quem separe o "escopo de proteção" (*Schutzzweck*), como a própria orientação jurídico-civil protetiva, do "âmbito de proteção" (*Schutzbereich*), relativo à proteção de determinada pessoa e/ou de determinado bem.[32] Os termos são utilizados de forma indiscriminada no presente trabalho.

As dificuldades e incertezas apontadas não impediram à teoria do escopo da norma conquistar a jurisprudência e a doutrina majoritária alemã, sendo também aplicada e reconhecida em outros ordenamentos. Seus prosélitos reconhecem não se tratar de uma "fórmula mágica" (*Zauberformel*) capaz de solucionar todos os casos práticos,[33] mas de um "programa de trabalho" (*Arbeitsprogramm*)[34]: a teoria indica apenas uma direção à jurisprudência, à qual incumbe escolher o caminho a ser trilhado.[35] Nesse contexto, uma característica dos trabalhos dedicados ao assunto é a abordagem casuística. Por um lado, isso indica inexistir um método de pensamento unitário e metodologicamente estabelecido. Por outro, condiz com um modo de pensamento que se volta precisamente contra o critério generalizante da teoria da causalidade adequada. Essa polaridade entre pensamento

---

[30] Por todos, cf. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 10 e segs.

[31] Empregando a expressão no direito brasileiro cf. PATRÍCIA FAGA IGLECIAS LEMOS, *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário – análise do nexo causal*, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012; idem, *Resíduos sólidos* cit.; FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit. Os citados autores utilizaram a expressão completa "escopo da norma violada". Prefere-se a forma reduzida "escopo da norma", pois, além de mais simples, também evita outro problema: na responsabilidade pelo risco, para a qual também se sustenta a aplicação da teoria, mas não há se falar propriamente em violação de norma. De qualquer forma, trata-se de questão terminológica menor importância. Cf., outrossim, GISELA SAMPAIO DA CRUZ, *O problema do nexo causal* cit. pp. 86-93. Porém, não é recomendável o uso da expressão "teoria da norma violada", o que se encontra em PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA, *Responsabilidade por danos – imputação e nexo de causalidade*, Curitiba, Juruá, 2014, p. 95.

[32] DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 196. Cf. item 3.3. *infra*.

[33] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 19.

[34] Expressão empregada por HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 43.

[35] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 19.

sistemático e tópico é uma característica que acompanha a teoria do escopo da norma desde sua origem, no direito austríaco, e foi posteriormente destacada por RABEL e VON CAEMMERER, bem como em obras mais recentes.[36]

2. A contribuição da doutrina austríaca

Embora ENDEMANN, MAX LUDWIG MÜLLER, MERKEL e THEODOR KIPP sejam apontados como precursores na doutrina alemã de uma perspectiva semelhante à da teoria do escopo da norma, pois desvinculada de fórmulas genéricas de causalidade,[37] é no direito austríaco que se encontra a origem da noção de "nexo de antijuridicidade" (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*), [38] posteriormente empregada no direito alemão por alguns autores, como ESSER.[39] De acordo com essa ideia, toda norma de responsabilidade é estabelecida em vista de determinados danos, de forma que, além do puro nexo de causalidade entre a violação da norma e o resultado lesivo, deve haver entre eles uma espécie de nexo normativo, imprescindível para a configuração do dever de indenizar.

2.1. Karl Wolff

Foi KARL WOLFF quem, ao enfrentar o problema da limitação da responsabilidade, defendeu o "nexo de antijuridicidade" como critério para a solução desse problema.[40] Sua tese contextualiza-se no princípio, postulado pelo mesmo autor, de que o interesse juridicamente mais elevado prefere ao inferior.[41] Dessa forma, todo enunciado jurídico proibitivo de uma conduta deve ser compreendido com a seguinte ressalva ou limitação: *"desde que não haja um interesse jurídico equivalente ou mais elevado sobre a observância da conduta, do que sobre sua 'evitação'"*.[42] Com isso, afirma WOLFF, cria-se uma causa geral de exclusão de proibição (*allgemeiner Verbotsausschlussgrund*).[43] Essa mesma causa

---

[36] Em especial cf. R. LANG, *Normzweck und Duty of Care – Eine Untersuchung über die Grenzen der Zurechnung im deutschen und anglo-amerikanischen Deliktsrecht*, Munique, C. H. Beck, 1983, p. 124 e segs.
[37] Cf. R. LANG, *Normzweck* cit., p. 14; STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 7, nt. 16; MÜNZBERG, *Verhalten un Erfolg* cit., p. 125, nt. 248.
[38] Cf., por todos, LÜER, *Die Begrenzung* cit., p. 93
[39] Sober o papel de ESSER nesse desenvolvimento cf. referência de HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 43; SCHICKEDANZ, *Schutzzwecklehre* cit., p. 917, dentre outros.
[40] WOLLF, *Verbotenes Verhalten – Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Privat- und Strafrechtes wie auch zur Rechtslogik*, Viena, Hölder, Pichler, Tempsky, 1923, p. 257 e segs.
[41] *Ibidem*, p. 197: *"Es muss der allgemeine Grundsatz gelten, das höhere rechtliche Interesse geht dem geringeren vor"*.
[42] *Ibidem*, p. 197: *"insoweit nicht ein höheres oder gleiches rechtliches Interesse an der Beobachtung des Verhaltens besteht, als an der Vermeidung"*.
[43] *Ibidem*, p. 197.

também é aplicável a suportes fáticos constitutivos de conduta e resultado (*Verhalten und Erfolg*)[44]:

> *"para que um suporte fático constitutivo de conduta e resultado se realize, deve, entre o início da conduta e o resultado, haver um* nexo de antijuridicidade. *Somente então o resultado antijurídico também é* antijuridicamente produzido*"* (destaque no original).[45]

Especificamente quanto ao problema da limitação da responsabilidade, WOLFF critica as tentativas de solucioná-lo com base no conceito de causa.[46] Para ele, em sentido jurídico causa é toda e qualquer condição de um evento (teoria da equivalência das condições). Sua definição como *conditio sine qua non* aplica-se a todas as áreas do Direito, inclusive a penal. Sua investigação não se confunde, portanto, com a questão da responsabilidade, inexistindo, por conseguinte, uma limitação legal do conceito de causalidade.

Decisões iníquas supostamente resultantes de um conceito tão amplo de causa podem solucionar-se de outra forma. Críticas, como a que, pela teoria da equivalência das condições, a parteira também daria a luz à criança revelam sua incorreção e seu "ridículo" quando empregados termos de conteúdo puramente causal: o que a parteira faz é "estabelecer uma condição" para o nascimento da criança. Outrossim, em termos jurídicos não faz sentido falar-se em "interrupção do nexo causal" (*Unterbrechung des Kausalzusammenhangs*), cuidando-se, em efetivo, de situações em que a lei exclui da responsabilidade consequências de fato vinculadas à "causação". De acordo com WOLFF, o enunciado jurídico segundo o qual "o nexo de causalidade é interrompido, se ..." representa apenas uma formulação negativa de uma exceção às proposições nas quais a "causação" é um elemento do suporte

---

[44] WOLFF, *ibidem*, p. 186 e segs., distingue a antijuridicidade da conduta da antijuridicidade do resultado. Dentre vários exemplos, menciona a celebração de contrato de compra e venda durante o descanso do domingo. Para o autor, a conduta é antijurídica, mas o resultado, ou seja, "a situação de possuir o comprador a coisa", é conforme o direito.

[45] *Ibidem*, pp. 197-198: *"damit ein aus Verhalten und Erfolg bestehender Tatbestand verwirklicht werde, muss zwischen Beginn des Verhalten und Erfolg ein* Rechtswidrigkeitszusammenhang *bestehen. Nur dann ist der rechtswidrige Erfolg auch* rechtswidrig herbeigeführt*"*.

[46] Cf. *ibidem*, p. 257 e segs.

fático. Em outras palavras, não se responsabiliza, apesar da causalidade entre fato lesivo e resultado lesivo.

Destarte, a causa ou "causação" (*Verursachung*) não serve como critério para o estabelecimento de limites à responsabilidade. A restrição deve ser buscada no âmbito da antijuridicidade (*Rechtswidrigkeit*), embora a solução defendida por WOLFF limite-se, como expressamente ressalva o autor, às hipóteses de "conduta proibida" (*verbotenes Verhalten*), seja esta acompanhada ou não de um "resultado antijurídico" (*rechtswidriger Erfolg*) ou de culpa (*Verschulden*). Na hipótese de resultados múltiplos, é possível que o "nexo de antijuridicidade" configure-se em relação a um deles, mas não a outro. Nos casos em que a responsabilização seria contrária ao espírito da lei, a exclusão do dever de indenizar não decorre, portanto, de uma limitação ao nexo de causalidade, mas ao "nexo de antijuridicidade". Especificamente sobre a "responsabilidade mista" (*gemischte Haftung*),[47] WOLFF afirma ser imprescindível que o nexo de antijuridicidade alcance, ao menos, a causa que se interpõe entre a conduta proibida e o resultado lesivo.[48]

2.2. Armin Ehrenzweig

No entanto, o primeiro marco teórico para uma generalização da noção de escopo da norma é a obra de ARMIN EHRENZWEIG.[49] Ao tratar do problema da limitação da responsabilidade,[50] o jurista austríaco rejeitou, já no início do século XX, a orientação de

---

[47] Trata-se da denominada responsabilidade pelo *casus mixtus*. No direito brasileiro ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, 2 ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1943, p. 174 (= § 126), menciona a hipótese de *"concurso de um evento fortuito e fato culposo do devedor"*. Ao tratar do agravamento da responsabilidade do devedor em mora prevista no art. 957 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 399 do Código atual), afirma o seguinte: *"[...] a ressalva final está a indicar que o devedor, mesmo em mora, só não é liberado pelo fortuito se ocorrer o* casus mixtus *dos práticos, isto é, se houver a concorrência de culpa de sua parte, hipótese na qual o evento nunca libera, não havendo, portanto, em rigor, caso* fortuito*, do ponto de vista em que nos colocamos"* (*ibidem*, p. 184). Da discussão entre RANDA e EHRENZWEIG verifica-se tratar-se de situações em que se pode considerar suficiente para a responsabilização ser o ato contrário ao direito mera *conditio sine qua non* do evento lesivo. Sobre o tema cf. item 2.2. *infra*.

[48] Cf. *ibidem*, p. 261.

[49] Para o direito austríaco cf. também KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht* cit., p. 149 e segs.

[50] Geralmente a referência à teoria de EHRENZWEIG é feita em relação à edição de 1920 do segundo volume do *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (cf., por exemplo, a afirmação de DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 197, no sentido de que o princípio somente foi extensivamente estabelecido com EHRENZWEIG em 1920). A obra foi fundada por JOSEF KRAINZ, sofrendo reformulação após a Primeira Guerra Mundial. Na quinta edição do primeiro volume da antiga versão da obra, publicada em 1913, EHRENZWEIG já fizera referência ao "escopo da norma" (cf. KRAINZ e EHRENZWEIG, *System des österreischichen allgemeinen Privatrechts, Erster Band – Der allgemeiner Teil und das Sachenrecht*, 5 ed., Viena, Manz, 1913, p. 344). No parágrafo correspondente da quarta edição (§ 138), de 1905, o autor não mencionara a noção (cf. KRAINZ e EHRENZWEIG, *System des österreischichen allgemeinen Privatrechts, Erster Band – Der allgemeiner Teil und das Sachenrecht*, 4 ed, Viena, Manz, 1905, pp. 381-383). Em 1913 já havia ao menos um opoente à teoria: A.

resolvê-lo com uma "determinação conceitual geral de 'causa'" (*allgemeine Begriffsbestimmung der "Ursache"*). EHRENZWEIG voltou-se contra a tendência então vigente de estabelecer critérios gerais de distinção entre causa e condição, assim como à tese que fundamentava a distinção entre 'causaçao' (*Verursachen*) e 'ocasionamento' (*Veranlassen*) com base no § 1.311 do ABGB.[51] Todavia, suas críticas dirigiram-se especialmente à teoria da causalidade adequada, já dominante na época. Para EHRENZWEIG a fórmula da adequação deveria ser abandonada ou somente utilizada como um critério complementar à causalidade, desde que, neste segundo caso, reconhecida sua insuficiência para a solução de muitos casos práticos.[52]

Propugnava, em contrapartida, por uma "interpretação correspondente à finalidade" (*zweckentsprechende Auslegung*) da lei ou do negócio jurídico em questão:[53] *"se a conduta contrária a um enunciado jurídico desencadeia a pretensão indenizatória, então ela deve haver violado aquele interesse a cuja proteção a norma jurídica – ainda que apenas lateralmente – visa"*.[54] Para o jurista austríaco, é mister sempre ter em mente o "escopo da norma" (*Zweck der Norm*), verificando-se quais danos a norma proibitiva objetiva evitar. O "escopo lateral remoto" (*entfernter Nebenzweck*) também justifica a responsabilização. Porém, o impossível não se insere em seu âmbito de proteção.

O autor cita inúmeros exemplos. Dentre eles, o caso de descumprimento de norma de direito florestal decidido pelo Tribunal Superior Federal Suíço no início do século passado. Um pai de família foi convocado à prestação não remunerada de serviços (*Frohndienst*) devidos pela comunidade de Kerns ao capelão, conforme carta de fundação do povoado, de 7 de setembro de 1862, e acordo desde então vigente. Juntamente com outro trabalhador, foi instruído por um silvicultor a derrubar uma faia em determinada direção. No momento da queda uma lasca ficou presa ao tronco, o qual se inclinou no sentido contrário e chocou-se contra a árvore na qual a vítima se segurava com um braço, o qual foi esmagando em sua

---

RITTER VON RANDA, *Die Schadenersatzpflicht nach österreichsichem Rechte insbesondere aus Eisenbahn- und Automobilunfällen mit Bedachnahme auf ausländische Gesetzgebungen*, 3 ed., Viena, Manz, 1913, p. 57.

[51] Quanto a esse ponto cf. *infra*.

[52] EHRENZWEIG, *System* cit., pp. 39-40: *"[s]oll die Zuwiderhandlung gegen einen Rechtssatz einen Schadenersatzanspruch auslösen, so muß sie eben jene Interesse verletzen, deren Schutz die Rechtsnorm – wenn auch nur nebenher - bezweckt"*.

[53] *Ibidem*, p. 37 e segs.

[54] *Ibidem*, p. 44.

parte superior. Pouco mais de dois meses depois, o pai de família faleceu em razão do ferimento.

Quanto à responsabilidade da comunidade, o cônjuge sobrevivente e os filhos alegaram, dentre outros fundamentos, descumprimento de normas de direito florestal. O Tribunal Federal Suíço negou-lhes a pretensão e, em relação ao referido argumento, afirmou que o Código das Obrigações vincula a responsabilidade por ato ilícito ao elemento da antijuridicidade, não estabelecendo ele próprio a norma relativa ao que é permitido ou proibido; o diploma legal pressupõe a existência de enunciados jurídicos, normas, mandamentos e proibições estabelecidos em vista da proteção dos bens jurídicos da coletividade e dos indivíduos, determinando, apenas, o dever de reparar o dano decorrente da violação daquelas regras, atendidos os demais pressupostos legais. A partir desse ponto de vista, o tribunal decidiu que mesmo na hipótese de infração de dispositivos de direito florestal a conduta culposa do réu não possui 'nexo de causalidade' com o acidente:

> *"Tais preceitos de direito florestal visam à proteção da floresta, não à proteção da vida ou da saúde dos indivíduos; sua infração não significa, portanto, uma conduta culposa contra particulares e encontra-se fora de todo nexo jurídico com a proteção destes indivíduos e, logo, com o acidente"*.[55]

EHRENZWEIG também cita a hipótese de despesas com defesa em juízo em consequência de suspeita de autoria de furto cometido pelo réu.[56] O caso foi julgado pelo Tribunal Superior Austríaco (OGH). Instaurara-se processo penal contra o suspeito de furto de uma faia (*Buche*). Absolvido, ele requereu, em demanda ajuizada em face da herdeira do verdadeiro autor do delito, então já falecido, indenização dos valores despendidos com a sua defesa. A corte julgou o pedido improcedente, afirmando que não era dever deste apresentar-se espontaneamente à autoridade competente: *"falta, portanto, a causalidade entre a conduta do 'M' segundo o fato e o dano do autor; não há menos ainda uma tal [causalidade] entre o último e o furto*.[57] O problema diz respeito ao vínculo entre o delito penal e o prejuízo

---

[55] TFS, dec. de 29.12.1904, BGE 30 II 567: *"Jene fortspolizeilichen Vorschriften bezwecken ja den Schutz des Waldes, nicht den Schutz des Lebens oder der Gesundheit Einzelner; ihre Übertretung bedeutet daher nicht eine schudhafte Handlung wider Einzelne und steht außer allem rechtlichen Zusammenhang mit dem Schutz dieser Einzelnen und danach auch mit dem Unfall"*.
[56] *Ibidem*, pp. 44-45.
[57] OGH GlUNF VII Nr. 2641: *"[e]s mangelt daher die Kausalität zwischen dem Verhalten des M nach der Tat und dem Schadem des Kl; noch weniger besteht eine solche zwischen letzterem und dem Diebstahl"*. Sobre o julgado cf. também DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 197.

sofrido pelo autor da demanda civil. Apesar de a corte haver empregado o termo causalidade, o argumento baseia-se, segundo os prosélitos da teoria em comento, no escopo de proteção da norma violada.

O autor também toma um exemplo formulado por LAMMASCH. "A" ataca "B" com a intensão de matá-lo, não conseguindo sequer feri-lo. Contudo, o ataque impede a vítima de tomar o trem com o qual iria para casa. "A" precisa, então, tomar um segundo comboio, o qual, todavia, envolve-se num acidente, provocando sua morte. Segundo EHRENZWEIG, o autor do delito responde apenas pelo atraso, mas não pelo curso da viagem, pois a razão da responsabilidade não é propriamente a tentativa de homicídio, mas a ilegal intervenção na liberdade pessoal.[58]

Para EHRENZWEIG, o critério também é válido para a responsabilidade genérica do § 1.295 do Código Civil austríaco (ABGB).[59] Todavia, afirma ser a aplicação de sua teoria ainda mais clara na responsabilidade contratual, valendo-se de exemplo de ENDEMANN. Contrariando disposição contratual, o comissário de transportes *A* não despacha o açúcar pelo navio *S*, mas pela embarcação *T*. Se o navio *T* soçobrar, responderá ele pelo dano, pois em razão da infração contratual o remetente somente arca com o risco de naufrágio de ambas as naves. EHRENZWEIG afirma que a responsabilidade repousa nos limites do escopo contratual, uma vez que o comissário de transportes deve zelar pela incólume chegada das mercadorias ao seu destino. No entanto, não há responsabilidade se o navio *S* afundar, enquanto as mercadorias transportadas no *T* são salvas, mas em prejuízo do remetente. A este não socorre a alegação pela qual, com o devido cumprimento do contrato, teria recebido mais com o valor do seguro do que com o rendimento auferido com a venda da

[58] O autor, *ibidem*, p. 38, refuta a solução do caso com base na teoria da causalidade adequada, referindo-se a RÜMELIN, *Die Verwendung* cit., p. 296.

[59] § 1.295 ABGB: *"(1) Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. (2) Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen"*. O dispositivo determina ser direito de qualquer um exigir do lesante a reparação do dano que este lhe houver provocado com culpa, sendo que o dano pode haver sido provocado pela violação de um dever contratual ou sem relação com um contrato. Ainda de acordo com o dispositivo, aquele que provocar dano de forma dolosa e contrária aos bons costumes também deve responder, mesmo se no exercício de um direito, quando tal exercício visar claramente à provocação de dano a outrem.

mercadoria,*"pois o perecimento da mercadoria não pode ser considerado como o escopo da 'operação de comissão de transporte' (*Speditionsgeschäft*)"*.[60]

A teoria de EHRENZWEIG enfrentou resistência na própria doutrina austríaca. Ela foi objeto de críticas formuladas por RANDA relativamente à interpretação do § 1.311 do ABGB.[61] Trata-se do problema da responsabilidade pelo chamado *casus mixtus*, referido acima. O dispositivo do Código Civil austríaco reza que:

> *"o mero acaso atinge aquele em cujo patrimônio ou pessoa ocorrer. Mas se alguém ocasionou* (veranlassen) *o acaso com culpa; violou uma lei que visa prevenir lesões acidentais; ou ingeriu em negócio alheio sem necessidade; então ele responde por todo o prejuízo resultante que não teria se realizado sem seu ato"*.[62]

No início do século XX, a discussão consistia em saber se, nas hipóteses enunciadas na segunda parte do parágrafo transcrito, a responsabilidade estende-se a toda e qualquer consequência lesiva do fato que fundamenta a responsabilidade. Em sentido afirmativo, RANDA sustentava, tanto para o direito romano quanto para o austríaco, que, ao invés da 'causação' (*Verursachung*), basta que o dano haja sido meramente 'ocasionado' (*Veranlassung*) pela infração de um dever legal ou contratual: *"a lei [§ 1.311 ABGB] distingue aqui corretamente entre 'causação' e 'ocasionamento' e faz especialmente o infrator de uma 'lei' preventiva (evidentemente também um decreto de direito policial de tal natureza [...]) responsável por todo prejuízo que de outra forma não teria se realizado"*.[63] Em orientação oposta, EHRENZWEIG asseverava que o dispositivo não estabelece uma concepção de causalidade (causação x ocasionamento – *Veranlassung* x *Verursachung*); pelo contrário, pressupõe-na. Mesmo a responsabilidade do § 1.311 do ABGB sujeita-se a restrições, de sorte que o direito austríaco não recepcionou a teoria medieval do *versari in*

---

[60] EHRENZWEIG, *System* cit., p. 39: *"denn der Untergang der Ware kann nicht als Zweck der Speditionsgeschäfts angesehen werden"*. Para ouros exemplos, inclusive relativos à culpa da vítima e ao contrato de seguro, cf. *ibidem*, p. 39 e segs.

[61] A. RITTER VON RANDA, *Die Schadenersatzpflicht* cit., p. 55 e segs.

[62] *"Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt; hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten; oder, sich ohne Noth in fremde Geschäfte gemengt; so haftet er für allen Nachtheil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre"*.

[63] A. RITTER VON RANDA, *Die Schadenersatzpflicht* cit., p. 56: *"[d]as Gesetz [§ 1.311 do ABGB] unterscheidet hier sehr richtig zwischen 'Verursachen' und 'Veranlassen' und macht insbesondere den Übertreter eines vorbeugenden 'Gesetzes' (sebstverständlich auch einer derartigen polizeilichen Verordnung [...]) für allen Nachtheil verantwortlich, welcher sonst nicht entstanden wäre"*.

re illicita, pela qual quem comete ilícito responde por toda e qualquer consequência de seu ato. A responsabilidade do § 1.311 do ABGB também sofre limitações.[64]

Para refutar o critério de restrição proposto por EHRENZWEIG, RANDA assinalou que o "escopo da norma jurídica" (*Zweck der Rechtsnorm*) é raramente definido de forma precisa.[65] Desde então esse argumento vem sendo repetido pelos opoentes da teoria. EHRENZWEIG aceitou a afirmação como verdadeira. Contudo, não aquiesceu com o pressuposto de seu contendor: *"[...] problemas do gênero em questão não se deixam simplesmente resolver com precisão matemática"*.[66]

Outro aspecto da teoria de EHRENZWEIG é a suposição de ser a antijuridicidade um conceito relativo. Para o autor, *"uma danificação é antijurídica apenas se ela viola um interesse através de transgressão de norma jurídica protetiva precisamente deste interesse"*.[67] Em outras palavras, a antijuridicidade de um ato relaciona-se apenas à invasão do âmbito de proteção contido numa determinada norma de responsabilidade, de sorte que um comportamento proibido, mas que não afeta o referido âmbito, não pode ser considerado antijurídico quanto à norma de responsabilidade. Trata-se aqui de um primeira variante da teoria do escopo da norma,[68] criticada por parte da doutrina alemã, especialmente RABEL.

Para o entendimento dominante na Alemanha é incorreto conceber um injusto como uma ofensa ao ordenamento jurídico na forma relativista da proposta de EHRENZWEIG,[69] objeção esta a que aderem os autores austríacos contemporâneos. Segundo KOZIOL, a descoberta de EHRENZWEIG é totalmente correta, mas não foi bem formulada. O juízo de antijuridicidade refere-se apenas a condutas humanas, não a resultados realizados (danificação). Além disso, uma conduta é "absolutamente" antijurídica e não somente em

---

[64] *Ibidem*, pp. 40-41.
[65] *Ibidem*, p. 57.
[66] EHRENZWEIG, *System* cit., pp. 40 e 55-56: *"[...] mit mathematischer Sicherheit lassen sich Fragen der vorliegenden Art nun ainmal nicht lösen"*. O entendimento de EHRENZWEIG predominou. Afirma-se que o § 1.311 do ABGB não deve ser interpretado literalmente (cf. F. HARRER, in SCHWIMANN, *ABGB VI* § 1311, com. 11).
[67] EHRENZWEIG, *System* cit., p. 45: *"[r]echtswidrig ist eine Beschädigung nur, wenn sie ein Interesse durch Zuwiderhandlung gegen die eben dieses Interesse schützende Rechtsnorm verletzt"*.
[68] Cf. MÜNZBERG, *Verhalten* cit., p. 124, nt. 248.
[69] Cf. HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., pp. 42-43.

relação a um resultado, mas não a um outro.[70] Para esta segunda variante, não se cuida de um problema de antijuridicidade, mas de responsabilidade.[71]

Ressalvadas essas críticas, a doutrina de EHRENZWEIG influenciou não apenas o direito austríaco como também o suíço e principalmente o alemão.[72] Na casuística austríaca encontram-se decisões que podem ser solucionadas com base na ideia de escopo da norma ou de relatividade da antijuridicidade. O próprio EHRENZWEIG já citava julgado do Tribunal Superior Austríaco (OGH) nesse sentido.[73]

Outro importante jurista austríaco que também contribuiu para a teoria foi WILBURG. Não se fará uma exposição do posicionamento deste autor, cuja proposta apoiou-se na fórmula de RABEL.[74] Antes, porém, de explicar a teoria deste último jurista, o qual também é de origem austríaca, mas se dedicou ao direito alemão, é preciso investigar como a noção de escopo da norma foi desenvolvida na responsabilidade prevista no § 823 II do BGB.

3. O escopo da norma na responsabilidade por infração de "lei de proteção" (§ 823 II do BGB)

RABEL desenvolveu sua "teoria da distribuição do dano segundo o critério do escopo do crédito" para o problema da limitação da responsabilidade do vendedor. Porém, ressalvou que seu ponto de vista não se baseia exclusivamente no direito dos contratos, mas decorre de uma necessidade genérica do direito das obrigações. Para RABEL é justamente no âmbito da responsabilidade por ato ilícito (*unerlaubte Handlung*) que a teoria revela o seu mais fecundo significado, merecendo destaque a responsabilidade por infração de "lei de proteção":

> *"O ponto de vista aqui defendido possui já hoje o mais seguro domínio exatamente numa área do direito delitual alemão. De acordo com o*

[70] KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht* cit., p. 150.
[71] Cf. MÜNZBERG, *Verhalten* cit., p. 124, nt. 248. Cético quanto ao valor dogmático da distinção cf. LÜER, *Die Begrenzung* cit., p. 94.
[72] Além da influência sobre RABEL (cf. *infra*), NIPPERDEY e WAHL teriam acolhido a teoria no nexo de antijuridicidade nos termos propostos por EHRENZWEIG. Nesse sentido cf. R. LANG, *Normzweck* cit., p. 15. Em 1940 a *Akademie für Deutsches Recht* propôs anteprojeto de lei em que defendia o critério, embora com ênfase na responsabilidade por "infração de lei de proteção". Sobre o tema cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 15. Segundo este mesmo autor, ESSER também seguiu e desenvolveu a teoria proposta no direito civil austríaco.
[73] Cf. *supra*.
[74] Sobre WILBURG cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit, p. 30 e segs.

> *§ 823 II do BGB deve reparar o dano quem infringir uma lei que vise à proteção de outrem. Por esse motivo já se instruiu o juiz a 'apurar do conteúdo da lei violada quais interesses devem ser protegidos através da mesma' (Protocolos II, 571), e numa volumosa casuística reuniram-se disposições jurídicas que visam à proteção de outrem e se investigou quem é a pessoa legitimada e em relação a quais bens jurídicos ou a quais interesses ela pode exigir a reparação do dano. De fato o Tribunal do* Reich *reconhece o dever de reparar o dano segundo o § 823 II apenas 'se dessa forma foi realizado o risco que o preceito de proteção visava prevenir, se foi violado o bem jurídico ou o interesse para cuja proteção ele foi promulgado, e se através de sua infração foi lesionada a pessoa que ele visava proteger'".*[75]

Os autores alemães que posteriormente contribuíram para a análise e para o desenvolvimento da matéria reafirmam a inquestionável relevância da investigação do escopo da norma violada na responsabilidade do § 823 II do BGB.[76] Para a concepção dominante na Alemanha até o final da década de 1950, em princípio somente se analisa o escopo de proteção de uma norma jurídica ou de um dever contratual para verificar se houve ou não a própria violação desta norma ou deste dever. Aferida a infração, o julgador deve se desprender de seu escopo e atribuir ao autor do ilícito a responsabilidade de todas as consequências (teoria da equivalência das condições) ou das consequências adequadas (teoria da causalidade adequada) daí resultantes.[77] A única exceção a essa regra era a responsabilidade por infração de "lei de proteção".

A particularidade do § 823 II do BGB fora de certa forma assinalada pelos próprios redatores do BGB, o que se constata no excerto dos protocolos citado por RABEL no texto

---

[75] RABEL, *Dar Recht* cit., p. 502: *"Die sicherste Herrschaft hat die hier. vertretene Auffassung schon heute auf einem Teilgebiet gerade des deutschen Deliktsrechts. Nach § 823 Abs. 2 BGB. ist nämlich schadenersatzpflichtig, wer gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Hierdurch ist der Richter darauf hingewiesen worden, 'aus dem Inhalt des verletzten Gesetzes zu ermitteln, welche Interessen durch dasselbe geschützt werden sollen' (Protokolle II, 571), und in einer umfangreichen Kasuistik sind die Rechtsbestimmungen gesammelt worden, welche den Schutz eines anderen bezwecken, und ist untersucht worden, wer die berechtigte Person ist und hinsichtlich welchen Rechtsgutes oder welcher Interessen sie den Schadenersatz verlangen kann. Das Reichsgericht erkennt in der Tat die Schadenersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 nur dann an, 'wenn dadurch die Gefahr verwirklicht worden ist, die die Schutzvorschrift verhüten wollte, wenn das Rechtsgut oder Interesse verletzt ist, zu dessen Schutz sie erlassen wurde, und wenn die Person durch den Verstoß geschädigt worden ist, die sie schützen wollte'"*. O julgado citado encontra-se em RGRKomm. § 823 com. 15, citado pelo autor em nota de rodapé.

[76] Cf. STOLL, *Kausalzusammenhang* cit., p. 6; HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 38 e segs.; R. LANG, *Normzweck* cit., p. 11 e segs., dentre outros.

[77] Cf. HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., pp. 38-39.

acima transcrito. O julgado referido por este mesmo autor demonstra outrossim a orientação da jurisprudência do Tribunal do *Reich*, para o qual é necessário verificar concretamente se a responsabilidade do infrator impõe-se segundo o escopo e o âmbito de proteção da norma violada.

3.1. A responsabilidade por contravenção de lei de direito de polícia no Direito Geral do Estado (ALR)

As raízes históricas dessa linha evolutiva encontram-se na casuística do Tribunal Superior (*Obertribunal*) da Prússia e, num segundo momento, do próprio Tribunal do *Reich* sobre o § 26 do título sexto da primeira parte do Direito Geral do Estado (ALR), dispositivo este que cuidava da contravenção de lei de direito de polícia:[78]

> *"Especialmente quem negligencia uma lei de direito de polícia visando à prevenção de dano deve responder por todo o dano que poderia ter sido evitado pela observância da lei, como se o mesmo houvesse resultado diretamente de sua conduta".*[79]

STOLL refere caso analisado em 18 de outubro de 1870 pelo *Obertribunal*. O requerido colocara tapume (*Reifstäben*) sobre a calçada, violando norma sobre ordenação das vias públicas vedando a instalação de qualquer objeto sobre estrada ou calçada, de forma a atrapalhar a livre circulação. Ao passar pelo local, os cavalos do autor assustaram-se com o objeto e saíram em disparada, ocasião em que um deles se feriu gravemente. A corte rejeitou a pretensão do demandante, pois *"não existe nexo causal entre a infração do decreto de direito de polícia e o dano realizado"*. Numa formulação mais precisa, ela considerou não ser a lesão sofrida pelo animal uma realização do perigo cuja concretização a norma de poder de polícia visava prevenir.[80]

---

[78] Cf. R. LANG *Normzweck* cit., p. 11; SOURLAS, *Adäquanztheorie* cit., p. 19, nt. 53. O referido título cuidava "dos deveres e direitos resultantes de condutas ilícitas" (*"Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen"*). Segundo BENÖHR, *Die Redaktion* cit., pp. 529-530, o direito prussiano não influenciou muito o direito delitual alemão, salvo em três aspectos: na limitação da responsabilidade do § 823 II do BGB pelo escopo de proteção da norma, na enunciação dos bens jurídicos protegidos e na responsabilidade por ato omissivo.

[79] *"Insonderheit muß der, welcher ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeygesetz vernachläßigt, für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, eben so haften, als wenn derselbe aus seiner Handlung unmittelbar entstanden wäre"*.

[80] *Striethorst* 31 (1872), nº 9, p. 34, citado por STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 6, nt. 15. O autor compara a solução com um julgado da Corte de cassação francesa proferido em 17 de março de 1958,

R. LANG cita julgado do Tribunal do *Reich* tratando de um barco a vela que colidiu contra um barco a vapor, pois modificara seu curso enquanto as embarcações se aproximavam, embora nessa situação devesse ter mantido seu trajeto. Neste caso a decisão foi pela responsabilização. De fato, a corte não acolheu o argumento pelo qual a norma violada teria como único escopo garantir o sucesso da manobra da outra embarcação. Para o tribunal, também configura-se causalidade em sentido jurídico se casualmente o dano não se produzir da maneira como a lei o houvesse especialmente considerado e visado evitar: *"é um pressuposto totalmente arbitrário que a responsabilidade jurídico-privada pelas consequências da contravenção contra uma lei de direito de polícia não se estende além de seu escopo próximo"*.[81] A decisão foi pela responsabilização, mas a argumentação girou em torno do critério do escopo da norma.

3.2. Os três componentes do escopo da norma

Todavia, somente na vigência do BGB se desenvolveu uma concepção clara quanto à análise do escopo ou âmbito de proteção da norma violada. A jurisprudência do Tribunal do *Reich* pautou a análise do escopo de proteção em três componentes: o pessoal, o material e o modal.[82-83] Na doutrina ENDEMANN foi o primeiro a mencionar o componente pessoal, no ano de 1896; em 1898 VON LISZT referiu-se ao componente material (*sachlich*), afirmando a necessidade de violação específica do bem jurídico para cuja proteção a norma foi criada; por fim, em 1900 RÜMELIN, para o qual os aspectos destacados por ENDEMANN e VON LISZT ainda eram insuficientes para a solução dos problemas práticos, indicou o risco especial como terceiro e principal momento do balizamento da responsabilidade por infração de "lei de proteção", distinguindo claramente entre ponderações de natureza normativa e questões

---

que julgou improcedente demanda indenizatória ajuizada pelo proprietário de um castelo tombado contra um indivíduo que derrubou árvores de uma floresta situada no campo de visão do monumento histórico sem a necessária autorização legal. De acordo com o tribunal, a lei pretendia tutelar apenas os interesses públicos da nação e não os interesses particulares dos proprietários (Civ. 1ª 17.3.58, in *JCP* 1959 II, 10950).

[81] RGZ 10, 11, citado por R. LANG, *Normzweck* cit., pp. 11-12: *"[d]aß die privatrechtliche Haftung für die Folgen der Kontravention gegen ein Polizeigesetz über dessen nächsten Zweck nicht hinausgehe, ist eine ganz willkürliche Annahme"*.

[82] Cf. decisão transcrita por RABEL no excerto acima.

[83] Na prática judiciária alemã a análise do escopo da norma é geralmente realizada em duas fases. Na primeira, verifica-se se há uma "lei de proteção". Em se respondendo afirmativamente, investiga-se propriamente o escopo da norma. Esse modo de proceder é criticado. Entende-se que a circunstância de a norma visar ao interesse público não impede necessariamente sua qualificação como "lei de proteção". Nesse contexto, a divisão entre as referidas fases perde sua razão de ser. De fato, há um entrelaçamento entre o conceito de "lei de proteção" e os componentes de seu escopo. Sobre o tema cf. SCHMIEDEL, *Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht*, Tübingen, Mohr, 1974, p. 119 e segs. Concordando com o citado autor cf. R. LANG, *Normzweck* cit., p. 44.

de causalidade.[84] Para RÜMELIN, *"o bem jurídico em questão deve ter sido violado por um decurso que a correspondente norma de proteção visava evitar, com outras palavras deve ter sido realizado o risco ao qual se direciona a proteção da norma"*.[85]

No entanto, esses três aspectos não foram apresentados de forma sistemática nem por RABEL, considerado o fundador da teoria do escopo da norma no direito alemão, nem por VON CAEMMERER, principal responsável pela difusão da teoria a partir do final da década de 1950. Segundo J. G. WOLF, é a HERMANN LANGE que se deve uma clara e compreensível exposição dos três referidos componentes.[86]

3.2.1. O componente pessoal

Quanto ao componente pessoal, HERMANN LANGE afirma que *"a lei violada deve primeiramente visar à proteção do lesado e não apenas à proteção de outrem"*.[87] O autor cita o julgado *RGZ 102, 223* do Tribunal do *Reich*. Este rejeitou pretensão indenizatória de um "matadouro distrital" (*Kreisabdeckerei*) que sofrera prejuízo patrimonial em consequência do descumprimento pelo demandado de norma de direito de polícia impondo a destinação ao abatedouro de toda carne de animal perecido, morto ou abatido que tenha sido declarada imprópria ao consumo humano. O tribunal confirmou o entendimento da instância inferior, decidindo que a regra violada não objetivava assegurar a atividade econômica do matadouro, possuindo apenas escopo de polícia sanitária. Para HERMANN LANGE o caso também tem relevância para o segundo componente,[88] mas antes de mencioná-lo vale citar mais alguns exemplos.

R. LANG cita o caso *RGZ 63, 324*, no qual o Tribunal do *Reich* decidiu que o dever do conselho fiscal (*Aufsichtsrat*) de uma sociedade de ações (*Aktiengesetz*) de fiscalizar com

---

[84] RÜMELIN, *Die Verwendung* cit., pp. 306-307. Cf., outrossim, R. LANG, *Normzweck* cit., pp. 13-14.
[85] RÜMELIN, *Die Verwendung* cit., p. 306: *"[...] das bestreffende Rechtsgut muß durch einen Vorgang verletzt sein, wie er eben durch die betreffende Schutznorm verhütet werden soll, mit andern Worten, es muß sich eine der Gefahren verwirklicht haben, auf welche die Schutznorm abzielt"*.
[86] J. G. WOLF, *Der Normzweck* cit., p. 16, referindo-se ao já citado parecer apresentado por HERMANN LANGE de 1960. Todavia, não se encontra na doutrina total uniformidade quanto aos aspectos ou componentes do escopo da norma. Por exemplo, o jurista austríaco KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht* cit., p. 152, assinala serem duas as perspectivas de análise. Em primeiro lugar deve-se verificar se a norma violada visa à proteção do lesado; em segundo, se a espécie do dano também se insere no escopo da norma. Para outra distinção cf. considerações *infra* sobre DEUTSCH.
[87] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 39: *"[d]as verletzte Gesetz muß einmal gerade den Schutz des Geschädigten und nicht lediglich den Schutz anderer bezwecken"*.
[88] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 39.

cautela a direção da pessoa jurídica não configura "lei de proteção" em favor de terceiro que adquire ações da companhia acreditando num balanço não correspondente com a efetiva situação patrimonial da empresa.[89] O caso é semelhante a outros dois, analisados pelo BGH respectivamente em 24 de janeiro de 1972 e 15 de janeiro de 1979, ambos tratando, porém, de "responsabilidade funcional" (*Amtshaftung*), a qual encontra previsão no artigo 34 da Constituição Alemã e no § 839 do BGB. O primeiro cuida da responsabilidade da "Superintendência de Seguros" (*Versicherungsaufsich*) relativamente aos segurados; o segundo, da responsabilidade da "Superitendência Bancária" (*Bankenaufsicht*) relativamente aos investidores de um estabelecimento financeiro. Para DEUTSCH, as decisões do BGH oferecem bom exemplo de eventual dificuldade e incerteza na apuração do escopo de proteção individual da norma.[90]

De fato, as soluções da jurisprudência aos problemas foram opostas, apesar da semelhança das circunstâncias fáticas. No primeiro julgado, o responsável por um acidente de trânsito estava assegurado por filial da *A. Insurance Association*. A vítima recebeu apenas 7.000 do total de 120.000 marcos alemães a ela devidos em razão do acidente, pois a companhia ingressou em concordata. Por essa razão, a primeira ajuizou demanda em face da República Federal Alemã alegando que o Ministro Federal da Economia (*Bundesminister für Wirtschaft*) e a Superintendência Federal de Seguros (*Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen*) descumpriram seu dever funcional ao autorizar a *A. Insurance Association* a exercer sua atividade no mercado alemão. Entretanto, o BGH concluiu que *"a supervisão estatal sobre unidades privadas serve fundamentalmente apenas ao interesse geral estatal e público e em regra não fundamenta um dever de ofício* (Amtspflicht) *em favor de determinadas pessoas"*.[91]

Entretanto, no julgado de 15 de fevereiro de 1979, relativo a descumprimento de dever funcional pelo Serviço Federal de Moeda e Crédito (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen*), a corte decidiu em sentido oposto. Tratava-se de investidor que adquirira "carta de valor declarado" (*Wertbrief*) pela importância de 50.000,00 marcos alemães, investimento posteriormente não recuperado pela insuficiente solvabilidade da instituição

---

[89] Cf. R. LANG, *Normzweck* cit., p. 12.
[90] Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 203.
[91] BGHZ 58, 96: *"[d]ie staatliche Aufsicht über private Wirtschaftseinheiten dient grundsätzlich nur dem allgemeinen staatlichen oder öffentlichen Interesse und begründet regelmäßig keine Amtspflicht gegenüber bestimmten Personen"*.

financeira. O BGH referiu-se ao precedente *supra*, mas ressalvou que a supervisão (*Aufsicht*) em determinados âmbitos da atividade econômica pode conter ao lado da salvaguarda do interesse público efeitos protetivos perante terceiros. Nesse sentido, concluiu que a *Kreditwesengesetz* (lei sobre moeda e crédito) de 1961 visa assegurar a capacidade funcional do aparato creditório, assim como proteger os credores das instituições supervisionadas contra a possibilidade de perdas.[92] Insatisfeito com a evolução jurisprudencial, o legislador alemão interveio legislativamente, estabelecendo que *Bundesaufsichtsamt* somente leva em consideração em sua tarefa interesses públicos.[93]

J. W. WOLF cita o caso de "indiscrição" do médico em relação à sua paciente (§ 300 I do StGB, na redação antiga). Para o autor a violação de dever de sigilo profissional visa à proteção do próprio paciente. Dessa maneira, eventual prejuízo sofrido pelo marido não se encontra no âmbito pessoal de proteção da norma violada.[94]

Outro interessante caso é citado por DEUTSCH.[95] O estado da Baviera realizou vistoria num teleférico, mas de forma defeituosa. Pouco tempo depois o veículo caiu. O operador do teleférico exigiu perdas e danos do Estado, mas o BGH negou sua pretensão, pois a vistoria visava à proteção dos usuários, não da empresa prestadora do serviço de transporte.

3.2.2. O componente material

Segundo HERMANN LANGE, não basta que o lesado pertença ao círculo de pessoas protegidas, *"também é preciso que o dano tenha surgido num bem jurídico, cuja proteção é visada pelo dispositivo violado"*.[96] O autor menciona o exemplo, citado por RABEL,[97] da infração do § 367 n. 12 do Código Penal alemão (*StGB*), dispositivo que pune quem não

---

[92] BGHZ 74, 144.
[93] Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 203, o qual cita o § 6 I da *Kreditwesengesetz*: *"[d]as Bundesaufsichtsamt nimmt die ihm nach diesem Gesetz und nach anderen Gesetzen zugewiesenen Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahr"*. O texto não corresponde com a atual redação do dispositivo.
[94] J. G. WOLF, *Der Normzweck* cit., pp. 16-17.
[95] Trata-se do caso BGH NJW 1965, 28. Cf. DEUTSCH, *Zurechnungszusammenhang, Rechtswidrigkeit und Veschulden*, p. 82, in BEUTHIEN *et. al.*, *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, Colônia, Carl Heymanns, 1978, pp. 77-88.
[96] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 39: *"[...] es muß auch der Schaden an einem Rechtsgut entstanden sein, dessen Schutz die verletzte Vorschrift bezweckt"*. DEUTSCH, *Zurechnungszusammenhang* cit., pp. 81-82, define o "âmbito de proteção material" (*sachlicher Schutzbereich*) de forma semelhante ao aspecto modal (cf. *infra*). Para o autor, *"[s]omente deve ser compensado o dano que represente a realização de um perigo que a norma pretendia evitar"* (*"[e]s wird also nur der Schaden ausgeglichen, der sich als Verwirklichung einer Gefahr darstellt, welche die Norm hintanhalten wollte"*). No mesmo sentido cf. *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 204, do mesmo autor.
[97] *Das Recht* cit., p. 502.

protege suficientemente poços, fossas ou instalações correlatas.[98] Se, em consequência de violação da norma, um animal cair num poço e perecer, seu proprietário não terá direito à reparação do dano sofrido com base na citada norma c.c. o § 823 II do BGB. O dano não se insere no âmbito material de proteção da regra violada.

Outros exemplos também ilustram a hipótese. R. LANG cita julgado que negou direito à reparação de prejuízos puramente econômicos sofridos por agricultor em razão de a comunidade responsável pela manutenção de ponte que servia sua propriedade haver demorado para realizar os melhoramentos necessários à sua utilização.[99] Outro caso, menos didático, mas muito indicativo da orientação restritiva da jurisprudência alemã quanto à possibilidade de reparação de perdas econômicas de natureza puramente patrimonial, é encontrado em DEUTSCH.[100]

Uma empresa organizou comemoração de Natal para seus funcionários em uma cervejaria. O réu, que trabalhava na empresa como contador, foi encarregado de transportar para casa dois funcionários embriagados, sendo-lhe disponibilizado o veículo automotor da firma. O automóvel foi atingido por um comboio ao cruzar uma linha férrea, causando a morte de um dos funcionários transportados. A associação profissional, que indenizou as vítimas, exigiu reparação dos danos junto à empresa de transporte ferroviário federal. Por sua vez, esta ajuizou ação de regresso contra o contador. Um dos fundamentos do pedido era a infração de preceitos penais sobre a "periclitação da atividade ferroviária" (*Eisenbahnbetribsgefährdung*) (§§ 315 e 316 do StGB). Quanto ao ponto, decidiu o BGH que os dispositivos *"protegem a saúde e a propriedade da empresa ferroviária e das outras pessoas diretamente atingidas pelo tráfego ferroviário, mas não seus interesses patrimoniais gerais"*.[101] Dessa forma, os danos puramente patrimoniais consistentes no pagamento de indenização em favor de passageiros de veículos automotores não se inserem no âmbito de proteção das referidas normas. Portanto, a empresa de transporte ferroviário precisaria encontrar outro fundamento legal para sua pretensão indenizatória.

---

[98] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 39.
[99] RG Recht 1924 Nr. 393, citado por R. LANG, *Normzweck* cit., p. 12.
[100] *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 199.
[101] BGHZ 19, 113: *"[d]ie Vorschriften über die Eisenbahnbetriebsgefährdung (§§ 315, 316 StGB) schützen die Gesundheit und das Eigentum des Eisenbahnunternehmers und der anderen vom Eisenbahnverkehr unmittelbar berührten Personen, nich aber deren allgemeinen Vermögesnbelange"*.

O valor didático da distinção entre o componente pessoal e o material

A rigor o componente material não se distingue do pessoal. Isso é indiretamente reconhecido pelo próprio HERMANN LANGE ao analisar o caso *RGZ 102, 223*.[102] A crítica à distinção fica ainda mais clara no seguinte exemplo. O réu teria influenciado um colega a utilizar, sem autorização, o veículo da empresa em que este trabalhava para leva-lo à casa de sua noiva, pois desejava entregar a ela um presente de Natal. Porém, no trajeto o condutor do veículo atropelou culposamente a filha do autor da demanda. Este entendeu ser caso de responsabilidade solidária do réu. Todavia, o BGH decidiu que o âmbito da proteção jurídico-civil conferida pelo § 248b do StGB, que prevê o crime de "uso não autorizado de veículo de outrem" (*unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs*), é delimitado, abrangendo apenas o titular do direito de uso do veículo. Assim, aquele cujo veículo foi danificado faz jus à reparação do prejuízo sofrido, mas terceiros não podem fundamentar sua pretensão indenizatória na referida norma.[103]

Em princípio, o caso demonstra que o âmbito pessoal de proteção é diretamente inferido do componente material de proteção: somente quem possui o direito de usar o automóvel fará jus à reparação dos danos sofridos com base na violação da norma de conduta.[104] Todavia, não é recomendável abandonar a distinção, pois, de acordo com DEUTSCH, a separação dos componentes pessoal e material torna mais "palpável" a aplicação da teoria do escopo da norma.[105] Seu valor didático e a ausência de prejuízo à correta solução dos casos práticos justificam-na.

Além disso, poder-se-ia cogitar em casos em que a responsabilidade é restringida do ponto de vista pessoal, mas a delimitação normativa não poderia ser extraída do bem jurídico protegido. Trata-se de situações cuja solução decorreria da "natureza das coisas", como as proibições de circulação de veículos nas denominadas *Spielstraßen* (ou seja, ruas destinadas a atividades lúdicas de crianças), que favorecem apenas as crianças, bem como as vedações de estacionamento em entradas e saídas de veículos, que favorecem apenas os moradores

---

[102] Cf. *supra*.
[103] BGHZ 22, 293.
[104] Cf. STEFFEN, in *RGRK* § 823, com. 549; SPICKHOFF, *Folgezurechnung im Schadensersatzrecht*, p. 25, in LORENZ, *Karlsruher Forum 2007 – Folgezurechnung im Schadensersatzrecht – Gründe und Grenzen*, Karlsruhe, Versicherungswirtschaft, 2008.
[105] *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 205.

(ou visitantes).[106] No caso das "ruas para brincar", o bem jurídico violado em eventual acidente é sempre o mesmo, a vida ou a saúde, independentemente de se tratar de vítima criança, adolescente ou adulta; no da proibição de estacionamento, novamente o decisivo não é a propriedade ou o bem jurídico violado. Porém, os problemas encaixam-se melhor no componente modal.

3.2.3. O componente modal

Por fim, o terceiro e último componente é relativo ao modo de realização do dano. Segundo HERMANN LANGE trata-se de requisito de especial importância: *"a maioria das leis de proteção não pretendem prevenir toda espécie de danificação, mas apenas determinadas formas desta"*.[107] Como já assinalado, foi RÜMELIN quem destacou este componente, distinguindo-o da questão da causalidade. Dentre outras hipóteses de consequência lesiva adequada, mas não abrangida pelo escopo da lei de proteção, o autor cita o caso, já referido acima,[108] de uma senhora que decide aguardar por uma sege para evitar o risco de prosseguir caminhando sobre uma calçada sobre a qual o responsável não espalhou cascalho (medida imposta por lei para prevenir quedas em razão da neve), mas sofre acidente em consequência da imprudência do cocheiro.[109]

O exemplo emblemático e citado pela maioria dos autores é o caso *Kegeljung*, julgado pelo *Landesgericht* de Hannover no início do século XX. Tratava-se de um infante cujo trabalho era reorganizar os cones derrubados nas partidas de *Kegel*, jogo semelhante ao boliche. O serviço era prestado após a sétima hora do dia, o que era vedado por lei de proteção às crianças. Enquanto o menor recolocava os cones um jogador precipitou-se e lançou a bola, a qual atingiu o rapaz, ferindo-o. A demanda foi ajuizada contra o dono do estabelecimento e foi rejeitada pela corte, pois a norma infringida visava prevenir acidentes resultantes de fadiga e extenuação, risco este não realizado no caso concreto.[110]

---

[106] Os exemplos são citados por DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 204, para ilustrar casos em que o âmbito de proteção decorre da natureza das coisas (*aus der Natur der Sache*). Com isso o autor quer dizer que eles não apresentam grande dificuldade, ao contrário de outras situações, que exigem a interpretação 'adequada ao escopo' (*zweckadäquat*) da norma. Impende ressalvar que DEUTSCH não cita os exemplos com a finalidade de sustentar a distinção entre os componentes material e pessoal.
[107] *Gutachten* cit., p. 40.
[108] Cf. capítulo 2 *supra*.
[109] RÜMELIN, *Die Verwendung* cit., p. 305 e segs.
[110] LG Hannover Recht 1910, 36, citado por HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p.40, dentre outros. Julgado francês semelhante, mas em sentido contrário, recebe a crítica de PLANIOL, in *Dalloz 1* (1896), pp. 81-82.

Outro exemplo, retirado da casuística inglesa por VON CAEMMERER e repetido em outras obras,[111] é o do motorista de ônibus que desrespeita regra de direito de polícia ao permitir a entrada no coletivo de mais pessoas do que o fixado na lei, circunstância em que um dos passageiros não percebe a ação de um batedor de carteiras.[112] O furto, embora consequência adequada da infração da norma, não representa a realização do risco que esta visa prevenir.

3.3. "Escopo de proteção", "âmbito e proteção" e "nexo de antijuridicidade"

DEUTSCH distingue entre "escopo de proteção" (*Schutzzweck*), "âmbito de proteção" (*Schutzbereich*) e "nexo de antijuridicidade". O escopo de proteção representa a própria orientação jurídico-civil protetiva da norma violada, enquando o âmbito de proteção, o qual pressupõe o primeiro, consiste na abrangência pessoal e material da proteção conferida pela norma aos particulares.[113] Por fim, o nexo de antijuridicidade, também denominado por DEUTSCH de "nexo de violação da norma" (*Normverleztungszusammenhang*), representa o vínculo específico entre a contrariedade ao direito e o dano; ele é analisado quando há dúvida se a observância da regra teria efetivamente evitado a realização do prejuízo.[114]

Antes de explicar a diferenciação com exemplos, é necessário fazer um esclarecimento. DEUTSCH trabalha com a distinção entre *Tatbestandsnorm*, literalmente traduzida para "norma de suporte fático abstrato", e a *Rechtsfolgenorm*, traduzível para "lei de consequência jurídica". Essa oposição fica clara na responsabilidade por infração de lei de proteção (§ 823 II), a qual "transpõe" para o direito delitual normas de outras áreas do direito, como o direito penal e o administrativo.[115] O § 823 II é, nesse sentido, a *Rechtsfolgenorm*, estabelecendo o dever de reparar o dano no caso em que este resulte da infração de uma "lei de proteção", sendo a norma concretamente violada a *Tatbestandsnorm*,

---

[111] Cf. VON CAEMMERER, *Das Problem* cit., p. 13. Citando o mesmo caso cf., dentre outros, HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 40.

[112] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 40. Ainda quanto ao aspecto do risco, o critério do escopo de proteção também seria relevante para a concorrência de culpa, nos termos do § 254 do BGB. Sobre o tema cf. item 6. *infra*.

[113] Cf. considerações *infra* sobre os aspectos pessoal e material segundo DEUTSCH.

[114] DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 196 e 210 e segs; idem, *Gefahr, Gefährdung, Gefahrerhöhung*, p. 899 e segs., in PAULUS, DIEDERICHSEN, CANARIS (orgs.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, Munique, Beck, 1973, pp. 885-904.

[115] Os suportes fáticos de responsabilidade autônomos, como os §§ 823 I e 824 do BGB, conferem tutela delitual imediata. Logo, em princípio é desnecessário analisar, por exemplo, se a proibição de violação do direito de propriedade (§ 823 I do BGB) visa à proteção delitual. Sobre o tema, que será retomado abaixo, cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 201.

pois protege interesses ou bens jurídicos contra intervenções ao proibir sejam colocados, concreta ou abstratamente, em perigo. Segundo DEUTSCH, a investigação do escopo de proteção orienta-se exclusivamente na análise da *Tatbestandsnorm*, enquanto para verificar o âmbito de proteção ambas as normas são decisivas.[116]

Para ilustrar a distinção entre as noções de "escopo da norma" e "âmbito de proteção", DEUTSCH compara três casos: o crime de "favorecimento pessoal" (*Strafvereitelung*), previsto no § 258 do StGB, o de "uso não autorizado de veículo alheio" (*unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs*), previsto no § 248 b do StGB e o de "periclitação do transporte" (*Transportgefährdung*), estabelecido no § 315 do StGB. Os dois últimos casos já foram relatados acima. Quanto ao primeiro, o jurista refere julgado do BGH. O autor da demanda empregara o filho do requerido. O funcionário passou a desviar pagamento recebido de clientes. O prejudicado sustentou ser caso de responsabilidade solidária de seu pai. Como fundamento alegou que não teria sofrido dano se o genitor não houvesse auxiliado seu filho a subtrair-se da ação da autoridade pública em relação a crimes semelhantes por este anteriormente cometidos. Para DEUTSCH, a norma transgredida não possui escopo de proteção delitual, ao contrário do que ocorre no caso de uso não autorizado de veículo alheio, em que há esse escopo, mas o âmbito de proteção restringe-se ao proprietário do bem (âmbito de proteção pessoal),[117] e no caso da "periclitação do transporte", em que também há o escopo de proteção, mas o âmbito de proteção limita-se aos bens pessoais do transportado e à propriedade da empresa de transporte ferroviário (âmbito de proteção material).[118]

Contudo, a distinção não contribui para a compreensão da matéria. Embora o exemplo do crime de favorecimento pessoal demonstre existirem normas sem escopo de proteção civil-indenizatório, tratando-se de dispositivos visando somente à tutela de interesses da coletividade, na prática isso significa inexistir indivíduo ou bem jurídico particular inserido em seu "âmbito de proteção". Destarte, ainda que teoricamente possível

---

[116] Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 200.

[117] O jugado citado pelo autor é BGH LM § 823 N. 6. Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p.199. É importante assinalar que o tribunal, ao analisar, para efeito da responsabilidade do § 823 I do BGB, a existência ou não de um "dever de segurança do tráfego" (*Verkehrssicherungspflicht*) do pai de avisar o empregador sobre suspeita de desvio de dinheiro por seu filho, concluiu que *"o ordenamento jurídico não exige genericamente de ninguém que entrege ao juiz criminal um parente próximo que culposamente cometeu uma conduta punível"* (*"[d]ie Rechtsordnung mutet im allgemeinen niemandem zu, einen nahen Angehörigen, der sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat, dem Strafrichter zu überantworten"*).

[118] DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 199.

distinguir entre "escopo" e "âmbito" de proteção, na análise concreta ambos os aspectos se revelam indissociáveis.

É importante assinalar que, para DEUTSCH, o âmbito de proteção é constituído apenas dos componentes pessoal e material. Porém, este é definido em termos semelhantes ao apontado acima para o modal: *"[s]omente devem ser compensados o dano que represente a realização de um perigo que a norma pretenda evitar"*.[119] Tal aspecto não se confunde com o que o autor denomina de "nexo de antijuridicidade". Como já assinalado, a expressão possui, para DEUTSCH, um sentido específico, consistente em saber se a responsabilidade pode ser excluída se demonstrado que nas circunstâncias concretas o dano ocorreria mesmo se a regra houvesse sido observada. De forma semelhante, MÜNZBERG sugere não se empregar o termo "nexo de antijuridicidade" no sentido de limitação da responsabilidade segundo o "âmbito de proteção da norma", ainda que numa acepção um pouco diversa da proposta por DEUTSCH.[120]

De fato, os problemas não se confundem. Lembre-se do exemplo formulado por RÜMELIN:[121] quem não espalha cascalho na calçada de pedestre (para prevenir escorregões no inverno) não responde pela queda de uma senhora de idade que, percebendo o risco de continuar a caminhada, aguarda um cocheiro, o qual, todavia, lhe provoca uma queda, causando-lhe uma fratura na perna. Não há dúvida de que a senhora não teria sofrido o acidente se o proprietário do imóvel houvesse cumprido seu dever. O problema é que a lesão não se realizou do modo como previsto pela lei. O mesmo ocorre no *Kegeljungfall*: sem a infração da lei de proteção, o garoto não teria se machucado em razão do apressado lançamento da bola de boliche. A questão abordada por DEUTSCH sob a rubrica do "nexo de antijuridicidade" envolve situações em que há dúvida se o cumprimento do dever teria efetivamente evitado a lesão. Por exemplo: o condutor de um caminhão não guardou a distância mínima de 1,5 metros de um ciclista, o qual, contudo, estava embriagado, razão pela qual não era certo se a observância da norma teria impedido o acidente (*BGHSt 11, 1*).[122] Ou seja: o problema reside justamente em saber se a observância da norma teria evitado

---

[119] DEUTSCH, *Zurechnungszusammenhang* cit., pp. 81-82; *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 204. Para o texto em alemão cf. nota *supra*.
[120] *Verhalten* cit., p. 128 e segs., em especial p. 140. Concordando com MÜNZBERG cf. R. LANG, *Normzweck* cit., p. 42.
[121] Mencionado em nota no capítulo 1, item 2.2. *supra*.
[122] Segundo DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 201, nt. 342, a jurisprudência cível do Tribunal do *Reich* negava a exclusão da responsabilidade ainda que comprovada que a consequência lesiva possivelmente também teria se realizado na hipótese de observância da norma, mas a jurisprudência penal da referida corte

o resultado lesivo, sendo que, no caso concreto referido, é indubitável que o dano encontra-se abrangido pelos três componentes do escopo (ou "âmbito") de proteção da norma, em especial o modal: o dano realizou-se do modo que a observância da norma visava evitar.

Isso posto, é importante assinalar outra discussão terminológica envolvendo a expressão "nexo de antijuridicidade" (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*). Alguns autores, como MÜNZBERG, empregam-na indistintamente para designar o problema do "comportamento alternativo lícito" (*rechtmäßiges Alternativverhalten*).[123] Porém, DEUTSCH assevera que o "complexo total" do nexo de antijuridicidade é integrado tanto pelo "comportamento alternativo lícito" quanto pela figura da "elevação do risco" (*Gefahrerhöhung*). A primeira hipótese envolve uma possibilidade de escolha em favor do lesante, o qual alega que poderia ter provocado o dano licitamente, se houvesse, por exemplo, observado uma exigência legal de caráter meramente formal. Para DEUTSCH há aqui uma espécie "supressão" do princípio *neminem laedere*, pois o lesante demonstra que poderia ter legitimamente produzido o dano. Na "elevação do risco" (*Gefahrerhöhung*) o princípio *neminen laedere* ainda vige, pois inexiste qualquer legitimação para a lesão. Porém, o lesante assevera que a observância da norma teria sido inócua no caso concreto, pois não teria evitado o resultado lesivo.[124]

Verificam-se, portanto, no mínimo dois sentidos para a expressão "nexo de antijuridicidade". Um amplo, como sinônimo de escopo da norma (primeira acepção), e um sentido estrito, no qual se pode diferenciar dois aspectos: o "comportamento alternativo ilícito" e a não elevação do risco concretizado. Empregada na primeira acepção, a expressão "nexo de antijuridicidade" resolve (ou pelo menos evita) o problema, apresentado pela teoria de EHRENZWEIG, da relativização do conceito de antijuridicidade. Para a perspectiva predominante no direito alemão, não se trata de relativizar a própria antijuridicidade, mas de

---

firmou-se no sentido de que o vínculo entre a contrariedade à norma e o dano pode ser afastado quando houver uma probabilidade próxima à certeza (*an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit*) de que o resultado também teria ocorrido sem a realização da conduta contrária ao direito. Esse princípio foi complementado com a regra segundo a qual a violação de uma norma de conduta configura indício quanto à própria previsibilidade do resultado. Por sua vez, o BGH destacou não bastar para a exclusão da responsabilização a mera possibilidade hipotética de não realização de determinado dano no caso de observância da norma; somente há inversão do ônus da prova em favor do agente quando a dúvida quanto nexo de antijuridicidade condensar-se num grau suficientemente considerável para uma apreciação razoável e realista (*"zu einem für eine vernünftige lebensnahe Betrachtung beachtlichen Grad verdichtet haben"* - BGHSt 11, 1).

[123] Cf. MÜNZBERG, *Verhalten* cit., p. 128 e segs., o qual cita o caso *BGHSt 11, 1* como exemplo para o comportamento alternativo ilícito (*ibidem*, p. 129, nt. 260). Sobre o tema cf. HERMANN LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., p. 100; SOURLAS, *Adãquanztheorie* cit., p. 36, nt. 7.

[124] DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 213; idem, *Gefahr* cit., pp. 903-904.

aferir a relevância concreta da conduta do ponto de vista delitual: para afirmar o dever de reparar o dano não basta a mera verificação da antijuridicidade da conduta, sendo, além disso, necessário analisar se a lesão do bem jurídico diz respeito às pessoas e aos bens jurídicos protegidos pela norma jurídica infringida, bem como se expressa a periculosidade específica contra a qual essa mesma norma foi promulgada.[125]

Ainda assim, a variedade de sentidos atribuídos à expressão "nexo de antijuridicidade" e o problema da aplicabilidade da teoria à responsabilidade pelo risco reforçam a conveniência de não a empregar para designar a teoria do escopo da norma. Além disso, R. LANG, o qual também sustenta a diversidade de natureza dos problemas do "nexo de antijuridicidade" e do escopo da norma, ressalta que na primeira hipótese a questão gira em torno do aspecto probatório, enquanto a investigação do escopo da norma representa "uma questão de apreciação jurisdicional".[126] Portanto, "nexo de antijuridicidade" e "escopo da norma" são expressões que em rigor designam problemáticas distintas.

4. A generalização do critério do escopo de proteção no direito alemão

Como já assinalado, os princípios desenvolvidos pela jurisprudência alemã na aplicação da responsabilidade prevista no § 823 II do BGB não eram reconhecidos às demais hipóteses de responsabilidade. A limitação da responsabilidade ao escopo de proteção da "lei de proteção" não repousava num princípio genérico, consistindo, segundo HEINRICH LANGE, apenas na expressão de uma particularidade do citado dispositivo.[127] Alguns autores apontavam a existência de antigos julgados relativos à violação de direito absoluto nos quais as cortes, negando a existência de causa adequada, valeram-se de ponderações próprias da teoria do escopo da norma,[128] mas foi somente da década de 1950 que a ideia realizou sua "marcha triunfal" na doutrina e na jurisprudência alemãs. O ponto de partida dessa evolução é a obra de RABEL, jurista de origem austríaca que, valendo-se das discussões iniciadas em sua pátria no início do século XX e orientando-se principalmente no direito anglo-americano

[125] Cf. HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 43; RABEL, *Das Recht* cit., p. 946; SOURLAS, *Adäquanztheorie* cit., p. 40, dentre outros.
[126] R. LANG, *Normzweck* cit., p. 42: *"eine Fraque richterlicher Würdigung"*.
[127] HEINRICH LANGE, *Herrschaft* cit., p. 127.
[128] Nesse sentido cf. HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., pp. 40-41, citando especialmente o caso *Silberfuchs*, julgado pelo Tribunal do *Reich* (RGZ 158, 34).

no que diz respeito à responsabilidade contratual,[129] estabeleceu na Alemanha o fundamento da teoria do escopo da norma.

4.1. Rabel e "teoria da distribuição do dano segundo o critério do escopo do crédito"

Em 1936 RABEL empreendeu profunda análise do contrato de compra e venda mercantil, buscando soluções uniformes para um regramento no âmbito internacional.[130] Um dos parágrafos do primeiro volume da obra "O direito da compra e venda de mercadorias" (*Das Recht des Warenkaufs*) foi dedicado ao dever de indenizar, ponto no qual RABEL fez a seguinte constatação: *"[a] normal indenização do comércio é atualmente abstratamente avaliada [...]"*.[131]

Esse modo de aferição do dano independe das relações individuais do credor e, nessa medida, contrapõe-se à noção de "interesse", formalmente sintetizada na teoria da diferença.[132] Com efeito, a indenização abstratamente avaliada orienta-se ao valor de mercado e realiza-se mediante cotação do valor vigente no correspondente ramo comercial ou através da celebração, pelo credor, de um "negócio de cobertura" (*Deckungskauf*), ou seja, mediante aquisição no mercado de mercadoria da mesma espécie e qualidade da devida, exigindo-se do vendedor inadimplente o valor correspondente à diferença entre o preço avençado no contrato descumprido e pago no negócio celebrado com terceiro.

Ao menos em princípio, essas situações não conduzem ao problema da limitação do dano indenizável na medida em que este já se encontra delineado pelo critério objetivo do mercado. Segundo RABEL, mesmo, porém, nos sistemas que se fiam na ideia de reparação do dano abstrato (*"abstrakter Schaden"*), como o anglo-saxão, não fica excluída a possibilidade de indenização do dano concreto. Por exemplo: o lucro que o comprador obteria com o posterior uso ou a subsequente venda da coisa; o valor pago a título de pena a terceiro para o qual prometera a venda do bem *etc.*[133] Nessas situações, as relações

---

[129] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 14, o qual aponta o direito civil austríaco e o anglo-americano como as duas grandes influências externas na elaboração da teoria do escopo da norma.
[130] Daí a importância da obra de RABEL para a Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (CISG), de 11 de abril de 1980.
[131] RABEL, *Das Recht* cit., p. 452: *"[d]er normale Schadenersatz des Handels ist heute der abstrakt berechnete [...]"*.
[132] Cf. capítulo 1 *supra*.
[133] Em sentido contrário a alguns comentadores da época, RABEL, *Das Recht* cit., pp. 473-474, sustentou, relativamente ao direito alemão, que o § 376 do Código Comercial de 10 de maio 1897 (HGB), que trata do

individuais do credor são levadas em conta. Aí surge a questão da razoável limitação do dano indenizável.

É nesse contexto que RABEL formula o que pode ser considerada a tese originária da teoria do escopo da norma no direito alemão. Ele pauta sua proposta teórica no desenvolvimento do direito anglo-americano no âmbito da responsabilidade contratual,[134]

"negócio concluído para data fixa" (*"Fixgeschäft"*), não exclui a avaliação concreta (*"konkrete Berechnung"*). Contudo, o autor ressalvou a existência, no uso comercial e na regulamentação de determinados setores, de limitação da indenização ao dano abstrato, permitindo-se algumas vezes o acréscimo de um valor percentual para a satisfação de outros danos. Dentre outros, RABEL refere: o § 51 do *Wiener Produktenbörse*, o § 9 do *Rigaer Börsenusancen für Exportwaren*, o § 22 do *Zürcher Handelsbräuche* e o *Donaukontrakt im Getreideverkehr*, os quais, além de estabelecerem o preço da coisa como indenização mínima, concedem indenização relativa aos prejuízos resultantes da não utilização do bem e do lucro que seria obtido com sua revenda. Alguns "formulários" (*"Formulare"*) estabelecem, conduto, prazo para o comprador comunicar sua intenção de obter indenização por determinados danos.

Sobre o conceito de *Fixgeschäft* cf. HOPT, MERKT e ROTH, *Handelsgesetzbuch*, Munique, C. H. Beck, 2012, pp. 1357-1358 (= § 376). Os autores distinguem o "negócio concluído para data fixa" relativo (*relativ*) do absoluto (*absolut*). O primeiro, considerado como "próprio", configura-se quando a prestação deve ser realizada no tempo fixado pela convenção das partes, sendo que, descumprida a avença, cabe ao credor resolver o contrato ou, se assim o preferir, exigir o seu cumprimento. A permanência ou o decaimento (*"Stehen und Fallen"*) do contrato como um todo depende do atendimento do prazo temporal estipulado para o adimplemento. A hipótese também é regulada no § 323 II n. 2 do BGB, cuja principal diferença em relação à norma do HGB consiste na desnecessidade de imediata comunicação pelo comprador ao vendedor da intenção de exigir a realização da prestação mesmo após o decurso do prazo estabelecido pelas partes (cf. KOCH, in OETKER (ed.), *Kommentar zum Handelsgesetzbuh (HGB)*, 3 ed. Munique, C. H. Beck, 2013, § 376, pp. 1704-1705). O *"Fixgeschäft"* absoluto não é tratado no HGB nem no BGB. Segundo HOPT, MERKT e ROTH, *ibidem*, "a observância do tempo da prestação é aqui importante para o credor na medida em que uma prestação tardia não pode mais representar seu cumprimento" (*"Die Einhaltung der Leistungszeit ist hier für den Gläubiger derart wesentlich, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellen kann"*). Como exemplo, citam uma viagem que se tornou inexecutável, a encomenda de convites para um evento com data marcada *etc.* Sobre a forma do cálculo da indenização na hipótese de inadimplemento de uma "autêntica" venda concluída para data fixa, os atuais comentaristas do HBG apontam a possibilidade de o comprador exigir, além do dano abstrato, o concreto, existindo, porém, regras específicas para mercadorias com preço estabelecido em bolsa ou mercado (*"Waren mit Börsen- oder Marktpreis"*). Cita-se como exemplo a situação em que o comprador, em razão da urgência quanto ao recebimento da mercadoria, celebra um "negócio de cobertura" (*Deckungskauf*) com outro fornecedor. Em princípio, ele faz jus ao recebimento da quantia desembolsada a mais. Cf. KOCH, in OETKER (ed.), *Kommentar* cit., pp. 1713-1714; HOPT, MERKT e ROTH, *Handelsgesetzbuch* cit., § 376, p. 1361.

[134] Desconsiderando outros esforços infrutíferos (*e.g.* a limitação pelo duplo), RABEL, *Das Recht* cit., p. 491 e segs., aponta quatro sistemas para a limitação do dano concreto indenizável: *a)* a distinção entre dano direto e indireto (diretos de origem romana e direito anglo-saxão); *b)* a previsibilidade (em ambos os sistemas, ainda que, nos direitos de origem romana, somente para o caso de culpa); c) a fixação da indenização segundo a gravidade da culpa (Áustria e Suíça); d) e o princípio da adequação (Alemanha e Suíça). O objetivo do autor é estabelecer um critério uniforme para a compra e venda internacional. Para isso, descarta a distinção entre dano direto e indireto, por considerá-la ultrapassada, ambígua e inútil, o que vale tanto para os ordenamentos de origem romana quanto para os da *common law*. RABEL também não acolhe o critério do grau da culpa. Ele lhe reconhece valor em algumas hipóteses. Porém, entende não possuir interesse prático no direito da compra e venda internacional. Dessa forma, concentra-se nas diversas teorias que, de uma forma ou de outra, orientam-se pelo critério da previsibilidade do dano indenizável, no que inclui a teoria da causalidade adequada.

Sobre esse aspecto, afirma RABEL, *ibidem*, p. 492, possuírem as perspectivas anglo-americana, francesa e germânica alguns pontos em comum. As três reconhecem ser impraticável a responsabilização, como regra geral, de todas as consequências do fato lesivo e daquelas consideradas exorbitantes. Por outro lado, têm como certo serem sempre indenizáveis os danos com cuja realização um *ordinary reasonable man* deve contar como resultado do inadimplemento contratual. De modo geral, a perspectiva alemã centra-se, todavia, numa

para o qual somente devem ser indenizados os prejuízos que, no momento da celebração do contrato, estivessem *"within the contemplation of the parties"*.[135] O jurista volta-se especialmente contra o desenvolvimento da matéria no direito alemão,[136] acusando a teoria da causalidade adequada de inócua, pois sua aplicação é insegura e raramente conduz à negação da responsabilidade. Segundo o autor, ela *"não possui qualquer relação com o alcance da obrigação concreta e, portanto, nenhum critério apto para, em consideração aos novos acontecimentos ocorridos após o fato, distinguir as causas imputáveis ao agente"*.[137] Por outro lado, os direitos norte-americano e inglês destacam o critério da *contemplation*, ou seja, o que um homem razoável teria previsto (*contemplate*) como provável consequência do inadimplemento contratual. Dentre outros exemplos RABEL cita a seção 320 do *Restatement of the Law of Contracts*, de 1932:

> *"In awarding damages compensation is given for only those injuries that the defendant had reason to foresee as a probable result of his breach, when the contract is made. If the injury is one that follows the breach in the usual course of events, there is sufficient reason for the defendant to foresee it; otherwise, it must be shown specifically that the defendant had reason to know the facts and to foresee the injury"*.[138]

Segundo o jurista, o critério desenvolvido a partir do caso *Hadley v. Baxendale*[139] e expresso na *contemplation of the parties* facilita, comparativamente às teorias então

---

concepção generalizante de causalidade, o que, na prática, acabou conduzindo-a à noção de previsibilidade do dano, mas orientada pelo momento do descumprimento da obrigação. A anglo-americana, por sua vez, pauta a previsibilidade no instante da celebração do contrato. Já a francesa possui um pouco de cada ponto de vista, uma vez que, para ela, o fundamento da previsibilidade não é totalmente claro (vontade pressuposta das partes ou critério de equidade). Cf. RABEL, *Das Recht* cit., p. 480, com referência a DOMAT (*"le dommage qui est la suite normale de l'inexécution"*), e p. 485 e segs.

[135] Cf. T. RAISER. *Haftungsbegrenzung* cit, p. 16.

[136] Em sentido contrário a RABEL, RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 46 e segs., sustenta não haver diferença substancial entre a solução anglo-americana e a germânica. O ponto fundamental de divergência consiste, segundo este autor, no fato de a jurisprudência alemã somente excluir a responsabilidade quando comprovado se tratar de consequência totalmente improvável, enquanto a práxis anglo-germânica parte da perspectiva positiva, exigindo se trate, para a responsabilização, de consequência provável ou normal.

[137] RABEL, *Das Recht* cit., p. 489: *"hat keinen Bezug auf die Tragweite der konkreten Obligation und sie hat daher auch keinen tauglichen Maßstab, um unter den neuen Ereignissen, die zur Tat hinzutreten, die dem Täter mit zuzurechnenden Ursachen zu unterscheiden"*.

[138] Sobre a previsibilidade no direito anglo-saxão cf. RABEL, *Das Recht* cit., p. 483 e segs.

[139] 9 Exch 341 (1854). O caso foi decidido em 1854 na Inglaterra. A cambota de uma serralheria foi quebrada e utilizada como modelo para a fabricação de uma nova. Durante o período de fabricação, a serralheria não pôde funcionar. Contudo, o transportador da nova peça atrasou sua entrega, prolongando o período de inatividade da empresa, que exigiu indenização por esse prejuízo. A corte negou a pretensão indenizatória, estabelecendo que nas relações contratuais somente se deve indenizar aqueles danos que podiam ser

dominantes na Europa continental, a compreensão do fundamento da delimitação do dano indenizável. A previsibilidade do dano não decorre exatamente de uma antecipação pelas partes de eventual futura violação do crédito ou de um acordo tácito de reparação de suas consequências.[140] Em verdade, trata-se de uma questão de interpretação, conforme observação dos redatores do *Restatemente of the Law of Contracts* de 1932. Para RABEL, a solução para a limitação do dano concreto indenizável constrói-se, destarte, a partir do conteúdo do contrato, compreendido este no contexto das circunstâncias de sua conclusão e sobre o pano de fundo do ordenamento jurídico, no que se incluem a boa-fé (*gute Treue*) e os usos do comércio. O sentido e o escopo negocial "dominam" todo o regramento do inadimplemento contratual. Sua influência não se limita à definição das hipóteses em que o devedor responde; alcança, outrossim, o problema relativo à "medida" dessa responsabilização.[141]

RABEL refere formulações de autores e julgados anglo-americanos indicativos de serem indenizáveis, na responsabilidade contratual, tanto o dano "normal", "geral" ou "ordinário", quanto o "especial", ou seja, aquele que, segundo as circunstâncias negociais peculiares ao caso e conhecidas das partes na conclusão da avença, decorrem naturalmente do inadimplemento da obrigação. Em sentido semelhante ao proposto por GREEN quanto ao direito norte-americano,[142] o jurista vienense avança, então, para a seguinte tese:

> *"O contrato declara os deveres, ele indica quais interesses do credor devem ser satisfeitos e desta forma esclarece quais consequências do inadimplemento no patrimônio do credor incumbem ao devedor reparar. O devedor que violou o direito do credor não responde a ele simplesmente por toda consequência imaginável de sua ação contrária ao contrato, mas apenas por*

---

visualizados pelas partes no momento da contratação. Sobre a decisão cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 37 e segs.

[140] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., pp. 43-44, ao analisar a tese de RABEL, com o qual concorda, observa que este autor não defende a previsibilidade subjetiva do dano pelas partes contraentes como critério de limitação da responsabilidade. De fato, ao concluirem o contrato elas geralmente cogitam apenas em seu cumprimento, não em seu inadimplemento. O decisivo, portanto, é o juízo de um "observador ideal" (*objektiver Beobachter*), ou seja: o que um ser humano razoável teria reconhecido como possível consequência do inadimplemento contratual se ele o houvesse levado em consideração no momento da conclusão do negócio. Sobre esse aspecto cf. críticas de RAISER *infra*.

[141] *Das Recht* cit., p. 495.

[142] Cf. LEON GREEN, *Rationale of proximate cause*, Kansas, Vernon Law Book, 1927.

aquelas perdas que atingem os interesse do credor protegidos pelo contrato".[143]

A ideia aproxima-se da de distribuição de riscos no contrato. Na medida em que o devedor não conhece as relações particulares do devedor, incumbe-lhe arcar somente com os riscos geralmente relacionados com a espécie contratual celebrada. Todavia, seu âmbito de responsabilidade pode ser estendido, desde que a contraparte leve a seu conhecimento circunstâncias particulares indicativas da possibilidade de realização de outras consequências lesivas que não apenas aquelas ordinariamente decorrentes do inadimplemento da obrigação. Como contrapartida, o vendedor pode decidir pela elevação do preço.[144]

Embora abordando o tema sob o ponto de vista da responsabilidade no contrato de compra e venda, RABEL sustenta a generalização do princípio por ele propugnado, de forma a abranger mandamentos e proibições legais: todo dever serve a determinados interesses e apenas os danos provocados a esses interesses tutelados são imputáveis ao devedor.[145] A "teoria da distribuição do dano segundo o critério do escopo do crédito" (*Theorie der Schadensverteilung nach Maßgabe des Vetragsrechts*) resulta de necessidades genéricas do direito das obrigações, sendo a responsabilidade delitual seu terreno mais fértil.[146] Como já observado, RABEL aponta como domínio seguro da teoria do escopo da norma a responsabilidade do § 823 II do BGB, fundada na infração de "lei de proteção".[147] No entanto, não restringe sua importância a este âmbito, referindo exemplos que comprovam sua relevância também para regimes de reponsabilidade nos quais se acentua o objeto tutelado, como o § 823 I do BGB e a cláusula geral de responsabilidade do direito francês e do austríaco.[148]

A teoria apresentada por RABEL aproxima-se daquela anteriormente defendida por EHRENZWEIG para o direito austríaco. Contudo, RABEL diverge, em parte, do entendimento

---

[143] *Das Recht* cit., p. 496: *"[d]er Vertrag gibt die Pflichten an, er zeigt, welche Interessen des Gläubigers befriedigt werden sollen und verdeutlicht dadurch, welche Folgen der Nichterfüllung im Vermögen des Gläubigers der Schuldner gutzumachen hat. Der Schuldner, der das Recht des Gläubigers verletzt hat, haftet ihm nicht für alle denkbare Folgen seines vertragswidrigen Tuns schlechthin, sondern nur für die Einbußen, die den durch den Vertrag geschützten Interessen des Gläubigers zustoßen".*
[144] *Ibidem*, pp. 496-497.
[145] *Ibidem*, p. 497.
[146] *Ibidem*, p. 502.
[147] *Ibidem*, p. 502.
[148] *Ibidem*, p. 505.

desse autor, o qual considera a antijuridicidade um conceito relativo. Para o primeiro, a contradição de uma conduta ao ordenamento jurídico é absoluta; o que a teoria do escopo da norma faz é limitar a norma, não a antijuridicidade.[149] Esse é um aspecto fundamental da obra de RABEL e que justifica seu lugar de destaque no desenvolvimento da teoria do escopo da norma.

4.2. Von Caemmerer e a "marcha triunfal" da teoria do escopo da norma no direito alemão

Embora tenha sido RABEL o primeiro jurista alemão a formular a teoria do escopo da norma, em sua época a teoria da causalidade adequada ainda dispunha de grande prestígio na doutrina e na jurisprudência. Foi somente na década de 1950, quando então a fórmula da adequação já não era vista como segura,[150] que a ideia proposta por RABEL difundiu-se e passou a ser aceita na doutrina e na práxis germânica.[151] ERNST VON CAEMMERER foi o principal responsável por este desenvolvimento, que se deu sobretudo na responsabilidade delitual, campo de predileção para os debates doutrinários e que se mostrou fértil em decisões judiciais.

4.2.1. O discurso de von Caemmerer

Em 12 de maio de 1956, ou seja, cerca de 20 anos após a publicação da obra de direito comparado de RABEL sobre a compra e venda mercantil, VON CAEMMERER proferiu discurso por ocasião de sua posse como *Rektor* da Universidade de Friburgo, no qual retomou as provocações do jurista vienense. Em seu texto, publicado com o título de *"Das Problem des Kausalzusammenhang im Privatrecht"*, ou seja, "o problema do nexo causal no direito privado", VON CAEMMERER qualificou a tese de RABEL como um "poderoso novo impulso"

---

[149] *Ibidem*, p. 496.

[150] Cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie* cit., p. 25, referindo-se à década de 1950 como um período de crescente insegurança.

[151] Como já referido *supra*, nos anos quarenta a *Akademie für deutsches Recht* (Academia para o Direito Alemão) apresentou anteprojeto de reforma do direito de danos (*Entwurf einer Deutschen Schadensordnung*) no qual propunha a adoção de solução semelhante à teoria do escopo da norma. De acordo com sua oitava diretiva, *"deve ser reparado o dano cuja realização o escopo da norma vise prevenir. Decisivo é o escopo da proibição (no caso de contratos, o escopo contratual). […]"* (*"[…] Es soll der Schaden ersetzt werden, dessen Eintritt die Schutznorm hintanzuhalten bezweckt. Entscheidend ist der Zweck des Verbots (bei Verträgen der Vertragszweck). […]"*). Entretanto, a tentativa de reforma não foi bem sucedida. Sobre o tema cf. RAISER, *Haftungbegrenzung* cit., p. 15; HERMANN LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., p. 103.

à questão, então ainda dominada pelo conceito de possibilidade objetiva ou de causalidade adequada, conforme teoria defendida por VON KRIES em 1888.[152]

Porém, do ponto de vista prático esse primeiro impulso não foi tão eficaz quanto o próprio discurso do professor de Friburgo. Foi somente a partir das provocações deste jurista que a teoria da causalidade adequada passou efetivamente a perder o domínio absoluto nos campos doutrinário e jurisprudencial tedescos.[153]

VON CAEMMERER salienta haver o legislador alemão rejeitado todos os diversos critérios limitativos existentes em outros ordenamentos, como o do dano direto, o do dano previsível, o da *proximate causation* e o do grau da culpa. A vitória do princípio da reparação integral na comissão do *Reichtstag* refletiu no § 249 do BGB, segundo o qual incumbe ao responsável *"estabelecer a situação que existiria se a circunstância da qual resulta o dever de indenizar não houvesse se realizado"*.[154] VON CAEMMERER observa, porém, que, mesmo assim, a doutrina e a jurisprudência se valeram, na aplicação do BGB, de critérios de delimitação da "causalidade jurídica". Dentre eles prevaleceu rapidamente o da causalidade adequada.

As críticas de VON CAEMMERER não se dirigem exatamente à teoria de VON KRIES, formulada para o problema específico dos delitos penais qualificados pelo resultado, mas a seus seguidores. Segundo o jurista de Friburgo, eles generalizaram o pensamento de VON KRIES, transformando suas ideias numa teoria geral da causalidade jurídica.[155] VON CAEMMERER assinala que naquela época o Tribunal do *Reich* havia publicado em seu repositório cerca de meia centena de decisões sobre a causalidade adequada, mas apenas em quatro delas esta foi afastada.[156] Da mesma forma que RABEL, VON CAEMMERER explica a inocuidade da fórmula pela ausência de qualquer relação com o fundamento concreto da responsabilidade, quando, em verdade, não se trata de questões de causalidade, mas do "escopo de proteção e do âmbito de proteção da norma que fundamenta a responsabilidade" (*Schutzzweck und Schutzumfang der die Schadenshaftung begründender Norm*). Impende

---

[152] VON CAEMMERER, *Das Problem* cit., p. 5.
[153] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* p. 16.
[154] *"Den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtetende Umstande nicht eingetreten wäre"*.
[155] VON CAEMMERER, *Das Problem* cit., p. 11.
[156] Discordando da inferência do autor no sentido de a teoria da causalidade adequada não ser suficientemente seletiva cf. LARENZ, *Schudrecht I* cit., p. 438, nt. 42.

investigar a *ratio* do que o citado jurista denomina *"schadenüberwälzende Norm"*, ou seja, a norma que estabelece a "transferência" do dano para o responsável. Isto vale tanto para o "se" (*ob*) da responsabilidade, ou seja, sua fundamentação, quanto para a sua medida ou extensão.[157]

VON CAEMMERER recorre a diversos exemplos práticos, alguns já referidos e outros a serem mencionados neste trabalho. Assevera, inclusive, a utilidade do critério do escopo da norma para regimes delituais de cláusula geral de responsabilidade, criticando a práxis francesa por se valer da noção de *dommage certain* (dano certo) para negar responsabilidade em casos em que terceiro requer indenização pelas consequências lesivas indiretamente sofridas pela morte da vítima.[158] Cuida-se, segundo o autor alemão, de critério normativo. Este é um aspecto importante do ponto de vista defendido pelo jurista: o denominado "problema da causalidade" resolve-se, em verdade, com base em critérios normativos e não propriamente de causalidade. Outros dois pontos de sua tese são a insistência no critério do escopo da norma e o reconhecimento da importância da casuística para a solução do "problema da causalidade", para o que concorrem questões de razoabilidade e de equidade (*Zumutbarkeits- und Billikeitsfragen*), sem, contudo, que se recaia numa "justiça do cadis" (*Kadisjustiz*),[159] pois *"cada decisão singular contribui para refinar a demarcação"*.[160]

Nesse ponto, a proposta teórica de VON CAEMMERER afasta-se em algum grau da de RABEL. Este autor reconhece algum espaço a ponderações de equidade, conferindo ao juiz certa liberdade de apreciação na medida em que nem todo problema pode ser solucionado pela via da interpretação da norma violada. Todavia, mantém esta em princípio como ponto de referência de sua formulação. Por sua vez, VON CAEMMERER amplia claramente o sentido de escopo da norma, referindo-se de forma genérica ao "sentido e escopo da reparação do dano" (*Sinn und Zweck des Schadensersatz"*).[161] Em outra obra, afirma tratar-se de uma "questão de equidade" (*Frage der Billigkeit*).[162] Ao desvincular a análise do escopo de proteção da norma específica violada, o autor a transforma numa cláusula geral, por meio da

---

[157] VON CAEMMERER, *Das Problem* cit., pp. 12-15.
[158] O exemplo referido é o do alfaiate que ajuíza demanda em face do responsável pela morte de seu melhor cliente. Cf. VON CAEMMERER, *Das Problem* cit., p. 14.
[159] Com referência a WEBER.
[160] VON CAEMMERER, *Das Problem* cit., p. 19: *"[...] jede Einzelentscheidung [trägt] dazu [bei], die Abgrenzung zu verfeinern"*.
[161] VON CAEMMERER, *Das Problem* cit., p. 16.
[162] VON CAEMMERER, *Das Problem* cit., p. 19.

qual diversos critérios de ordem jurídico-política são utilizados para decidir sobre os limites da responsabilidade.[163]

4.2.2. O acolhimento da teoria do escopo da norma pelo BGH

Foi a partir de 1958 que a teoria do escopo da norma iniciou sua "marcha triunfal" (*Siegeszug*) na jurisprudência alemã.[164] Essa evolução foi antecedida pela já apontada tendência jurisprudencial de flexibilização da fórmula da causalidade adequada.[165] No entanto, uma efetiva ruptura com a antiga jurisprudência[166] somente ocorreu[167] com um julgado *BGHZ 27, 137*, de 22 de abril de 1958, no qual o BGH analisou um caso de "despesas de defesa" (*Verteidigungskosten*).[168]

O autor da demanda envolvera-se em acidente de trânsito com o cônjuge da requerida. Consequentemente, foram instaurados procedimentos penais contra ambos, mas o segundo faleceu em seguida por causa não relacionada ao acidente e sua ação penal foi extinta. Por sua vez, o autor da demanda cível foi condenado criminalmente em primeira instância. A decisão foi anulada em via recursal e, em novo julgamento, decidiu-se pela inocência do requerente por ausência de provas. Ele ajuizou, então, demanda em face do cônjuge supérstite, herdeiro do falecido, exigindo-lhe, dentre outras, as despesas incorridas em sua defesa no processo penal.[169] A corte de primeira instância reconheceu-lhe o direito à indenização de 4/5 das despesas. No entanto, a decisão foi reformada em segunda instância. Contra esse julgado o autor interpôs revisão, a qual foi rejeitada pelo BGH.

---

[163] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 16 e segs.
[164] A expressão é atribuída a DEUTSCH. Cf. R. LANG, *Normzweck* cit., p. 6.
[165] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* p. 10 e segs. Sobre a flexibilização cf. capítulo 2, item 4.2.2., *supra*.
[166] Nesse sentido, por todos, cf. R. LANG, *Normzweck* cit., p. 18.
[167] Incorreta, portanto, a referência ao caso BGHZ 3, 261 encontrada em PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA, *Responsabilidade por danos* cit., p. 95. Sobre o caso cf. capítulo 2, item 5.2.2. *supra*.
[168] Poucos meses antes o quarto Senado da corte havia decidido pela inviabilidade da limitação da responsabilidade com base no escopo de proteção da norma. Trata-se do caso BGHZ 26, 217. O autor requereu indenização em face de terceiro com o qual sua mulher havia infringido o dever conjugal de fidelidade, pleiteando a reparação das custas processuais incorridas em ação de negação de paternidade de criança gerada pelo réu. Sobre o escopo de proteção, asseverou o BGH naquela ocasião: *"com uma pretensão tão genérica como a de que 'a reparação do dano exigida insere-se no contexto do escopo de proteção das correspondentes normas de proteção' não é possível determinar com precisão a extensão do dever de reparar o dano"* (*"[m]it einer so allgemein Forderung wie der, daß 'der verlangte Schadensersatz sich im Rahmen des Schutzzweckes der jweiligen Schutznorm hält', läßt sich ein Umfang der Schadensersatzpflicht nicht eindeutig bestimmen"*).
[169] O problema prático desse caso resulta da ausência de previsão de reembolso pelo Estado das despesas incorridas pelo réu em sua defesa no caso de absolvição. Segundo DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 195, nt. 264, atualmente o § 267 I do Código de Processo Penal alemão (StPO) prevê a responsabilização do fisco pelas despesas com defesa na hipótese em tela. Dessa forma, a questão estaria, em princípio, superada no atual direito alemão.

Citando VON CAEMMERER e LARENZ, a corte federal alemã assinalou que a perspectiva até então prevalecente, pela qual o problema da delimitação da responsabilidade deve ser resolvido do ponto de vista da causalidade adequada, não é sempre apropriada para solucioná-lo de forma satisfatória. Novamente se apoiando em VON CAEMMERER, o tribunal decidiu também ser válida para a responsabilidade por violação de direito absoluto (§ 823 I do BGB) a regra, pacificamente aplicada pela jurisprudência à responsabilidade por infração de "lei de proteção" (§ 823 II do BGB), segundo a qual somente são indenizáveis as consequências lesivas que se insiram no "âmbito de proteção" (*Schutzbereich*) da norma violada:

> *"Também para pretensões indenizatórias decorrentes do § 823 I do BGB deve-se inicialmente investigar se a consequência do fato cuja reparação se requer insere-se no âbito de proteção da lei, em outras palavras: se o dano alegado decorre da violação de um bem jurídico para cuja proteção a lei foi promulgada".*[170]

Para o BGH se alguém sofrer lesão ou se seu automóvel for danificado em razão de um acidente como o ocorrido no caso em tela, incumbirá ao autor do ilícito reparar as despesas necessárias para o convalescimento daquele ou a reparação do veículo; o mesmo vale para a diminuição do rendimento profissional ou para os prejuízos decorrentes da impossibilidade temporária de uso do veículo. Em todos esses casos trata-se de consequências lesivas que, mesmo sendo patrimoniais, inserem-se no âmbito de proteção do § 823 I do BGB. O mesmo não ocorre com as despesas incorridas pelo autor da demanda para a sua defesa no processo penal instaurado em razão do acidente provocado pelo autor do ilícito, pois não houve a concretização do risco que a lei visa prevenir. A explicação do BGH é a seguinte:

> *"Essas despesas não possuem relação alguma com a violação do corpo e com a danificação da coisa sofrida pelo autor em razão do acidente, pois ela baseia-se em existir suspeita contra o autor de haver praticado uma conduta passível de punição e em o órgão competente pela persecução*

---

[170] *"Auch bei Schadensersatzansprüchen, die aus § 823 Abs. 1 BGB hergeleitet werden, ist zunächs zu prüfen, ob die Tatfolge, für die Ersatz begehrt wird, in den Schutzbereich des Gesetzes fällt, m.a.W.: ob der geltend gemachte Schaden aus der Verletzung eines Rechtsgutes entstanden ist, zu dessen Schutz das Gesetz erlassen worden ist".*

criminal haver decidido instaurar um procedimento penal contra o autor. Este risco de se envolver num processo penal encontra-se no contexto de um risco genérico que afeta todo cidadão. Ele é independente da violação do corpo ou da danificação da coisa sofrida pelos participantes do acidente, pois também existiria se o acidente não houvesse tido como consequência danos pessoais ou materiais, mesmo ainda se a maneira de conduzir imputada não houvesse produzido o acidente. O risco que recai sobre todos de ser envolvido num processo penal e desta forma precisar arcar com despesas com a defesa não integra o risco que a lei pretende afastar ao colocar no § 823 I do BGB a inviolabilidade da saúde e da propriedade sob sua proteção. […]".[171]

Independentemente de críticas à fundamentação[172] ou a eventual contradição com a própria jurisprudência da corte,[173] a decisão deixa claro o entendimento desta pela possibilidade de limitação da responsabilidade prevista no § 823 I do BGB com base no critério do escopo de proteção. De fato, o BGH afirma expressamente ser viável a exclusão da responsabilidade com base no escopo da norma, malgrado a adequação da relação de causa e efeito entre o evento e a consequência lesiva. Portanto, com o caso *BGHZ 27, 137* o escopo da norma passou a ser analisado como um critério adicional à causalidade adequada.[174]

---

[171] *"Diese Aufwendungen haben mit der Körperverletzung und der Sachbeschädigung, die der Kläger durch den Unfall erlitten hat, nichts zu tun, denn sie beruhen darauf, daß gegen den Kläger der Verdacht bestand, eine strafbare Handlung begangen zu haben, und daß die Strafverfolgungsbehörde sich deshalb entschlossen hat, ein Strafverfahren gegen den Kläger einzuleiten. Diese Gefahr, in ein Strafverfahren verwickelt zu werden, liegt im Rahmen eines allgemeinen Risikos, das jeden Staatsbürger trifft. Sie ist unabhängig von der Körperverletzung und der Sachbeschädigung, die ein Unfallbeteiligter erleidet, denn sie besteht auch dann, wenn ein Unfall keinen Personen- oder Sachschaden zur Folge hat, ja selbst dann, wenn die zur Last gelegte Fahrweise überhaupt nicht zu einem Unfall führt. Dieses jedermann treffende Risiko, in ein Strafverfahren verwickelt zu werden und deshalb Kosten für die Verteidigung aufbringen zu müssen, gehört nicht zu den Gefahren, die das Gesetz abwenden will, indem es in § 823 Abs. 1 BGB die Unversehrtheit der Gesundheit unde des Eigentums unter seinen Schutz stellt. […]".*

[172] Dentre outros, cf. LÜER, *Die Begrenzung* cit., pp. 46-47, defendendo não se tratar a violação do direito *conditio* das despesas processuais. Em sentido semelhante cf. PREUSCHE, *Unternehmensschutz und Haftungsbeschränkung im Deliktsrecht*, Berlim, Ducker & Humblot, 1974, p. 149. Contra esse argumento cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie* cit., pp. 37-38. Sobre o tema cf. *infra*.

[173] Cf. especialmente BGHZ 26, 69, referido em nota *supra*.

[174] Cf. R. LANG, *Normzweck* cit., p. 18-19.

Depois do referido julgado a jurisprudência alemã tornou-se receptiva à teoria do escopo da norma,[175] a qual passou a ser aplicada tanto para o fundamento quanto para a extensão da responsabilidade.[176] Segundo LANGE e SCHIEMANN, o número de decisões excluindo ou limitando a responsabilidade do autor do dano ou rejeitando a defesa da culpa concorrente com base no escopo da norma[177] é muito significante e supera o de decisões baseadas na teoria da causalidade adequada.[178] No entanto, as decisões variam muito quanto à norma de referência para a análise do escopo da norma. Além disso, não se definiu claramente a relação entre a teoria da causalidade adequada e a do escopo de proteção e encontram-se algumas decisões restringindo responsabilidade com base em outros critérios. R. LANG cita julgado no qual o BGH reconheceu expressamente a existências de casos *"nos quais impõe-se a exclusão da imputação, não obstante a existência em si de um nexo de causalidade e também do escopo de proteção da norma que fundamenta a responsabilidade não resultar nenhuma limitação"*.[179]

---

[175] Cf., dentre outros, BGHZ 29, 65; 30, 154; 32, 194; 37, 311; BGH JZ 1964, 178, com comentários de *W. Lorenz*; BGHZ 41, 123; BGH NJW 1963, 1671; BGH NJW 1968, 2287 (= JZ 69, 702); BGH NJW 1971, 459. Sobre o desenvolvimento da jurisprudência cf. VON CAEMMERER, *Die Bedeutung* cit., p. 353 e segs; PREUSCHE, *Unternehmensschutz* cit., p.149 e segs.; LÜER, *Die Begrenzung*,cit., p. 53 e segs.; SOURLAS, *Adäquanztheorie* cit., p. 38 e segs. Para mais referências de julgados cf. STEFFEN, in *RGRK* § 823, com. 90.

[176] Cf. R. LANG. *Normzweck*, cit., p. 27 e segs. Relativamente à "causalidade que fundamenta a responsabilidade" (*haftungsbegründende Kausalität*) o autor refere o julgado BGH JZ 1964, 178, com comentários de *W. Lorenz*. Todavia, a leitura do julgado indica tratar-se, em verdade, de caso de investigação do escopo de "lei de proteção". Cuidava-se de um veículo automotor em alta velocidade que perdeu o controle, provocando a morte de dois pedestres, ao ser surpreendido por um ciclista que, seguindo na ciclovia no mesmo sentido, cruzou sua frente para adentrar na rua lateral sem, antes disso, prestar atenção no tráfego. A questão versava sobre a responsabilidade do segundo, havendo o BGH reconhecido a existência de relação causal adequada entre a conduta do ciclista e as consequências lesivas. Quanto ao escopo de proteção da norma violada, afirmou a corte que *"se a ordenação sobre a circulação (StVO) proíbe um ciclista que se encontra logo à frente de um veículo trafegando no mesmo sentido de travessar a faixa de rodagem de uma rua para entrar numa rua lateral, essa proibição não visa apenas à proteção do tráfego realizado no sentido direto, mas também evitar que se repercurta em situações de perigo prejudiciais a outras pessoas próximas normalmente ocorridas quando da infração da norma – como através uma frenagem abrupta ou através uma mudança abrupta de sentido"* (*"[...] wenn es die StVO einem Radfahrer verbietet, die Fahrbahn einer Straße dicht vor einem geradeausfahrenden Fahrzeug zu überqueren, um in eine Seitenstraße einzufahren, so soll durch dieses Verbot nicht nur der laufende Geradeausverkehr geschützt werden, sondern es sol auch verhindert werden, daß sich die bei Übertretung der Norm regelmäßig eintretende Gefahrsituation – etwa durch plötzliches Abbremsen oder durch plötzliche Richtungsänderung – zum Nachteil anderer Verkehrsteilnehmenr auswirkt"*). Sobre a perspectiva de análise do caso do ponto de vista da responsabilidade do § 823 I do BGB cf. os comentários de LORENZ in *JZ* (1964), p. 179.

[177] Cf. referência em item 6.1. *infra*.

[178] *Schadensersatz*, cit., p. 103-104.

[179] BGH VersR 1971, 962: *"in denen der Ausschluß der Zurechnung geboten ist, obgleich an sich ein Ursachenzusammenhang besteht und auch der Schutzzweck der die haftungbegründenden Norm keinen Anhalt für eine Begrezung hergibt"*. Julgado citado por R. LANG. *Normzweck*, cit., p. 29.

4.2.3. O parecer de Hermann Lange para o 43º *Deutscher Juristentag*

Em 1960 realizou-se em Munique o 43º encontro da Associação dos Jurista Alemães, o *Deutscher Juristentag*. Um dos temas de discussão era o problema da limitação da responsabilidade. Os participantes debateram duas questões: "é aconselhável limitar a responsabilidade por dano provocado culposamente?"; "a extensão do dever de reparar o dano pode ser determinada com base no grau de culpa e no alcance da norma violada?". HERMANN LANGE foi o jurista incumbido de redigir o parecer (*Gutachten*) relativo às perguntas. Quanto à segunda delas, tomou firme posicionamento em favor dos critérios do grau de culpa e do escopo da norma violada, aderindo, quanto a este aspecto, à corrente doutrinária inaugurada por RABEL e VON CAEMMERER.[180]

HERMANN LANGE é um dos principais defensores da generalização do critério do escopo da norma no direito alemão, merecendo destaque nas obras dedicadas ao assunto não apenas pela apresentação sistemática dos aspectos pessoal, material e modal do escopo das "leis de proteção" do § 823 II do BGB, como também pela clara identificação e abordagem de dois pressupostos para um consciente posicionamento sobre a matéria. Primeiramente, o autor destacou a imprescindibilidade de se avaliar a função e o valor da teoria da causalidade adequada na limitação da responsabilidade civil. Filiando-se à tese de RABEL e VON CAEMMERER, pugnou pela exclusividade do critério do escopo da norma, negando a possibilidade de paralela ou complementar aplicação da formula da adequação.[181] Esta carece de qualquer eficácia prática, pois uniformiza todos os deveres de reparar o dano numa "discutível abstração".[182] Tal separação entre fundamentação e extensão da responsabilidade, pressuposta num critério de natureza predominantemente lógico-conceitual, conduz à segunda indagação, relativa à comparação entre a responsabilidade por infração de "lei de proteção" (§ 823 II do BGB) com as demais hipóteses de responsabilidade delitual previstas

---

[180] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 43, cita ESSER como adepto da corrente. A obra referida é a segunda edição de seu *Schuldrecht*, publicada no mesmo ano do parecer apresentado por HERMANN LANGE. ESSER acolheu a teoria do nexo de antijuridicidade (*Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang*). Todavia, essa terminologia é criticada por HERMANN LANGE, pois também é possível a análise do escopo da norma na responsabilidade pelo risco, que não pressupõe a antijuridicidade da conduta. Sobre a distinção entre o escopo da norma e o nexo de antijuridicidade cf. item 3.3. *supra*.

[181] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., pp. 58-59.

[182] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 44. Sobre as críticas à teoria da causalidade adequada cf. capítulo 2, *supra*.

no BGB (§§ 823 I, 824 e 826) e as responsabilidades por risco e por violação de dever contratual:

> *"Entre as leis de proteção transportadas para o direito das perdas e danos através do § 823 II e as demais normas de responsabilidade há diferenças fundamentais a serem reconhecidas que excluam a aplicação dos critérios limitativos desenvolvidos para a violação de leis de proteção?"*.[183]

Para HERMANN LANGE a suposta diferença somente poderia residir na circunstância de os dispositivos relativos a essas espécies de responsabilidade não visarem a escopos de proteção específicos, garantido ao titular da pretensão reparatória uma de antemão incognoscível proteção geral contra todas consequências da intervenção. No entanto – segue o autor –, tal distinção entre as "leis de proteção" e as demais normas de reponsabilidade não existe:

> *"As 'grandes' normas de responsabilidade são historicamente, mas também funcionalmente consideradas leis de proteção reunidas que combinam os âmbitos de proteção de inúmeras normas individuais, as quais foram erigidas em conformidade com seu sentido geral numa unidade elevada, mas não numa totalidade diversa de sua essência original"*.[184]

Nesse caso, não basta a determinação abstrata do escopo da norma (ou do contrato como um todo), devendo-se investigar o escopo do dever específico subjacente à norma (ou ao contrato) violada pelo lesante. Nesse contexto, a teoria do escopo da norma não oferece uma "fórmula mágica" (*Zauberformel*), mas apenas um "programa de trabalho"

---

[183] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 44: *"[s]ind zwischen den durch § 823 II in das Schadensersatzrecht transformierten Schutzgesetzen und den sonstigen Haftungsnormen grundlegende Unterschiede zu erkennen, die die Anwendung der bei der Verletzung von Schutzgesetzen ausgearbeiteten Begrenzungskriterien ausschließen?"*.

[184] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 45: *"[d]ie 'großen' Haftungsnormen sind geschichtlich, aber auch funktionell betrachtet, zusammengesetzte Schutzgesetze, die die Schutzbereiche zahlreicher Einzelnormen zusammenlegen, sie in einer ihrem Gesamtsinn entsprechenden höheren Einheit, aber nicht in einer ihrem ursprünglichen Wesen fremden Totalität aufgehoben haben"*.

Para comprovar sua afirmação, o autor cita os casos – por ele considerados frequente – em que uma única e mesma conduta viola simultaneamente uma "lei de proteção" e um bem jurídico protegido pelo § 823 I do BGB, mas cujo desvalor não extrapole os limites do primeiro fundamento.

(*Arbeitsprogramm*). Para HERMMAN LANGE, *"consequências lesivas que não integram o âmbito de proteção do dever violado não devem ser consideradas"*.[185]

O autor fundamenta sua tese investigando a relevância prática do critério para a responsabilidade contratual, a delitual, a pelo risco e, por fim, para algumas questões relativas à avaliação e à estimação do dano indenizável.[186] A exposição da casuística pelo autor serviu como referência para críticas formuladas à teoria em textos publicadas ao longo da década de 1960.

5. Críticas e contribuições à teoria do escopo da norma

A "marcha triunfal" (*Siegeszug*) da teoria do escopo da norma foi considerada "surpreendente" (*erstaunlich*), pois até então seus pontos de referência, sua localização dogmática e sua relação com outros critérios de limitação da responsabilidade ainda não haviam sido devidamente esclarecidos.[187] Além disso, seu fundamento metodológico seria o tradicional "postulado da interpretação teleológica"[188]. E, por fim, reinavam dúvidas e confusão em relação à própria terminologia.

Contudo, muitos de seus principais críticos não a rejeitaram, procurando, em verdade, corrigir suas falhas e imprecisões. Dentre os primeiros trabalhos nesse sentido destacam-se os de J. G. WOLF e de THOMAS RAISER, ambos publicados em 1962: o primeiro voltado à responsabilidade delitual (item 5.2. *infra*); o segundo, à responsabilidade contratual (item 5.3. *infra*). Outras importantes obras foram publicadas ainda nesta mesma década e na seguinte, nas quais a produção literária sobre matéria foi profícua. Dentre tais trabalhos merecem destaque os de HANS STOLL e ULRICH HUBER.

5.1. Críticas à decisão *BGHZ 27, 137*

Antes, porém, de analisar as ideias propostas por J. G. WOLF, vale destacar as críticas dirigidas pela doutrina ao julgado BGHZ 27, 137, de 22 de abril de 1958.[189] Segundo o citado autor, um dos primeiros a considerar a decisão um exemplo de incorreta e "apressada"

---

[185] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 45: *"Schadensfolgen, die nicht in den Schutzbereich der verletzten Pflicht fallen, bleiben außer Betracht"*.
[186] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 46 e segs.
[187] Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 198.
[188] Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 198.
[189] Cf. item 4.2.2. *supra*.

aplicação da teoria do escopo da norma, o BGH "pulou" a análise do nexo de causalidade – era preciso investigar se as despesas consistiam efetivamente em consequência da lesão corporal ou do prejuízo provocado à propriedade da vítima.[190] Portanto, o litígio resolver-se-ia pela teoria da equivalência das condições, pois a supressão hipotética da lesão ao corpo ou à propriedade não importaria na eliminação do resultado consistente na instauração do processo penal em face da vítima.[191]

Um segundo argumento aduzido contra o fundamento utilizado no julgado é que o caso se resolveria a partir de um princípio dedutível do sentido e da finalidade das regras genéricas relativas ao dever de reparar o dano ou mesmo de interpretação restritiva do § 249 do BGB (fórmula da diferença) – somente são indenizáveis as medidas necessárias à efetivação da pretensão privada do lesado, no que não se inclui a contratação de causídico para a defesa em processo penal.[192] Este argumento explica a solução para outro caso julgado pelo BGH, o qual envolvia pedido de reparação de prejuízos sofridos pela vítima em razão de ter ingressado como assistente (*Nebenkläger*) em processo penal contra o autor do ilícito.[193] Ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos, no direito alemão a condenação do réu em processo penal não vincula o juiz do cível.[194]

Seja como for, as críticas demonstram que o caso não era solucionável com base na nova teoria, pois, como afirma STOLL, *"o reembolso das despesas com defesa ou com a participação como assistente não depende de o agente responsável pelo acidente haver transitado acima da velocidade permitida, haver inobservado regra de preferência ou talvez até mesmo haver provocado o acidente intencionalmente"*.[195] Esta correta constatação

---

[190] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., pp. 14-15.
[191] Nesse mesmo sentido cf. ROTHER, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, Munique e Berlim, C. H. Beck, 1965, pp. 22-23; LARENZ, *Schuldrecht I* cit., p. 445, nt. 75; SCHICKEDANZ, *Schutzzwecklehre* cit., p. 917.
[192] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 10.
[193] BGHZ 24, 263 (= NJW 1957, 1593). Sobre o julgado cf., outrossim, J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., pp. 54-58.
[194] Para ilustrar a comparação, STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 11, nt. 23, cita decisão de 30 de julho de 1925 do Tribunal Superior Austríaco pela condenação de despesas incorridas com queixa-crime: JBl. 1925, 201. O demandado não cumprira promessa relativa a título de crédito emitido, mas pagou a quantia durante a instrução do processo criminal, o qual foi extinto por esta razão.
[195] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., pp. 11-12: *"[d]ie Erstattung der Verteidiger- oder Nebenklagekosten hängt nicht davon ab, ob der für den Verkehrsunfall verantwortliche Täter mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr, Vorfahrtsregeln mißachtete oder vielleicht sogar den Unfall vorsätzlich herbeiführte"*. O autor observa que a falta de clareza na invocação do escopo da norma provocou outra confusão na jurisprudência. O BGH possuía precedente pelo qual a provocação de acidente de trânsito por um automóvel da polícia importa no dever do Estado de indenizar as despesas incorridas pelo lesado em processo criminal contra ele instaurado. Para tentar justificar essa mesma solução em novo litígio sem contrariar o entendimento acolhido no julgado de 22 de abril de 1958, a corte superior alemã asseverou inexistir espaço para ponderações

demonstra as dificuldade de delimitação da estrutura e do âmbito de aplicação da teoria do escopo da norma. Portanto, é justa a censura de J. G. WOLF ao julgado *BGHZ 27, 137*, feita a ressalva de que o autor não nega validade ao critério em discussão, propondo, contudo, diferenciações que posteriormente serviram de orientação para o desenvolvimento da matéria.

5.2. J. G. Wolf: o "princípio do risco" (*Gefährdungsgedanke*) e a diferenciação entre fundamentação e extensão da responsabilidade

As contribuições teóricas de J. G. WOLF para a teoria do escopo da norma podem ser resumidas em dois principais pontos: *i)* a necessidade de distinção entre os planos de fundamentação e extenção da responsabilidade para a investigação do escopo da norma; e *ii)* a defesa do que denominou de "princípio do risco" (*Gefährdungsgedanke*).

5.2.1. A irrelevância prática do escopo da norma para a fundamentação da responsabilidade

A teoria do escopo da norma como proposta por RABEL, VON CAEMMERER e HERMANN LANGE não diferencia sua funcionalidade segundo se trate da fundamentação da responsabilidade ou da denominada imputação dos *Folgeschäden* (danos subsequentes) ou *Folgeverletzungen* (lesões subsequentes), ou seja, dos danos ou das lesões resultantes da lesão que fundamenta a responsabilidade. J. G. WOLF, apesar de adotar a teoria, não concorda com essa solução genérica, pugnando por uma análise diferenciativa segundo se cuide da fundamentação ou da extensão ou "preenchimento" da responsabilidade.

Em síntese, sua conclusão é pela irrelevância prática da investigação do escopo da norma no primeiro plano.

---

sobre o escopo da norma violada no contexto da responsabilidade civil do Estado (*Amtshaftung*), prevista no § 839 do BGB, pois este dispositivo não visa à proteção de determinados direitos e bens jurídicos, determinando a reparação de todo dano patrimonial (BGHZ 30, 154). Entretanto, a análise do escopo de proteção não é incompatível com essa espécie de responsabilidade. No contexto do § 823 II existem diversas "leis de proteção" que não tutelam determinados direitos ou bens jurídicos, mas interesses patrimoniais de natureza geral. Contudo, a teoria do escopo da norma é pacificamente aplicada para o citado dispositivo. É a incompletude do suporte fático delitual, o qual se exaure com a infração da norma de conduta, que exige a aplicação da teoria do escopo da norma, cuja incumbência é completar a hipótese de incidência através da concretização dos âmbitos pessoal e material protegido pela norma. Na responsabilidade do Estado (*Amtshaftung*) isso importa na necessidade de interpretar se o dever violado foi estabelecido em favor do cidadão prejudicado.

Teoricamente, seria possível analisá-lo somente quanto ao aspecto modal, relativo ao risco, pois os outros dois, quais sejam, o pessoal e o material já estariam abrangidos pela tipicidade do delito.[196] Isso se explica, pois, para J. G. WOLF, tanto na responsabilidade por violação de direito absoluto quanto na por infração de lei de proteção o objeto do juízo de antijuridicidade não é propriamente a conduta que provoca a lesão ao bem jurídico, mas esta conduta *"em sua relação concreta com o resultado, a 'intervenção' no bem jurídico que se inicia com a conduta causal do lesante e termina com a realização do resultado típico"*.[197] E o denominador comum para o juízo de antijuridicidade é o "princípio do risco" (*Gefährdungsgedanke*):

> *"Em todas lesões de direito ou de bens jurídicos 'indiretas' a ocorrência do resultado realiza um risco estabelecido com a conduta causal: nos casos de intervenção 'direta' a lesão ultrapassa (*überholt*) por assim dizer o risco, é por assim dizer de antemão realizada; a relação concreta de resultado da conduta lesiva condensa-se aqui em seu mais elevado grau"*.[198]

O autor cita o *Drahtmatten-Fall*, decidido em 1957 pelo *OLG Düsseldorf*.[199] A demandada armazenou e processou "esteiras de arame" (*Drahtmatten*) nas proximidades de uma obra, mas não recolheu o material. Uma criança lançou um pedaço de arame, o qual atingiu um olho da vítima. A responsabilidade da empresa foi negada. Para a corte, não houve a concretização do risco imanente e típico, invocando a teoria da causalidade

---

[196] O autor investiga a funcionalidade de cada um dos três momentos da análise do escopo da norma para os delitos dos §§ 823 I (violação de direito absoluto), 824 (periclitação do crédito), § 825 (indução a práticas sexuais) e § 826 (danificação desleal e dolosa), todos do BGB. Para ele, os §§ 823 I, 824 e 825 já delimitam os bens jurídicos tutelados e, indiretamente, o âmbito pessoal de proteção, enquanto a norma do § 826 protege toda e qualquer pessoa e todo e qualquer bem jurídico contra lesões dolosas. Cf. J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., pp. 18-21. Mesmo na responsabilidade do § 823 II algumas vezes sequer é preciso, segundo o jurista, analisar o componente material. Isso ocorre quando ele já estiver indicado no suporte fático da norma violada, como, por exemplo, no crime de lesão corporal. A análise do escopo da norma somente seria necessária quando se cuidar de violação de norma de conduta pura (*reine Verhaltensvorschrift*). Cf. *ibidem*, p. 20. Em sentido contrário cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie* cit., p. 41 e segs.

[197] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 37.

[198] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 89: *"[b]ei allen 'mittelbaren' Rechts- oder Rechtsgutsverletzungen realisiert der Erfolgseintritt eine Gefährdung, die mit dem ursächlichen Verhalten gesetzt worden ist: In den Fällen 'unmittelbaren' Eingreifens überholt sozusagen die Verletzung die Gefährdung, ist die Gefährdung gleichsam von vornherein realisiert; die konkrete Erfolgsbeziehung des ursächlichen Verhaltens ist hier aufs höchste verdichtet"*. Nesse contexto, a antijuridicidade da conduta depende da "densidade" (*Dichte*) de sua relação com o resultado. Cf. J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 39. O ato daquele que invade terreno alheio situa-se num dos extremos dessa escala; o de fabricação de uma lata de conservas, no outro. Portanto, o decisivo é identificar o ponto crítico a partir do qual uma conduta deve ser considerada antijurídica em relação a determinado resultado, ou seja, se o dano realizado representa o risco típico do dever de conduta violado.

[199] OLG Düsseldorf NJW 1957, 1153.

adequada. De acordo com J. G. WOLF a solução seria outra, caso um pedestre se ferisse ao pisar no objeto, o que demonstra não ser a conduta, nem o resultado, o critério determinante para o juízo de antijuridicidade. O decisivo é o "princípio do risco": a antijuridicidade, apesar de decorrer da tipicidade, deve representar a realização do "risco típico" (*typische Gefährdung*) estabelecido pela conduta lesiva.[200]

Porém, do pondo de vista prático este mesmo risco também traça um limite imanente ao juízo de culpabilidade, o que, segundo J. G. WOLF, retira da investigação do escopo da norma qualquer utilidade prática no plano da fundamentação da responsabilidade – seja em caso de dolo ou de culpa ninguém pode contar seriamente com a realização de decursos causais atípicos ou extraordinários. O autor cogita na hipótese de repetição do *Drahtmatten-Fall*. Mesmo em se tratando de evento agora previsível, não haveria culpa em relação à lesão.[201]

5.2.2. A aplicação do "princípio do risco" aos "danos subsequentes" (*Folgeschäden*)

No plano da determinação da extensão da responsabilidade, em que a culpa não desempenha em princípio papel algum, a teoria do escopo da norma indica, segundo J. G. WOLF, o ponto de vista metodológico correto para a solução das questões práticas.[202]

O autor parte da afirmação de HERMANN LANGE de que é preciso investigar se a norma aplicada abrange o modo pelo qual a consequência lesiva foi produzida ou, em outras palavras, se a norma violada teria sido estabelecida em vista do resultado concretamente ocorrido. Contudo, para J. G. WOLF isto significa apenas uma reformulação do problema. O jurista exige critérios mais específicos, procurando demonstrar sua crítica com alguns exemplos prático.[203]

Um deles é o caso *RGZ 105, 254*, julgado pelo Tribunal do *Reich* em 1922. O cônjuge da autora foi atingido no ombro por um projétil disparado por um policial durante perseguição de um criminoso. No hospital em que foi internado havia uma epidemia de gripe. A vítima contaminou-se e faleceu em consequência de uma supuração na cavidade torácica

---

[200] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., pp. 37-38.
[201] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., pp. 42-43.
[202] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 45.
[203] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 46.

(*Brusthöhlenvereitelung*) desenvolvida em razão da gripe. A corte entendeu pela configuração de causalidade adequada, pois o risco de infecção fora elevado com a internação no hospital e o ferimento à bala reduziu a resistência da vítima. HERMANN LANGE criticou a decisão, pois o risco de infecção configura um "risco genérico da vida" e não pode ser considerado como relevante para o estabelecimento do dever violado pelo policial.[204] Para J. G. WOLF essa crítica não pode ser dirigida à decisão, pois a lesão sofrida pela vítima elevou para ela o risco genérico de infecção. O critério de imputação necessita de maior precisão.[205]

Essa maior precisão é encontrada no *princípio do risco*, pelo qual não devem ser imputadas ao agente lesivo aquelas consequências lesivas que realizam um risco que recairia sobre o lesado independentemente do primeiro evento lesivo. Na terminologia da teoria do escopo da norma, tais lesões não se inserem no âmbito de proteção da norma que fundamenta a responsabilidade.[206] J. G. WOLF menciona, então, outro critério, invocado pelo próprio HERMANN LANGE para a hipótese de dano ou lesão subsequente (*Folgeschaden* ou -*verletzung*) decorrente de erro médico: o nexo com a infração do dever há de ser material-interno (*sachlich-inner*). De acordo com HERMANN LANGE:

> *"Se uma vítima de acidente sofre outro dano provocado por falha na terapia médica, então o nexo com a 'contrariedade ao dever' (*Pflichtwidrigkeit*) é 'interno-material' (*sachlich-innerer*), pois a conduta do médico destinava-se à reparação do dano realizado. Se o médico, 'por ocasião' de uma operação realizada por conta do acidente, descobre um outro mal independente do acidente, opera-o e o paciente falece por esta razão, então o nexo é 'temporalmente-exterior' (*zeitlich-äußerer*), pois esta operação não possui relação alguma com a reparação do dano provocado pelo acidente. A determinação do § 823 I não se dirige, portanto, contra intervenções na saúde para prevenir a descoberta e a operação de um mal não relacionado ao acidente".*[207]

---

[204] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 52.
[205] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 47.
[206] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 50.
[207] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., pp. 53-54: *"Wenn einem Unfallgeschädigten durch ärztliche Fehltherapie ein weiterer Schaden entsteht, so ist der Zusammenhang mit der Pflichtwidrigkeit ein sachlich-innerer, weil das Verhalten des Arztes zur Behebung des eingetretenen Schadens bestimmt war. Wenn der Arzt*

HERMMAN LANGE cogita no caso *BGHZ 25, 86*, julgado pelo BGH.[208] A vítima de um acidente precisou submeter-se a uma cirurgia para tratar da lesão, ocasião em que o médico constatou uma anomalia em seu intestino cuja origem não se relacionava com o ilícito. O cirurgião tomou a decisão recomendada pela ciência e retirou a anomalia durante a operação, provocando, contudo, a morte do paciente. O ponto de vista do "vínculo material-interno" (*sachlich-innerer Zusammenhang*) é relevante para a solução do caso, pois, segundo J. G. WOLF, é mais específico que o argumento segundo o qual a descoberta e a retirada da anomalia por ocasião da operação de tratamento não realizaram o risco criado com a lesão provocada no acidente.[209]

Todavia, não fica clara a relação entre o princípio do risco e o critério emprestado de HERMANN LANGE. Em verdade, a invocação deste último não parece se justificar em sua suposta maior especificidade em relação ao primeiro, tratando-se, em verdade, de mero contraponto à tendência da jurisprudência alemã de generalização das soluções. Nesse contexto, J. G. WOLF critica o fato de as cortes se contentarem com a investigação "esquematizada" da fórmula da causalidade adequada.[210] O autor cita decisão do Tribunal do *Reich* que julgou caso no qual um médico tratara as dores sofridas pelo autor como reumatismo.[211] Com a persistência dos sintomas, o pacidente procurou outro médico, o qual realizou o diagnóstico correto: deslocamento de quadril (*Hüftverrenkung*), mas aplicou a terapia errada. A corte reconheceu ser adequada a relação de causalidade. Porém, para J. G. WOLF a decisão atribuiu ao médico demandado um risco que recairia de qualquer forma sobre o paciente, pois a chance de erro de tratamento por um segundo médico também existiria se o demandado não houvesse sido consultado.[212] Se a decisão do Tribunal do *Reich* fosse correta, quem provoca dano a automóvel de outrem também deveria responder por eventual acidente sofrido por este com o carro alugado. Contudo, o risco de acidente de

---

'bei Gelegenheit' der durch den Unfall bedingten Operation ein weiteres vom Unfall unabhängiges Leiden entdeckt, dieses operiert und der Verletzte daran stirbt, so ist der Zusammenhang ein zeitlich-äußerer, weil diese Operation mit der Behebung des Unfallschadens nichts zu tun hatte. Die Bestimmung des § 823 I richtet sich nicht deshalb gegen Eingriffe in die Gesundheit, um die Entdeckung eines vom Unfall unabhängigen Leidens und dessen Operation zu verhindern".

[208] BGHZ 25, 86 (= NJW 1957, 1475). Cf. capítulo 2, item 5.3, *supra*.

[209] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 48.

[210] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 48 e segs.

[211] RGZ 102, 230, citado por J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 48.

[212] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 49.

trânsito recairia de qualquer forma sobre o lesado, ainda que seu automóvel não houvesse sido danificado.[213]

Porém, J. G. WOLF reconhece exceções ao princípio do risco em casos nos quais o dano não realiza um risco estabelecido exclusivamente através da lesão primária. O jurista refere outro caso, julgado pelo *LG München*. O autor sofreu fratura no fêmur em razão de acidente de trânsito provocado pelo réu. Após receber alta um abcesso desenvolveu-se na região da fratura, o que lhe ocasionou uma espécie de reação depressiva que culminou com uma mal sucedida tentativa de suicídio, na qual ele perdeu um olho. J. G. WOLF nega a possibilidade de solução do problema com base na teoria da causalidade adequada. Para ele o critério decisivo é saber se o ordenamento jurídico exige dos indivíduos a normal superação de seus sofrimentos psíquicos.[214] Nesse mesmo contexto, o autor analisa os casos de neurose de pensão, sendo crítico em relação à jurisprudência do BGH.[215]

J. G. WOLF também analisa a diferença dos julgados *RGZ 119, 204* e *NJW 52, 1010*, o primeiro do Tribunal do *Reich* e o segundo do BGH.[216] Ele discorda da explicação de HERMANN LANGE, para o qual, no caso do BGH, o risco de morte por explosão afetava a todos, enquanto, no do Tribunal do *Reich*, o risco era específico da vítima. Para J. G. WOLF a solução encontra-se no § 254 II do BGB: o BGH deveria ter investigado se a vítima e seu pai assumiram o risco ao saírem de sua casa, desconsiderando a possibilidade de ataque de artilharia.[217] HUBER, outro autor que se dedicou ao tema, não aceita a solução proposta, pois a vítima poderia estar numa situação de pressão que inexistiria para uma pessoa sem a mesma debilitação física, devendo escolher entre dois riscos consideráveis: permanecer em casa em razão da sua deficiência ou dirigir-se ao *bunker*, apesar da amputação. Como em consequência do primeiro acidente ela perdeu a agilidade para locomoção, a morte por bombardeamento seria sim concretização do risco específico estabelecido pela primeira lesão.[218]

---

[213] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., pp. 49-50.
[214] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., p. 50. O caso citado pelo autor encontra-se em VersR 1955, 398.
[215] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., pp. 51-53. Os casos de neurose de pensão caracterizam-se por uma invalidez psiquicamente provocada pela representação da própria vítima de um futuro pensionamento. A jurisprudência alemã é restritiva neste tema.
[216] Cf. capítulo 1, item 5.2.2, *supra*. Cuida-se dos casos julgados, respectivamente, pelo Tribunal do *Reich* e pelo BGH envolvendo lesado que perdera a perna.
[217] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., pp. 53-54.
[218] HUBER, *Normzwecktheorie* cit., p. 682.

Esta solução é a correta. Mas pressupõe duas ressalvas. A primeira é feita pelo próprio HUBER: a caminhada em direção ao bunker deve ser uma decisão razoável.[219] Ou seja: não haveria responsabilização se as chances de sobrevivência fossem maior se houvesse ficado em casa. A segunda ressalva diz com o momento de concretização do risco: ser atingido por uma explosão durante o mesmo período que uma pessoa normal levaria para alcançar o *bunker* não representa concretização do risco específico. Por exemplo: se o pai estivesse à frente do filho amputado, mas ainda não houvesse alcançado o abrigo, a morte deste não poderia ser imputada ao autor do ilícito. Tratar-se-ia de mero acaso. No entanto, esses questionamentos dificilmente seriam realizáveis na investigação concreta do caso, em razão da ausência de suficientes elementos probatórios. Isso, porém, não lhes retira o valor dogmático. O juiz precisaria se socorrer das regras sobre o ônus da prova.

Outro problema indicado por J. G. WOLF é o da indenização de despesas em processo penal. Para ele, o critério decisivo é a necessidade da medida para a efetivação do direito da vítima.[220] Mais uma exceção ao critério do risco típico. Como será visto na exposição sobre STOLL e nas considerações conclusivas deste capítulo, a teoria do escopo da norma não deve ser aplicada às questões relativas à extensão da responsabilidade. Para isso, existem outros possíveis critérios, dentre os quais se pode mencionar o princípio do risco. De qualquer forma, J. G. WOLF, assim como RABEL o fez, parte do pressuposto de que a teoria da causalidade adequada, forçada numa fórmula de causalidade, perdeu a necessária conexão com as questões concretas de justiça. Daí seus elogios à obra do jurista austríaco.[221]

Críticas semelhantes também foram tecidas por RAISER, mas relativamente à responsabilidade contratual. A especificação do critério de imputação também é uma característica do pensamento deste segundo autor, como se passa a ver.

5.3. Responsabilidade contratual: as críticas de Thomas Raiser

Como apontado, RABEL desenvolveu sua "teoria da distribuição do dano segundo o critério do escopo do crédito" para o direito da compra e venda de mercadorias. Em sua obra encontram-se diversos exemplos práticos para a aplicação da tese, defendida pelo autor, segundo a qual o contrato indica quais interesses do credor devem ser satisfeitos e, dessa

[219] HUBER, *Normzwecktheorie* cit., p. 682, nt. 45.
[220] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., pp. 58.
[221] J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht* cit., pp. 59-60. Cf. item *supra*.

forma, quais consequências do inadimplemento devem ser reparadas pelo devedor.[222] O jurista aponta as seguintes questões: indenização do "interesse de afeição", do lucro que o comprador obteria com a revenda da mercadoria comprada, da diminuição da produção de fabricante que não recebeu as mercadorias encomendadas no tempo devido, do pagamento de multa contratual a terceiro ao qual o comprador prometeu a mercadoria comprada, e de dano à pessoa do comprador.[223]

Todavia, os exemplos não foram organizados e apresentados de forma sistemática, aspecto no qual também houve a contribuição de HERMANN LANGE. Este jurista asseverou que a análise do escopo do contrato pode indicar a incongruência do dano em relação ao bem jurídico protegido ou ao próprio modo da danificação.[224] A distinção corresponde aos aspectos material e modal da análise do escopo da norma, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência alemã para a responsabilidade por infração de "lei de proteção". Em princípio, o aspecto pessoal não apresenta dificuldades. Ele resolve-se no plano da fundamentação da responsabilidade, pois, como regra geral, somente o credor poderá exigir a reparação dos prejuízos decorrentes da violação do contrato.

Essa subdivisão da investigação do escopo do dever contratual violado também foi utilizada por RAISER. Todavia, este autor viu a nova tendência com reservas. RAISER questionou se a noção de escopo de proteção extraída da responsabilidade do § 823 II do BGB era efetivamente apropriada para superar o delicado dilema da "jurisprudência de equidade" (*Billigkeitsrechtsprechung*) a que o BGH foi conduzido ao flexibilizar a fórmula da causalidade adequada. O autor considerava indispensável analisar se o critério proposto pela então "nova" teoria era suficiente para enfrentar com satisfação todos os casos em que fosse justo e necessário limitar a responsabilidade do autor do dano.[225]

Ele não rejeitou a aplicação da teoria do escopo da norma para a seara contratual, mas criticou sua transformação numa fórmula geral e, além disso, refutou a proposta de RABEL, VON CAEMMERER e HERMANN LANGE de substituição da teoria da causalidade adequada. Para RAISER, a adequação da relação de causa e efeito deve ser mantida como critério autônomo, ou seja, não redutível à noção geral de escopo da norma. A fórmula da

---

[222] Cf. RABEL, *Das Recht* cit., p. 496.
[223] RABEL, *Das Recht* cit., p. 497 e segs.
[224] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 46.
[225] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., pp. 13-14.

adequação e a noção de escopo de proteção não são excludentes; cada uma delas contribui para a solução de determinadas espécies de problema. Porém, nenhuma, isolada ou mesmo conjuntamente, oferece à prática judiciária suficientes elementos para a resolução de todos os possíveis litígios envolvendo a temática da limitação da responsabilidade.[226]

RAISER refere algumas hipóteses em que a noção de escopo de proteção da norma violada concorre para a solução do problema da limitação do dever de indenizar. São elas: os danos psíquicos; a violação de deveres de cuidado relativos a riscos específicos; casos em que os usos do comércio indicam incumbir ao lesado arcar com o dano sofrido; e a assunção de risco específico não concretizado com a violação do dever contratual. Todavia, nega a aplicabilidade da teoria do escopo da norma a diversas situações.[227] De forma geral a negativa explica-se pelo fato de o autor propugnar por uma acepção precisa de escopo de proteção. Para ele, RABEL e especialmente VON CAEMMERER abandonaram o pensamento exato da teoria em favor de uma espécie de cláusula geral, quando, em verdade, trata-se de questão de pura interpretação analítica da regra específica violada; ou seja, de um problema que se contextualiza no âmbito da teoria geral da interpretação.

Para a responsabilidade contratual isso significa que o escopo de proteção deve ser diretamente extraído do dever contratual violado. Todavia, esse problema de interpretação enfrenta uma dificuldade prática: geralmente as partes não contratam cogitando na hipótese de inadimplemento. Sua atenção dirige-se principalmente ao cumprimento do contrato. De acordo com RAISER, seria um gesto pouco leal se uma delas, já no momento da conclusão do contrato, insistisse em discutir problemas relativos a eventual descumprimento. Usualmente, portanto, a investigação do escopo da norma se dá mediante interpretação integrativa do contrato. Destarte, a limitação da responsabilidade somente será possível pela via da teoria do escopo da norma *"se, em vista do escopo estabelecido (especialmente o*

[226] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 85 e segs., sustenta um sistema de responsabilidade tripartite. Num primeiro grupo estão os critérios que podem ser inferidos do escopo de proteção da norma. O segundo constitui-se de critérios de probabilidade e de previsibilidade empírica do dano. O autor os indica como apropriados especialmente para solucionar o problema dos lucros cessantes, afirmando cuidar-se de ponderações autônomas, ou seja, que não se inserem na noção de escopo da norma. Por fim, o terceiro grupo é composto de casos que não podem ser decididos seja com base na teoria do escopo da norma seja com apoio no da causalidade adequada. São hipóteses cuja peculiaridade exige ponderações não inferíveis do escopo de proteção da norma violada nem da fórmula da adequação.

[227] Algumas dessas situações serão analisadas abaixo.

econômico) pela avença realizada, da interpretação geral desta resultar que o lesado deveria ter aceitado tal limitação segundo o sentido concludente desse acordo".[228]

RAISER assevera cuidar-se de caso de aplicação do § 157 do BGB, que dispõe sobre a interpretação dos contratos. De acordo com o dispositivo, os contratos devem ser interpretados conforme a boa-fé (*Treu und Glauben*) e os usos do tráfego jurídico (*Verkehrssitte*). Os usos do tráfego jurídico podem ser invocados, assim como as máximas gerais da aplicação do direito. Se eles não conduzirem a resultado algum, então é preciso indagar se, independentemente das circunstâncias concretas, é viável inferir alguma limitação do próprio instituto do contrato obrigacional ou de dispositivos específicos. Se não houver nenhum ponto de apoio para a interpretação, então não se pode mais invocar o escopo da norma. Eventual restrição da responsabilidade dependerá da aplicação de dispositivos do BGB ou de um critério autônomo de imputação.[229]

Por fim, outro relevante aspecto teórico da crítica de RAISER à teoria do escopo da norma diz com a fundamentação da solução prática proposta por RABEL para o direito da compra e venda mercantil. Como visto acima, este autor defendeu para tal ramo um critério próximo ao da *contemplation of the parties* do direito anglo-americano. Para RABEL, é a interpretação do contrato que oferece o correto ponto de apoio para uma adequada distribuição dos riscos decorrentes do seu inadimplemento: em princípio, incumbe ao devedor inadimplente arcar somente com os prejuízos normalmente relacionados com a natureza da avença firmada; porém, o alcance da responsabilidade pode ser estendido se a contraparte levar ao seu conhecimento circunstâncias particulares indicativas da possibilidade de realização de outras consequências lesivas do inadimplemento contratual.[230]

Para RAISER, a solução de RABEL não pode ser fundamentada no escopo de proteção contratual, cuidando-se, em verdade, de critério empírico, nos termos da causalidade adequada e da solução do direito anglo-americano. A diferença entre esta perspectiva e a tradicional orientação germânica não reside na natureza dos critérios, que é o mesmo: o da probabilidade do dano; mas no grau exigido para que uma consequência lesiva possa ser

---

[228] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 25: *"[e]ine Begrenzung der Haftung kann in diesem Fall als vereinbart gelten, wenn eine die (insbesondere auch wirtschaftliche) Zielsetzung ins Auge fassende Gesamtinterpretation der getroffenen Vereinbarung ergibt, daß der Geschädigte nach dem schlüssigen Sinn dieser Vereinbarungen sich eine derartige Beschränkung der Haftung gefallen lassen muß"*.
[229] *Ibidem*, pp. 25-26.
[230] Cf. item 4. *supra*.

imputada ao inadimplemento contratual. No direito anglo-americano o momento da previsibilidade é o da conclusão do contrato; ao passo que, pela teoria da causalidade adequada, o instante decisivo é o da violação do contrato. Com a invocação do escopo de proteção contratual, RABEL antecipa este momento para o da formação da avença, valendo-se, porém, de um critério objetivo: os prejuízos normalmente relacionados com a natureza da avença firmada. Essa perspectiva coaduna-se com a tendência de objetivação do critério da *contemplation of the parties* no direito anglo-americano,[231] assinalada pelo próprio RABEL.[232] Não se trata da previsibilidade subjetiva. Porém, a solução defendida por este autor, embora fundamentada na interpretação contratual, ainda é de natureza empírica e não propriamente interpretativa.[233]

Do ponto de vista prático, coloca-se a questão da legitimidade da antecipação do momento de referência do juízo de probabilidade. Como já anotado, para a teoria da causalidade adequada o instante relevante é o da violação do contrato; para a *contemplation of the parties*, assim como para a "teoria da distribuição do dano segundo o critério do escopo do crédito", o da conclusão da avença. Porém, RAISER assinala uma característica do direito contratual anglo-americano: a existência de um dever genérico de esclarecimento imposto ao credor. A *rule of Hadley v. Baxendale* pressupõe o dever (ou ônus) deste de informar à contraparte toda e qualquer circunstância particular da qual possam resultar danos normalmente não concretizáveis no caso de inadimplemento do crédito. Segundo RAISER, o direito alemão não conhece um dever desta natureza, na medida em que o § 242, II do BGB, o qual cuida da culpa do lesado, possui natureza excepcional. Somente em casos extremos impõe-se ao credor o ônus de informar o devedor do risco de dano de elevado valor na eventualidade de inadimplemento do crédito. Daí defender RAISER a manutenção da teoria da causalidade adequada no direito tedesco.[234]

As críticas de RAISER conduzem necessariamente a uma imediata análise da casuística relativa ao desenvolvimento da teoria do escopo da norma para a responsabilidade contratual. Os casos práticos podem ser divididos em dois grandes grupos. No primeiro investiga-se a aptidão da teoria para restringir a responsabilidade com base no critério

---

[231] Sobre essa tendência cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 44 e segs.
[232] Cf. referência feita pelo autor ao *Restantemente of the Law of Contracts* indicada acima (item 4. *supra*).
[233] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 83, destacando o exemplo da revenda da mercadoria abaixo analisado.
[234] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 92 e segs.

material do escopo do dever violado (itens 5.3.1 a 5.3.3); no segundo, com base no critério modal (item 5.3.4).

5.3.1. Exclusão da responsabilidade por danos pessoais

Um primeiro grupo de casos é abordado por RABEL sob a rubrica da "danificação pessoal do comprador" (*"persönliche Schädigung des Käufers*),[235] o que pode ser estendido para toda e qualquer espécie contratual.[236]

a) Limitação da proteção contratual aos danos patrimoniais: o caso Central of Georgia Railway v. Price, dentre outros

Dentre os exemplos, o autor cita o caso *Central of Georgia Railway v. Price*, julgado em 1898 pela corte da Geórgia.[237] Por culpa do condutor do comboio *Mrs. Price*, ao invés de desembarcar na estação de Winschester, fê-lo na de Montezuma, onde precisou pernoitar. O funcionário da empresa de transporte ferroviário a levou a uma pousada e prometeu ao proprietário desta arcar com todas as despesas da estadia. Porém, uma lamparina de óleo explodiu e feriu a viajante. A corte negou a indenização ao argumento de se tratar de negligência autônoma e independente. Outro exemplo citado por RABEL é o do credor que, em consequência de inadimplemento contratual, precisa adiar sua viagem e, ao tomar outro trem, sofre acidente ou não consegue chegar em tempo ao seu noivado, com trágicas consequências. Ainda neste mesmo grupo o autor refere a situação do chefe de uma casa comercial ou de uma fábrica que, em razão da demora da entrega de mercadorias encomendadas, precisa cancelar viagem agendada para resolver o urgente problema. Para RABEL, nessas espécies de situação o contrato visa exclusivamente ao patrimônio, não contendo nenhum dever de cuidado relativamente à segurança pessoal ou às relações familiares da credora.[238]

RAISER discorda da tese.[239] Relativamente ao caso *Mrs. Price*, é descabida a afirmação segundo a qual o contrato de transporte objetiva somente à proteção do patrimônio do transportado. O problema é de outra natureza, relacionando-se ao risco concretizado. Por

---

[235] RABEL, *Das Recht* cit., p. 500 e segs.
[236] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 48 e segs.
[237] 106 Ga. 176, citado por RABEL, *Das Recht* cit., pp. 500-501.
[238] RABEL, *Das Recht* cit., p. 501.
[239] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 48 e segs.

exemplo: se *Mrs. Price* houvesse sido deixada numa estação frequentada por malfeitores e conhecida por ser perigosa, dificilmente a companhia de transporte ferroviário conseguiria afastar sua responsabilidade se a passageira fosse atacada.[240] Não se trata, portanto, de uma questão de definir os bens jurídicos tutelados pelo escopo de proteção contratual.

O exemplo do atraso do trem que provoca o cancelamento do noivado também não se soluciona com base na distinção propugnada por RABEL, segundo RAISER, pois se trata, em verdade, de problema relativo à natureza do bem jurídico violado, o que se resolveria com base na antiga redação do § 253 do BGB, que vedava a indenização por danos imateriais.[241]

Por fim, RAISER também afirma que o último caso, relativo à perda de tempo, não se explica pelo critério do escopo de proteção contratual. O jurista cita o seguinte exemplo: um arquiteto planeja e constrói sua própria casa, encomendando um sistema de aquecimento que, ao final, não pôde ser entregue pelo vendedor. Contudo, o imóvel já havia sido planejado para esse sistema específico e o arquiteto, em consequência do inadimplemento, precisa, então, modificar o projeto e a construção, o que lhe exige tempo. Diferentemente do que acontece em relação aos comerciantes e empresários, o tempo perdido pode ser facilmente convertido e medido em pecúnia, o mesmo ocorrendo em relação aos trabalhadores em geral. O rendimento daqueles, por sua vez, vincula-se diretamente ao número e qualidade dos negócios realizados. Apenas excepcionalmente é possível relacioná-lo, com segurança, ao emprego do tempo. Trata-se, em suma, de problema de prova do tempo como dano material, não verdadeiramente de interpretação do escopo contratual.[242]

b) Relevância da distinção entre danos pessoais e patrimoniais para dano psíquicos

RAISER acolhe a distinção entre danos pessoais e patrimoniais defendida por RABEL apenas para uma constelação de casos, qual seja, aquela em que a violação do contrato é

---

[240] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 52.
[241] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 50. Pressuposta, porém, a reparabilidade do dano extrapatrimonial, mesmo na responsabilidade contratual, a questão a ser enfrentada passa a dizer respeito à valoração do componente afetivo do noivado no contexto da responsabilidade civil, relacionando-se, portanto, à problemática da responsabilidade civil quanto aos vínculos familiares – saber se o terceiro que concorre para a ruptura de relação matrimonial responde pelas consequências lesivas daí advindas é questão cuja resposta necessariamente influenciará na primeira situação, na qual as relações familiares ainda estão "em construção".
[242] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 48 e segs.

condição para um dano psíquico do credor (*psychische Schäden*).[243] O autor cita o exemplo do cliente que, não tendo sido informado por seu banco de excelente oportunidade para vender seus títulos, sofre grave abalo ao tomar conhecimento da oportunidade perdida. Outro exemplo: um empresário é acometido por ataque nervoso ao descobrir que seu funcionário descumpriu deslealmente cláusula de proibição de concorrência. RAISER argumenta ser pressuposto imanente de um sistema econômico orientado pelo princípio da concorrência estarem seus participantes preparados para confrontar eventuais "situações de combate" (*Kampfsituation*).[244]

Todavia, a solução restringe-se, segundo o mesmo autor, a negócios comerciais ou empresariais, nos quais as partes envolvidas concentram sua atenção exclusivamente sobre o escopo e os interesses econômicos estabelecidos no contrato, enquanto os aspectos pessoais dos contraentes e seus sentimentos vinculados à realização da avença não entram em cogitação. Como contrapartida, refere a possibilidade de responsabilização do advogado que provoca culposamente a perda do direito de seu cliente, o qual é acometido por grave abalo psíquico em consequência de longos anos de espera, da importância da demanda para sua vida *etc.* A mesma solução se aplica ao proprietário de um imóvel que, sem qualquer razão justa, coloca seu inquilino na rua.[245]

c) O caso DJZ 1915, 207

Ainda sob a rubrica da "danificação pessoal do comprador" RABEL cita interessante julgado proferido pelo Tribunal do *Reich* em 1914.[246] Tratava-se de uma mulher que, ao tomar um sorvete, sentiu pedaços de vidro em sua boca. Ela acreditou, por engano, ter ingerido parte dos cacos e essa projeção lhe provocou grave mal estomacal, causando-lhe invalidez laborativa. O Tribunal do *Reich* acolheu a pretensão indenizatória ao fundamento de se cuidar de relação adequada de causa e efeito. RABEL não toma um posicionamento claro quanto ao caso, referindo-se à diversidade de entendimentos para situações semelhantes. Porém, critica a forma como a corte justificou sua decisão. Para o jurista

---

[243] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 52 e segs.
[244] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 53. O autor também afirma que muitas das demandas seriam consideradas improcedentes pela ausência de certeza do nexo de causalidade entre a situação e a irrupção do ataque nervoso, já que normalmente são várias as suas possíveis causas. Contudo, ressalva não ser este o ponto de vista decisivo, referindo-se à argumentação *supra*.
[245] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 53.
[246] DJZ 1915, 207, citado por RABEL, *Das Recht* cit., pp. 501-502.

austríaco a decisão deve ser lida nos seguintes termos: o contrato firmado entre o comerciante e a consumidora contém o dever daquele de proteger a saúde de seus clientes, o que abrange não apenas a condição corporal de uma pessoa saudável, como também a saúde vacilante de uma nervosa.[247]

Correta ou não a decisão, o fato é que ela não se explica da forma como sustenta RABEL. Cuida-se, em verdade, de um problema de causalidade psíquica, tema que mereceria investigação autônoma. Em princípio, não se trata de um problema de limitação da responsabilidade contratual segundo a natureza do bem jurídico afetado. Como visto acima, uma possível perspectiva de análise é investigar em que medida o ordenamento jurídico exige dos indivíduos a superação de seus sofrimentos psíquicos.[248]

5.3.2. Exclusão da responsabilidade de danos patrimoniais

RABEL não refere casos em que a responsabilidade contratual se limitaria aos danos pessoais, não alcançando os patrimoniais; RAISER cogita na hipótese, mas lhe nega qualquer fundamento.[249] Como exemplo, cita contratos médicos e de serviço de saúde. O médico que, ao realizar um procedimento, culposamente mancha de sangue a roupa do paciente deve responder por esse prejuízo.

5.3.3. Diferenciação entre objeto contratual direto e dano puramente patrimonial

Outro aspecto analisado por RAISER é a distinção entre dano imediato e dano indireto puramente patrimonial nas hipóteses em que o lesado não sofre dano pessoal.[250] O autor cuida em específico da regra prevista no § 430 do Código Comercial alemão (HGB), em sua redação antiga, pela qual o transportador somente responde por danos integrais na hipótese

---

[247] RABEL, *Das Recht* cit., p. 502.
[248] Cf. item 5.2.2. *supra*.
[249] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 55 e segs. Outra questão enfrentada pelo autor, mas que não será abordada, diz respeito à tese segundo a qual, na compra e venda de mercadorias cujo preço é verificável no mercado (*Marketware*), a avaliação do dano sempre deve ser realizada de forma abstrata. Sobre o tema cf. *ibidem*, p. 56 e segs.
[250] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., pp. 55-56.

de dolo ou culpa grave. Em se tratando de culpa leve, a responsabilidade limita-se em princípio ao valor da coisa transportada.[251]

Para RAISER a limitação legal não se explica pelo escopo de proteção do contrato, mas por um motivo prático: o mercado necessita de distinções esquemáticas e facilmentente realizáveis, podendo as partes redistribuir o risco inicialmente atribuído ao contratante mediante a elevação do valor do frete. De qualquer maneira, as partes não levam em consideração o eventual grau de culpa do devedor como critério para a repartição dos riscos. Além disso, no momento da celebração do negócio o contratante tem em mente tanto o dano direto quanto o indireto, pois sua finalidade é obter lucro com os bens transportados, circunstância esta da qual o transportador tem ou deveria ter ciência.[252]

5.3.4. Exclusão da responsabilidade relativamente a determinados riscos e a certos modos de realização de danos

É relativamente a determinados riscos e modos de realização de danos que a interpretação contratual exerce de forma mais profícua o papel de limitação da responsabilidade.[253] Dentre outros exemplos, cita-se o do guarda-noturno que, por distração, não percebe que a janela do porão não foi fechada pelo proprietário. Ele não responde por eventuais prejuízos provocados ao imóvel em razão de brusca queda da temperatura ambiente (*Frostschaden*), pois o escopo do dever assumido diz respeito à segurança dos bens do tomador do serviço contra atos de criminosos.[254]

Todavia, a doutrina alemã também diverge nesse ponto quanto à aplicabilidade prática da investigação do escopo da norma. Para a análise do problema, é necessário distinguir as hipóteses de violação de "dever lateral", também abordadas como de violação positiva do contrato, e as de inadimplemento absoluto ou relativo (mora). Mesmo RAISER,

---

[251] A previsão se assemelha à contida no art. 6º do Dec.-lei 2.681/1912, sobre a responsabilidade civil das estradas de ferro: *"A indenização pelas estradas de ferro, nos casos de perda ou furto, será equivalente ao preço corrente da mercadoria no tempo e no lugar em que devia ter sido entregue; no caso de avaria, será proporcional à depreciação por ela sofrida. Deverão ser deduzidas as despesas que deixaram de ser feitas pelo fato da perda da mercadoria. Excetua-se o caso de dolo, em que a estrada responderá por todos os prejuízos que tenham diretamente ocorrido. Parágrafo único. Si na declaração o remetente diminuir com culpa ou dolo o valor da mercadoria, será o valor declarado a base da indenização"*. Pelo art. 750 do Código Civil brasileiro a responsabilidade do transportador de coisas limita-se ao valor constante do conhecimento.
[252] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., pp. 55-56.
[253] Nesse sentido cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 61.
[254] Cf. ESSER e SCHMIDT, *Schuldrecht I 2* cit., p. 230. Referindo-se ao autor cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 64.

cuja obra expressa nítida reserva quanto ao entusiasmo de RABEL, VON CAEMMERER e HERMANN LANGE em relação à teoria do escopo da norma na seara contratual, reconhece a utilidade prática da ideia para casos de violação de um "dever lateral".[255] Alguns exemplos ilustram a hipótese.

a) Casos de violação de "dever lateral"

i) O caso RGZ 42, 291

O primeiro deles é o caso *RGZ 42, 291*, julgado pelo Tribunal do *Reich* em 1898, ainda na vigência do direito prússiano e antes do acolhimento pela corte da teoria da causalidade adequada como critério de restrição da responsabilidade. Um armazenista obrigou-se a depositar as mercadorias do contratante em local "absolutamente seco" em razão da extrema sensibilidade daquelas à umidade. Descumprindo a avença, ele as armazenou em um barracão aberto no rés-do-chão. Os bens pereceram em consequência de inundação ocorrida na cidade, provocada por repentina ruptura de um dique. O Tribunal do *Reich* negou a pretensão indenizatória, pois *"o dano deve dirigir-se ao sentido em relação ao qual o dever contratual foi assumido e violado"*.[256] A corte referiu-se à necessidade de uma "relação interna" (*innere Beziehung*) entre a culpa e o dano, valendo-se da noção de ruptura do nexo de causalidade para justificar sua decisão.[257]

HERMANN LANGE defende tratar-se de situação solucionável pela noção de escopo da norma, embora cogite na possibilidade de resolvê-la com base na fórmula da adequação.[258] RAISER é ainda mais enfático. Para ele, a decisão não se justificaria com base na fórmula da adequação, já que a ruptura de um dique não é um fato totalmente extraordinário.[259] O ponto decisivo é que o dano também teria se concretizado em situações normais, ou seja, naquelas em que não há uma exigência especial quanto à armazenagem das mercadorias. O risco atinente ao dever violado consistia no perecimento dos bens em

---

[255] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 65.
[256] *"Der Schaden müsse in der Richtung gelegen sein, nach der Vertragsverpflichtung übernommen und verletzt worden sind"*, citado por HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 46.
[257] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 62.
[258] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 46.
[259] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 62.

consequência da umidade do ar ou do solo, em relação aos quais a responsabilização deve se circunscrever.[260]

ii) O caso austríaco SZ 5/267

Outro exemplo é retirado da casuística austríaca.[261] A autora entregou à companhia ferroviária federal austríaca um vagão contendo lenha para que esta realizasse seu transporte até o comprador das mercadorias, em Viena. No conhecimento de transporte solicitou, outrossim, a pesagem oficial dos bens transportados, o que foi realizado pela companhia. O resultado foi de 8.820 quilogramas, quando, em verdade, a quantidade transportada era de 11.455 quilogramas. Como a contratante havia vendido a lenha ao destinatário por 320 coroas o quilo e previsto que esse valor incidiria sobre o valor da pesagem oficialmente realizada pela empresa federal, exigiu perdas e danos correspondentes à diferença da medida, ou seja, 2.635 quilogramas. A corte austríaca decidiu pela procedência da demanda, reconhecendo a responsabilidade nos termos do § 1.311 do ABGB.[262] O seguinte excerto da fundamentação merece ser transcrito:

> *"No presente caso a demandada não sabia que a demandante vendera a S. 'segundo a pesagem oficial da ferrovia' e a demandada não podia ter conhecimento desse conteúdo contratual. Entretanto a demandada deveria ter contado com a possibilidade de tais avenças contratuais, pois, segundo a experiência, elas não são totalmente raras. A demandada deveria, portanto, ter contado com o fato de a balança não ser importante apenas para a avaliação do frete e na melhor das hipóteses para a avaliação alfandegária, mas possivelmente também para o cumprimento de contratos para cuja execução o remetente haja celebrado o contrato de transporte com a demandada".*[263]

---

[260] *Haftungsbegrenzung* cit., p. 63. Para outros exemplos cf. *ibidem*, p. 63 e segs.
[261] OGH SZ 5/267, citada, dentre outros, por KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichrecht* cit., p. 162; RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 31; HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 47.
[262] Sobre o dispositivo cf. item 2.2. *supra*.
[263] OGH SZ 5/267: *"[i]m vorliegenden Falle hat die Beklagte nicht gewußt, daß die Klägerin bem S. 'laut bahnamtlichen Abwage' verkauft habe und die Beklagte hat diesen Kaufvertragsinhalt im vorliegenden Falle auch nicht wissen müssen. Wohl aber mußte die Beklagte mit der Möglichkeit solcher Vertragsabschlüsse überhaupt rechnen, weil sie erfahrungsgemäß nicht selten sind. Die Beklagte mußte daher damit rechnen, daß das richtige Funktionieren ihrer Wagen nicht nur für die Frachtberechnung und allenfalls für die Zollberechnung von Bedeutung sei, sondern möglicherweise auch für die Erfüllung jener Verträge, zu deren Durchführung der Absender den Frachtvertrag mit der Beklagten schließt"*.

Essa decisão foi criticada por WILBURG, para o qual a responsabilidade somente seria legítima se os usos do comércio indicassem que se tratava de balança de fato utilizada como pública, o que parece duvidoso face ao reduzido valor cobrado pelo serviço de medição prestado. Ainda segundo o citado jurista, o dever de pesar possui apenas como escopo o correto cálculo do frete e apenas um dano nesse sentido estaria abrangido pelo nexo de antijuridicidade.[264] No mesmo sentido é a opinião de HERMANN LANGE. O autor alemão afirma que o dano não se encontra no âmbito de interesse protegido, pois, por falta de usos do tráfego em sentido contrário, o dever relativo à correta medição diz respeito apenas à avaliação do frete.[265]

iii) Outros exemplos

HERMANN LANGE refere outros exemplos: uma enfermeira esquece-se de fechar a janela do leito em que o enfermo se encontra, não observando instrução do médico, o que facilita a ação de um ladrão; um "instituto de casamento" não informa à sua "mandante" que a pessoa em vista havia sido condenada criminalmente por estelionato, falecendo a segunda em acidente de trânsito provocado por este; o motorista de um ônibus permite o embarque de mais pessoas do que o permitido, circunstância em que a carteira de um passageiro é furtada;[266] um veterinário receita medicamente errado para um animal e o proprietário deste o toma por engano.[267]

RAISER cogita numa hipótese interessante. *A* e *B* celebram acordo de proibição de concorrência pelo qual o primeiro compromete-se a não instalar uma tinturaria na mesma rua em que este exerce esta mesma atividade empresarial. *A* viola a proibição contratual, mas isso não provoca redução da clientela de *B*. Contudo, com a instalação de *A* na referida rua o sistema de filtragem da via pública satura; a administração pública o amplia e exige de ampos os empresários o pagameno das despesas. Para RAISER, é inegável a existência de relação adequada de causa e efeito, mas o prejuízo sofrido por B não se inclui no escopo de proteção contratual.[268]

---

[264] In *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts* 82, p. 104 e segs., citado por KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht I* cit., p. 162.
[265] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 47.
[266] O exemplo é mencionado por VON CAEMMERER, *Das Problem* cit., p. 13, e já havia sido referido acima.
[267] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 48. No último caso (veterinário), o autor ressalva não se tratar de um problema de culpa da vítima, pois o dever violado dirige-se apenas ao animal do cliente, não à sua saúde.
[268] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 64.

b) Casos de inadimplemento absoluto ou relativo

As questões relativas às hipóteses de inadimplemento absoluto ou relativo são mais problemáticas. Se adotado o entendimento de RAISER, a explicação é simples: geralmente as partes não regulam com especificidade os deveres contratuais "evidentes" (*selbstverständlich*).[269] Ora, como regra o inadimplemento absoluto ou relativo diz com uma prestação descrita pelo resultado, como realizar o pagamento de certa quantia, entregar a coisa vendida, realizar uma cirurgia[270] *etc*. Os casos de descumprimento dos denominados deveres anexos geram outra espécie de dificuldade, qual seja, formular a própria regra de conduta. Por isso HERMANN LANGE considera serem as questões atinentes à violação positiva do contrato de maior complexidade que as de inadimplemento absoluto ou relativo.[271] Mas é preciso lembrar que o autor não é tão rigoroso quanto RAISER na identificação do objeto de investigação da norma violada.

i) Interesse de afeição (*Affektionsinteresse*)

Um dos temas polêmicos enfrentados por RABEL é o do "interesse de afeição" (*Affektionsinteresse*). RABEL não discute o problema da indenização do interesse de afeição subjetivo, ou seja, relativo a sentimentos e opiniões subjetivas, os quais não são indenizáveis segundo o § 253 II do BGB em sua redação original. O autor cogita no "valor de estimação" (*Liebhaberwert*) de moedas, selos e tapetes antigos, o qual expressa-se no valor de mercado da coisa vendida e que, segundo o citado autor, deve ou não ser considerado para fins de indenização segundo o "sentido do contrato" (*Sinn des Vertrags*). RABEL cita o seguinte exemplo: quem adquire um quadro antigo por um valor ínfimo, sem saber que se trata de obra realizada por importante mestre, não faz jus à importância excessivamente elevada em caso de perecimento do objeto por culpa do vendedor.[272] HERMANN LANGE concorda com a solução. Para ele, em situações como essa é a contraprestação que estabelece, na prática, a medida em que se devem considerar as consequências da violação do contrato.[273]

---

[269] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 65.
[270] Observe-se que não se especificam as condutas, os métodos, os procedimentos a serem realizados. O cirurgião obriga-se, simplesmente, a realizar a cirurgia.
[271] Cf. HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 48.
[272] RABEL, *Das Recht* cit., pp. 497-498.
[273] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 48. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., pp. 31-32, noticia interessante exemplo elaborado por WILBURG, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts* 82, p. 105 e segs.: algum tempo após encomendar uma pintura, o cliente informa ao pintor que realizou uma elevada aposta envolvendo a entrega da tela. Para WILBURG, mesmo com a previsão do resultado leviso o pintor não

RAISER diverge do ponto de vista, sustentando a indenização do valor total. O autor refere entendimento da doutrina majoritária alemã pela responsabilização do vendedor pelo "valor de estimação" nos casos em que este não tinha conhecimento da particularidade do objeto, mas o comprador o sabia. Segundo o autor, o "risco do preço"[274] correria de qualquer forma contra o vendedor. Ele arcaria com o prejuízo mesmo se o cumprimento da prestação houvesse se tornado impossível por fato a ele não imputável. Com efeito, perderia de qualquer forma a propriedade sobre a coisa vendida.[275] Na referida hipótese, o problema somente se resolveria em favor do vendedor se anulado o negócio por erro.

Contudo, mesmo no caso cogitado por RABEL, qual seja, naquele em que o comprador também não sabe da peculiaridade da obra de arte,[276] sustenta RAISER a ampla responsabilização do vendedor. Para ele não existe razão alguma para diferenciar as hipóteses; em ambas incumbe ao vendedor arcar com o "risco do preço". A circunstância de o comprador também não conhecer o real valor da coisa vendida em nada modifica a importância do interesse do vendedor na solução do caso. Novamente, o problema resolve-se exclusivamente com base no instituto do erro.[277] A solução pode ser injusta, pois o negócio dificilmente será anulado com base nesse fundamento. Para isso seria necessário comprovar que o comprador deveria conhecer o verdadeiro valor da coisa vendida.[278]

---

responde pelo dano caso não finalize a obra no tempo combinado. Um dos critérios relevantes para a limitação da responsabilidade é, com efeito, o valor da contraprestação, que provavelmente seria maior se, no momento da celebração do contrato, o pintor já soubesse da circunstância.

[274] Deve-se tomar o cuidado de não associar o sentido em que a expressão é empregada pelo autor alemão com o do contexto normativo do art. 492 do Código Civil brasileiro. Referindo-se ao dispositivo correspondente no Código de 1916, ORLANDO GOMES, *Contratos*, 17 ed. atualizada e anotada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 234, já denunciava a impropriedade de linguagem no enunciado da regra: *"a prestação do comprador consiste em coisa genérica* – genus illimitatum – *que, obviamente, não se extingue. Não é possível falar-se em* risco*"*. Sobre o alcance da expressão no art. 492 do Código Civil brasileiro cf. os comentários de OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *Código Civil comentado, v. VI, t. I – compra e venda, troca, contrato estimatório, arts. 481 a 537*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 134 e segs. O citado autor aponta duas situações atinentes ao sentido da expressão "risco do preço" no art. 492. Cumpre destacar apenas a primeira delas, relacionada *"à desvalorização total ou parcial do valor da coisa"*. Para o autor, *"os riscos desses efeitos econômicos caberão ao comprador, titular do preço, antes da tradição"* (*ibidem*, p. 135). *A contrario sensu* os riscos de valorização correm por conta do vendedor, ressalva feita às hipóteses de melhoramento ou acréscimo (CC, art. 237). É nesse sentido que RAISER utiliza a expressão, não a associando à questão da impossibilidade superveniente de cumprimento da prestação.

[275] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 76 e segs.

[276] Presume-se, é claro, que o vendedor também não o sabia, pois, caso contrário, não haveria vendido a coisa por preço ínfimo.

[277] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., pp. 76-79.

[278] No direito brasileiro o problema poderia ser resolvido com a lesão. De acordo com a doutrina nacional, *"a lesão depende apenas de dois requisitos: a assunção de obrigação manifestamente desproporcional à prestação oposta e a premente necessidade ou inexperiência que dê causa a este comprometimento"* (cf. DANIEL AMARAL CARNAÚBA, *A renovação dos vícios do consentimento – considerações a propósito dos institutos introduzidos no Código Civil de 2002*, p. 30, in *RTDC* 50 (2012), pp. 3-34). O instituto, ao contrário

ii) Lucros cessantes

Ao cuidar da responsabilidade do vendedor, RABEL também abordou o problema da reparação de lucros que o comprador obteria com a revenda da mercadoria (*Weiterverkaufsgewinn*).[279] Em princípio o contrato abrange o interesse do comprador na revenda da mercadoria, mesmo que não se trate de um comerciante. Para o autor esta é a concepção do direito europeu continental. Porém, RABEL segue afirmando que a avença não considera *"acasos incomuns ou também um talento incomum do comprador que lhe permitiria obter da mercadoria um lucro extraordinariamente alto"*.[280] O jurista reconhece a importância do "decurso ordinário das coisas" neste aspecto. Porém, ressalva que isso não se deve à necessidade de "dividir" o dano em algum lugar, mas ao fato de somente deverem ser indenizados aqueles prejuízos *"que resultam da direção indicada pelo contrato"*.[281]

A solução não é acolhida por HERMANN LANGE. Para ele o decisivo são as circunstâncias do caso concreto, referindo a possibilidade de o sentido do contrato visar à garantia de lucros cessantes totalmente extraordinários e imprevisíveis: se A encarrega seu administrador B da realização de negócio jurídico com chance de lucros normalmente não auferíveis, o descumprimento do dever contratual implicará a responsabilidade do segundo pelo lucro não realizado.[282] RAISER também critica a limitação da indenização dos lucros cessantes relativos a emprego totalmente improvável da coisa devida ou a um lucro excessivamente alto, afirmando inexistir na exposição de RABEL qualquer justificativa plausível para enquadrar a solução no critério do escopo da norma:

---

do estado de perigo, não exige a ciência da situação em que o lesado se encontra. Porém, seria necessário investigar se a lei também não requer o conhecimento pelo beneficiado da manifesta desproporção entre os valores das prestações, o que não faz ao menos expressamente. Pela negativa poder-se-ia afirmar que a expressão *"prestação manifestamente desproporcional"*, contida no art. 157, *caput*, do Código Civil, não significa necessariamente que precise ser subjetivamente perceptível pelas partes. De fato, o fundamental para a configuração do instituto é a vulnerabilidade do lesado. A propósito da distinção entre erro e lesão, DANIEL AMARAL CARNAÚBA, *A renovação* cit., p. 31, assevera o seguinte: *"[d]iferentemente do erro, que tem como elemento fundamental a falsa percepção da realidade, a lesão é fruto da vulnerabilidade do lesado, de sua 'simpleza' como diziam as Ordenações, ferindo, não tanto o livre-arbítrio, mas a justiça comutativa que deve reinar sobre os pactos privados"*.

[279] RABEL, *Das Recht* cit., p. 498 e segs.

[280] RABEL, *Das Recht* cit., pp. 498-499: *"Der Vertrag berücksichtigt dagegen nicht* ungewöhnliche Zufälle *oder auch eine ungewöhnliche Begabung des Käufers, die ihm einen außerordentlich hohen Gewinn aus der Ware ermöglicht haben würde"*. Com reservas quanto à segunda restrição cf. HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., pp. 47-48.

[281] RABEL, *Das Recht* cit., p. 499.

[282] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., pp. 14 e 48.

> *"seus resultados [de Rabel] não são suficientemente fundamentados a partir de seu pensamento original, pelo contrário em verdade eles somente podem alcançar sua legitimação através do ponto de vista de um observador experiente, o qual conhece os danos das soluções extremas e procura compensá-los entre si".*[283]

Para RAISER, trata-se de situações nas quais se deve decidir qual das partes deve arcar com o risco de dano imprevisível e improvável. Esse "resíduo" é desconhecido tanto pelo credor quanto pelo devedor. Em princípio, pode ser atribuído àquele com base no critério da culpa da vítima nos termos do § 254 II do BGB, desde que, comparativamente ao devedor, tivesse melhores condições de conhecimento das condições que levaram ao dano. Contudo, essa solução é limitada, pois não abrange todas as situações possíveis. De acordo com RAISER, a interpretação do contrato não oferece uma solução imanente em favor seja do credor seja do devedor. A limitação da responsabilidade segundo o grau de previsibilidade do dano depende de normas não extraíveis do conteúdo da estipulação negocial. A teoria do escopo da norma falha nesse ponto. Quando RABEL a utiliza como explicação para a solução dos casos práticos por ele analisados, na verdade emprega o conceito para um sentido que não mais corresponde à sua acepção original.[284]

iii) Responsabilidade por prejuízo com pagamento de multa contratual devida a terceiro

Outra questão prática semelhante consiste em saber se o vendedor inadimplente deve indenizar o valor de cláusula penal prevista em contrato no qual o comprador revende a coisa prometida a terceiro. RABEL não exige o conhecimento pelo devedor dessa circunstância. Segundo o jurista, basta que ele tenha tido oportunidade para supor que o comprador poderia ter prometido entregar a coisa a terceiro.[285] RAISER concorda com a conclusão, mas observa tratar-se de critério empírico.[286]

---

[283] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 83: *"seine Ergebnisse sind von seinem Ausgangsgedanken her durchaus nicht genügend fundiert, sondern können ihre Legitimation in Wahrheit nur durch das Augenmaß des erfahrenen Beurteilers erhalten, welcher die Schäden der extremen Lösungen kennt und zwischen ihnen auszugleichen sucht"*. O autor considera a formulação de HERMANN LANGE melhor, porém também criticável.
[284] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 83.
[285] RABEL, *Das Recht* cit., p. 500.
[286] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 81.

c) Responsabilidade em caso de mora

i) O caso da oficina mecânica

Por fim, é mister analisar algumas situações de mora, tema em relação ao qual os juristas alemães também divergem entre si. HERMANN LANGE sustenta que, nessas situações, a teoria do escopo da norma conduz a melhores resultados que a da causalidade adequada.[287] O autor formula um exemplo paradigmático. Uma oficina mecânica obriga-se a reparar um veículo automotor até a manhã de determinado dia, mas somente o entrega às 17 horas. Como o tráfego na região é complicado, o proprietário do veículo vê-se obrigado, assim como outros condutores, a usar uma ponte geralmente bloqueada por volta desse horário, ocasião em que sofre acidente. Para HERMANN LANGE, o nexo de causalidade entre o atraso e o acidente é adequado, mas o risco concretizado é muito genérico e, dessa forma, não pode ser atribuído ao escopo de proteção do contrato firmado com a oficina.[288]

RAISER concorda com a invocação do escopo da norma. O dano, embora consequência adequada do inadimplemento contratual, encontra-se fora do âmbito de proteção do dever violado. A lesão possui um vínculo meramente casual com o descumprimento da avença, que não justifica a responsabilidade. Para o citado autor, trata-se de risco que pelos 'usos do comércio' (*verkehrsüblichlicher Weise*) atigem exclusivamente o lesado e que, portanto, devem ser por ele suportados.[289]

Com efeito, a mera infração de um dever contratual não fundamenta a responsabilidade. É preciso a violação de um interesse juridicamente protegido, o qual deve ser inferido da relação obrigacional. No exemplo discutido tal violação ocorreria se, por exemplo, o proprietário, em razão da demora, não conseguisse entregar o veículo a tempo a terceiro para o qual o houvesse prometido, com a consequente resolução do negócio e cobrança de multa contratual. Também haveria fundamentação da responsabilidade se o proprietário precisasse locar um automóvel para o seu uso diário. Para a específica situação descrita por HERMANN LANGE a responsabilidade somente seria fundamentada se as partes houvessem estabelecido que o veículo deveria ser entregue antes de determinado horário em consideração às mencionadas dificuldades de circulação nas vias públicas da proximidade.

---

[287] HERMANN LANGE, *Gutachten* cit., p. 47.
[288] *Idem, ibidem*.
[289] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., pp. 66-67. O autor compara o caso com o problema da reparação das despesas com defesa processual.

Em verdade, a responsabilidade depende da simultânea violação de um dever de proteção (*Schutzpflicht*), não bastando a configuração da mora. Nesse sentido, STOLL, ao analisar o exemplo de HERMANN LANGE, defende que o dever de reparar o dano fica na dependência de se inferir da relação obrigacional um dever jurídico da empresa de tomar a devida cautela para que o cliente não se envolvesse numa situação de trânsito desfavorável.[290]

ii) O caso RGZ 13, 60

No entanto, RAISER discorda da invocação do escopo de proteção em outras hipóteses de mora.[291] Ele cita o caso do comissário de transportes (*Spediteur*).[292] O requerido era comissário responsável pelo transporte de mercadorias de vidro e porcelana do demandante para Cuba. Este não concedera crédito ao comprador dos bens transportados. Dessa forma, instruiu o comissário de transporte a somente entregá-los ao destinatário mediante simultâneo pagamento do preço avençado. Todavia, o comissário não enviou o conhecimento de frete no momento devido e o comprador, aparentemente com a conivência dos funcionários aduaneiros cubanos, conseguiu obter as mercadorias sem a entrega dos documentos necessários para tanto. Posteriormente, negou-se a pagar o preço alegando vício das mercadorias.

Segundo RAISER, a solução do caso depende de critérios empíricos, nos termos da teoria da causalidade adequada. O decisivo é saber se o devedor deveria ter contado com a conduta irregular dos funcionários da repartição pública. Trata-se de um dano decorrente da mora do devedor. Existe, no caso, uma relação da mora com o dever anexo de somente transferir as mercadorias mediante simultâneo pagamento do devedor, mas apenas na medida em que o dano realizado era, excepcionalmente, aquele que o cumprimento deste dever deveria evitar.[293]

De fato, é fundamental separar as questões: uma coisa é a mora do devedor quanto à entrega da mercadoria transportada em virtude da não emissão do conhecimento de frete; outra é o (des)cumprimento do dever lateral de somente entregá-las mediante simultâneo pagamento do preço. A demora na entrega do conhecimento de frete implicou uma nova

---

[290] STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht – Eine Darstellung auf rechtsvergleichende Grundlage*, Heidelberg, Müller, 1993, p. 397.
[291] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 66 e segs.
[292] RGZ 13, 60.
[293] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 66.

circunstância, a qual o comissário deveria levar em consideração para o cumprimento do dever lateral: incumbia-lhe tomar todas as providências necessárias e exigíveis para que os bens não chegassem às mãos do destinatário sem o imediato e correspondente pagamento do preço. Para isso, é de fato importante indagar se o comissário deveria ou não contar com o comportamento irregular dos funcionários da alfândega, como assinalado por RAISER.

iii) O caso RGZ 81, 359

Outro importante caso relativo ao problema da mora foi o julgado *RGZ 81, 359*, citado pela doutrina como uma referência na adoção da teoria da causalidade adequada pelo Tribunal do *Reich*.[294] Para relembrar a hipótese,[295] o demandado obrigou-se a rebocar as barcaças do requerente na tarde de 28 de outubro de Cuxhaven para Nordenham. Todavia, atrasou culposamente a execução do serviço, o qual somente foi realizado na manhã do dia seguinte, quando então o tempo fechou. As embarcações foram atingidas por forte tempestade e ambas sofreram danos significativos. O Tribunal do *Reich* condenou o rebocador a repará-los, comparando a situação em tela com a seguinte: se o dano houvesse decorrido de uma colisão não culposa com outro navio, a pretensão indenizatória não deveria ser acolhida.

RABEL criticou a decisão, afirmando não haver em sua fundamentação uma explicação para a conclusão de que a postergação da execução do serviço elevou o risco de tempestade. A probabilidade ou improbabilidade abstrata é irrelevante como critério para o caso, defendeu o autor. Para ele somente haveria responsabilidade se alguma circunstância específica o justificasse, como o estabelecimento do dever de evitar certo período de tempo em que há muita movimentação no leito do rio.[296]

RAISER discorda do recurso ao escopo de proteção. Para ele, o problema soluciona-se pela teoria da causalidade adequada, cujo pensamento central foi originalmente o de excluir a responsabilidade quando através da conduta lesiva não houver a elevação de um risco em princípio atribuível à vítima, como no caso em tela. O problema dessa ideia é a dificuldade de decidir sobre a relevância da elevação do risco em cada caso concreto. Como exemplo de aplicação prática do referido pensamento RAISER cita o contratante que escolhe,

---

[294] Cf. RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., p. 67.
[295] Cf. capítulo 2, item 5.2.1, *supra*.
[296] RABEL, *Das Recht* cit., p. 501.

ao invés de um dia específico, certa embarcação para o serviço de rebocagem, o que se explica pela excelente qualificação profissional de seu capitão. Se, desrespeitando esta instrução, o contratado encarregar outro navio da realização da tarefa, o risco de naufrágio ou danos em razão de uma forte tempestade passará a ser do devedor, pois com o descumprimento reduziu-se a probabilidade de o capitão da embarcação, numa situação de emergência, conseguir evitar um acidente mediante uma manobra talentosa.[297]

Porém, em rigor o problema é de fundamentação da responsabilidade contratual. Não é propriamente a mora que fundamentaria a responsabilidade, mas a violação de outro interesse juridicamente protegido pelo contrato. Em outros termos, trata-se de identificar um dever específico violado, seja um dever lateral estabelecido pelas próprias partes, ou um dever decorrente do princípio da boa-fé objetiva. Isso ocorreria no exemplo formulado por RAISER: as partes avençaram que o transporte seria realizado por determinada embarcação, o que, contudo, não foi observado. STOLL, o qual sustenta a necessidade de investigar o interesse juridicamente protegido pelo dever contratual violado, afirma, em relação ao caso *RGZ 81, 359*, ser irrelevante saber se a danificação da embarcação possui nexo causal com a violação da prestação devida pela empresa de rebocagem.[298]

5.4. A contribuição de Hans Stoll

Outra importante crítica à teoria do escopo da norma foi tecida por HANS STOLL. O jurista defendeu a importância das tradicionais teorias alemãs sobre a causalidade, assinalando, com eloquência, a repercussão por elas alcançada no direito comparado – VON KRIES, assim como VON BURI, era à época um dos poucos autores alemães citados nas principais obras francesas sobre *responsabilité civile*, razão suficiente para reanalisar, com respeito, a teoria da causalidade adequada, principal alvo das críticas formuladas pelos defensores da teoria do escopo da norma.[299] Além disso, para ele o julgado do BGH de 1958 já indicava as dificuldades de delimitação da estrutura e do âmbito de aplicação da teoria do escopo da norma.[300]

---

[297] RAISER, *Haftungsbegrenzung* cit., pp. 69-70.
[298] STOLL, *Haftungsfolgen* cit., p. 397.
[299] STOLL, *Kausalzusammenhang um Normzweck* cit., p. 3. O autor também se refere à monografia de HART e HONORÉ, *Causation in the law* cit., sobre o nexo de causalidade, os quais apontam os trabalhos dos juristas alemães como representativos da *continental theories of causation*. Porém, a tendencial resistência francesa a influxos externos atribui à primeira menção maior eloquência.
[300] STOLL, *Kausalzusammenhang um Normzweck* cit., p. 10 e segs.

Todavia, STOLL não a rejeita, reduzindo, entretanto, seu campo de incidência. Aqui reside o principal mérito de seu trabalho. A funcionalidade da investigação do escopo da norma limita-se à fundamentação da responsabilidade, na qual ela se esgota: o escopo da norma violada interessa somente à imputação do que a doutrina alemã denomina de "lesão primária" (*Erstverletzung*); questões relacionadas à responsabilização pelas "lesões subsequentes" (*Folgeverletzungen*) ou ao dimensionamento do dano (*Schadensbemessung*) resolvem-se por outros critérios.

Essas diferenciações pressupõem a compreensão da distinção, feita pelo autor, entre "suporte fático da responsabilidade" (*Haftungstatbestand*) e "suporte fático do dano" (*Schadenstatbestand*).[301] Os conceitos indicam problemas de natureza diversa, pois, enquanto o elemento central do suporte fático da responsabilidade é a violação de um bem jurídico ou de um interesse juridicamente protegido, o suporte fático do dano abrange os reflexos prejudiciais do evento lesivo para o lesado, na medida em que se trate de parcelas indenizatórias reconhecidas como indenizáveis pelo ordenamento jurídico.[302] Nesse contexto, STOLL distingue entre lesão a direito ou interesse juridicamente protegido e dano, sendo este *"o resultado da avaliação da violação de um bem jurídico"* ou interesse juridicamente protegido.[303]

5.4.1. Os níveis (*Stufen*) de imputação da responsabilidade

Na obra dedicada especificamente à teoria do escopo da norma, STOLL indica três *níveis* (*Stufen*) do processo de imputação da responsabilidade delitual.[304] O *primeiro* é constituído pela infração de uma regra de conduta. Na responsabilidade do § 823 II do BGB a norma violada é a "lei de proteção". STOLL também vislumbra a existência de regras de conduta na responsabilidade prevista no § 826 do BGB, o qual cuida do dano provocado de forma dolosa e contrária aos bons costumes, pois, segundo afirma, trata-se de uma cláusula geral cuja aplicação pressupõe o estabelecimento de regras de conduta não escritas desenvolvidas para a proteção de determinados interesses.[305] Quanto ao § 823 I, ou seja, à responsabilidade por violação de direito absoluto, o jurista assevera que a norma é extraída

[301] Cf. STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht – Eine Darstellung auf rechtsvergleichende Grundlage*, Heidelberg, Müller, 1993, p. 392 e segs.
[302] Cf. STOLL, *Haftungsfolgen* cit., p. 419.
[303] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 14, nt. 14.
[304] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 13 e segs.
[305] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 15, nt. 41.

do conteúdo do bem jurídico tutelado, mas STOLL não diferencia entre lesão direta e indireta. Porém, em outro trabalho afirma não haver um tipo unitário de direito absoluto, sendo *"comum a todos os direitos absolutos que qualquer pessoa pode intervir no direito e, além disso, existir um âmbito de ações que são considerados como intervenção 'direta'* per se, *ou seja, na ausência de um direito especial de intervenção do agente são simplesmente consideradas antijurídicas e dessa forma 'indiciam' a antijuridicidade"*.[306]

Contudo, a infração de uma norma de conduta, quando necessária, não é suficiente para fundamentar a responsabilidade civil, mesmo em se cuidando de transgressão de lei de proteção, no que STOLL diverge do entendimento tradicional do direito civil alemão. Por isso, em todo caso é preciso passar, ainda no plano da fundamentação da responsabilidade, a um *segundo nível*, consistente na lesão de um bem jurídico ou de um interesse juridicamente protegido. Na responsabilidade do § 823 I do BGB este plano não envolve muito problema, pois se trata de figura delitual descrita pelo resultado lesivo, ou seja, os direitos e bens jurídicos tutelados já se encontram enunciados no suporte fático da norma. Por esse motivo, muitos autores negam a aplicação da teoria do escopo da norma neste contexto. A responsabilidade do § 826 do BGB também não apresenta maior dificuldade, pois o dispositivo exige dolo, ou seja, a previsão do dano ou lesão que fundamenta a responsabilidade.

É a responsabilidade por infração de lei de proteção, estabelecida no § 823 II do BGB, que revela uma peculiaridade, já indicada acima. Nessa espécie de delito a tutela jurídica não é circunscrita pela enunciação de direitos, de forma que o correspondente bem jurídico ou interesse jurídico tutelado é inferido do próprio conteúdo da lei de proteção transgredida. O mesmo ocorre, por exemplo, na responsabilidade do Estado por infração de dever de ofício, prevista no § 839 do BGB.[307] De qualquer forma, sem lesão de direito ou interesse juridicamente protegido não há se falar em responsabilidade civil.

Estes dois primeiros níveis correspondem à fundamentação da responsabilidade, como já salientado. No entanto, antes de passar ao terceiro, STOLL destaca uma espécie de *fase intermediária* entre o segundo e o último. Trata-se das *Folgeverletzungen*, ou seja, das

---

[306] STOLL, *Unrechtstypen* cit., p. 228: *"[e]s gibt keinen einheitlichen Typ des absoluten Rechts. Allen absoluten Rechten ist zwar gemeinsam, dass jede beliebige Person in das Recht eingreifen kann und es ferner einen Kreis von Handlungen gibt, die als 'unmittelbar' Eingriffe per se, d. h. als solche mangels eines besonderen Eingriffsrechts des Täters schlechthin rechtswidrig sind und somit die Rechtswidrigkeit indizieren"*.
[307] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 13; idem, *Haftungsfolgen* cit., p. 393.

"lesões subsequentes" à lesão primária e que podem afetar o mesmo bem jurídico originalmente atingido pela conduta lesiva ou bem de natureza diversa. Exemplo da primeira hipótese é o clássico caso da vítima que sofre acidente durante o transporte de emergência para o hospital; para a segunda, STOLL cita a responsabilidade do autor de um acidente de trânsito por furto sofrido pela vítima enquanto inconsciente.[308] O jurista distingue entre "lesão subsequente" (*Folgeverletzung*) e "dano subsequente" (*Folgeschaden*), aquela correspondente ao suporte fático da responsabilidade e este ao do dano, não sendo as teorias limitativas da responsabilidade, em especial a da causalidade adequada, aplicáveis à segunda espécie.[309]

À primeira vista, a distinção não é clara, merecendo investigação mais detalhada. Sem embargo, ela remete à distinção entre a segunda fase e a *terceira fase* de imputação, corresponde ao "dimensionamento do dano" (*Schadensbemessung*). Este é realizado com base no suporte fático do injusto (*Unrechtstatbestand*) ou da responsabilidade (*Haftungstatbestand*), constituído da lesão primária (*Erstverleztung*) e eventuais lesões subsequentes (*Folgeverletzungen*). Seu objeto são *"os reflexos do injusto sobre o patrimônio total assim como, na medida em que o dano não patrimonial é indenizado, sobre a redução total da personalidade do lesado"*.[310]

Para STOLL, as questões práticas relativas ao dimensionamento do dano possuem caráter autônomo e não são redutíveis a ponderações esquemáticas de causalidade ou ao critério do escopo da norma. Ele sustenta que o dimensionamento do dano orienta-se no postulado da reparação integral e no princípio da causalidade lógica, enfatizando a inaplicabilidade de valorações empíricas para esta fase:

> *"Enquanto na imputação de 'lesões subsequentes' (*Folgeverleztungen*) a fórmula da causalidade adequada conduz à indagação de deverem ou não serem as lesões compreendidas como reflexos da lesão de*

---

[308] O autor menciona duas decisões contraditórias coincidentemente decididas no mesmo dia pelo Tribunal do *Reich* e pela Suprema Corte da Columbia Britânica. Cf. STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 26, nt. 75.

[309] STOLL, *Haftungsfolgen* cit., p. 425, defendendo o critério da causalidade lógica como critério genérico para a imputação dos "danos subsequentes".

[310] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 33: *"[s]ie [die Schadensbemessung] [...] hat die Auswirkungen des Unrechts auf das Gesamtvermögen sowie, der Nichtvermögensschaden ersetzt wird, die Gesamtbeeinträchtigung der Persönlichkeit des Verletzten zum Gegenstand"*; idem, *Haftungsfolgen* cit., p. 419.

um bem jurídico, no dimensionamento do dano trata-se de antemão apenas de determinados reflexos de uma lesão a um bem jurídico, a saber, do reflexo sobre o patrimônio do lesado como um todo".[311]

Segundo STOLL, as decisões das cortes indicam jamais haver a teoria da causalidade adequada alcançado significado prático algum no dimensionamento do dano.[312] Por exemplo, os tribunais sempre reconheceram ser indenizável o dano extraordinariamente elevado. Outrossim, é comum considerarem decursos causais incomuns, desde que comprovado que o prejuízo sofrido não teria ocorrido sem a violação do bem jurídico. A título ilustrativo, STOLL cita o ressarcimento de lucros cessantes totalmente invulgares, mas cuja realização seria certa, caso o evento lesivo não houvesse se produzido. Ainda segundo o autor, é esta perspectiva que explica a correta decisão da jurisprudência francesa de responsabilizar aquele que provocou a perda de um olho da vítima pela posterior incapacidade laborativa deste decorrente da perda do segundo olho numa briga com terceiro. Para o autor, nenhum dos agentes lesivos pode se eximir alegando a extraordinariedade do decurso causal.[313]

Outro exemplo, retirado da casuística germânica, ilustra muito bem a perspectiva da fase de dimensionamento do dano.[314] Tratava-se de um expatriado que sofrera acidente em 1930 na Alta Silésia. A discussão consistia em saber se o valor da pensão deveria tomar como referência a renda mensal média na antiga Alta Silésia ou no país para o qual o lesado fora posteriormente extraditado, no caso a Alemanha. O BGH entendeu pela segunda alternativa, elevando a pensão devida à vítima. Para isso, considerou que, não fosse a deficiência corporal causada pelo acidente, o autor teria trabalhado na Alemanha e auferido renda maior do que em sua terra natal. A corte justificou seu posicionamento assinalando

---

[311] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 35: *"[w]ährend bei Folgeverletzungen die Adäquanzformel zu der Frage hinführt, ob die Verletzungen noch als Auswirkungen der Erstverletzung verstanden werden können, geht es bei der Schadensbemessung von vornherein nur um bestimmte Auswirkungen einer Rechtsgutverletzung, nämlich um die Auswirkung auf das Gesamtvermögen des Betroffenen".*

[312] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 35 e segs. Para uma análise do direito comparado cf. STOLL, *Haftungsfolgen* cit., p. 424 e segs.

[313] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 37, nt. 105. Essa análise não é totalmente exata, se seguida a perspectiva do próprio autor. O caso citado é de *Folgeverletzung* para o primeiro agente, mas de dimensionamento do dano para o segundo. Quanto ao primeiro agente lesivo, há um novo fato, uma nova lesão ao mesmo bem jurídico: a saúde da vítima. O problema resolve-se com a teoria da causalidade adequada: a perda do primeiro olho elevou objetivamente a probabilidade da segunda lesão, a perda da visão (não propriamente do segundo olho). Por isso o primeiro lesante também responde. O segundo agente responde igualmente, mas a justificativa é outra: a cegueira é um reflexo da lesão primária consistente na agressão à integridade física da vítima. Uma corte inglesa afirmaria que o autor do ilícito deve aceitar a vítima como ela é.

[314] BGH VersR 1955, 210, citado por STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 36.

que as relações políticas e econômicas na Europa e na Alemanha já vinham sofrendo consideráveis alterações pelo menos desde 1914. Essas mudanças, nas quais incluem-se as que conduziram à expatriação do lesado, não poderiam ser consideradas como "exteriores a toda e qualquer expectativa". Contudo, para STOLL houve, em verdade, responsabilização do autor do ilícito por todo e qualquer reflexo da lesão sobre a atividade remuneratória da vítima, ainda que a redução dos rendimentos somente se explique por circunstâncias totalmente extraordinárias e imprevisíveis.[315]

Isso não significa inexistirem critérios delimitativos aplicáveis à fase de dimensionamento do dano. Para STOLL, a teoria da diferença[316] e o princípio da reparação integral atuam como diretrizes gerais, sendo a tendência do moderno desenvolvimento do "direito de danos" (*Schadensrecht*) uma criteriosa concretização de tais princípios orientadores mediante variegados pontos de vista normativos trabalhados com base em comparações casuísticas direcionadas à distinção de grupos de casos.[317] O jurista alemão atribui ao confortável emprego da simplificada fórmula da diferença a razão de certa negligência quanto à importância dos critérios normativos nessa seara, mas espera que o princípio diretivo do "sentido e escopo da reparação do dano" (*Sinn und Zweck des Schadensausgleiches*) contribua para o desenvolvimento de uma aplicação 'diferenciativa' do postulado da reparação integral.[318]

Neste ponto é preciso fazer uma observação. Foi visto acima que VON CAEMMERER também se refere ao "sentido e escopo da reparação do dano" (*Sinn und Zweck des Schadensersatzes*), relacionando-o à teoria do escopo da norma. STOLL invoca a expressão, mas a dissocia da teoria do escopo da norma.[319] Esta é a perspectiva mais correta. O sentido exato da teoria do escopo da norma é interpretar a específica norma de conduta violada; já o sentido e escopo da reparação do dano diz com o dimensionamento do dano. Este é apenas

---

[315] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 36.
[316] De acordo com a teoria da diferença todos os prejuízos patrimoniais decorrentes do ilícito devem ser indenizados, o que é aferido pela comparação do patrimônio do lesado no instante do julgamento com aquele que hipoteticamente existiria se o evento lesivo não houvesse se realizado. Como já observado, a teoria representa a rejeição de concepções antigamente prevalecentes, para as quais somente deve ser indenizado o dano direto, o necessário ou o previsível. Cf. capítulo 1 *supra*. Para STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 34, a teoria de MOMMSEN não apenas exclui as referidas diferenciações, como é incompatível com a aplicação da fórmula da causalidade adequada no plano do dimensionamento do dano. O mesmo vale em relação à teoria do escopo da norma, cuja funcionalidade se exaure no vínculo entre a conduta e a lesão primária. Cf. STOLL, *Haftungsfolgen* cit., p. 403.
[317] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 38.
[318] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 47.
[319] Cf. item 4.2.2. *supra*.

indicativo da necessidade de uma perspectiva normativa para a solução dos problemas atinentes a esta fase de imputação da responsabilidade.

Feita a ressalva, para STOLL, embora o nexo de causalidade lógico geralmente atue como fundamento evidente e suficiente para a imputação da responsabilidade das consequências lesivas, é mister investigar se elas relacionam-se com a lesão ao interesse indiretamente protegido pelo reconhecimento jurídico do direito ou bem jurídico violado através evento lesivo.[320] O autor refere interessante exemplo para a hipótese de proteção da integridade física.[321]

Trata-se de caso formulado por Heinrich Siber. A vítima fora contratada para escavar um poço, mas em razão de lesão corporal não pôde executar o serviço. Todavia, seu substituto encontrou um tesouro. O autor do ilícito não responde pelo prejuízo. A proteção da integridade física serve indiretamente ao 'interesse de ganho' (*Erwerbsinteresse*), mas não alcança lucros sem qualquer vínculo com a vantagem visada, os quais seriam auferidos somente em razão de um acaso ocorrido durante o exercício da atividade profissional. A solução seria outra se a vítima estivesse exercendo a atividade profissional ou privada de "caça" a tesouros. Observe-se que a restrição valorativa ao dano indenizável não se fundamenta nem no critério da causalidade adequada, nem no do escopo da norma violada.

Um julgado do *OLG Karlsruhe* também ilustra a autonomia dos critérios de imputação da fase de dimensionamento do dano.[322]

O autor da demanda alegou que o funcionário de uma loja de roupas que lhe atendia pisara em seu pé. Em razão disso, sua perna precisou ser amputada, o que, todavia, somente se explica pela circunstância de que a vítima sofria de grave problema de circulação arterial. O *OLG Karlsruhe* entendeu pela ausência de dever de indenizar. Para a corte pisadas no pé são fatos normais e usuais na vida social não sendo comparáveis a acidentes; logo, não fundamentam em princípio um dever de reparar o dano – a amputação da perna somente se realizou em razão de circunstâncias totalmente extraordinárias, relativas à pessoa do lesado.

[320] STOLL, *Haftungsfolgen* cit., p. 425.
[321] STOLL, *Haftungsfolgen* cit., pp. 426-427.
[322] OLG Karlsruhe VersR 1966, 741.

STOLL discorda da argumentação, referindo ser entendimento assente nas cortes germânicas e em outros ordenamentos que predisposições da vítima ao dano, mesmo extraordinárias, não afastam a imputação do resultado lesivo à conduta daquele. Contudo, ressalva que não seria correto atribuir ao requerido a integralidade do dano.[323]

Desde que desconsiderada a tese pela qual uma pisada no pé é "socialmente adequada" e partindo do pressuposto da infração de uma regra de conduta,[324] não se trata, com efeito, de problema a ser solucionado nem com a teoria da causalidade adequada, nem com a do escopo da norma. A questão insere-se no plano do dimensionamento do dano, na qual se deve buscar a solução apropriada.

Ela seria facilmente resolvida no Brasil com base no artigo 844, parágrafo único, do Código Civil, segundo o qual *"se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização"*. No entanto, na Alemanha esta alternativa esbarra no princípio do tudo-ou-nada. Por isso, a opção da corte por simplesmente negar a responsabilidade com base na teoria da causalidade adequada, enquanto parte da doutrina indica a teoria do escopo da norma como possível solução. Nesse sentido, R. LANG invoca os "fundamentos finalísticos do direito da responsabilidade civil" (*Zweckgrundlagen des Haftungsrecht*): a liberdade de iniciativa (*Handlungsfreiheit*) do indivíduo não pode ser excessivamente restringida.[325] Em verdade, porém, a aplicação da teoria do escopo da norma para essa espécie de problema apenas a transforma em "mera etiqueta exterior"[326] para ponderações normativas de outra natureza.

De fato, não se trata efetivamente de análise pautada no escopo da norma violada. Afinal, eventual norma de conduta concreta é totalmente irrelevante para as ponderações normativas invocadas. Aliás, sequer há se falar em sua violação, caso aceita a distinção entre lesão direta e indireta: a antijuridicidade da conduta daquele que pisa no pé de outrem não pressupõe uma regra concreta determinando como se deve ou não agir na circunstância concreta para prevenir o risco realizado. Em princípio, o problema da fundamentação da responsabilidade resolve-se na tradicional aferição da culpa: a previsibilidade e a

[323] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 44.
[324] Basta pressupor haja o funcionário da loja agido de forma inquestionavelmente negligente.
[325] R. LANG, *Normzweck* cit., p. 107.
[326] Cf. R. LANG, *Normzweck* cit., p. 105, nt. 296: *"bloßes äußeres Etikett"*.

evitabilidade da lesão. Nesse caso, não há uma norma concreta como referência para a investigação do escopo de proteção.[327]

5.4.2. A irrelevância do escopo da norma para a imputação de "lesões ou danos subsequentes"

Segundo STOLL, o campo tradicional das investigações das teorias da causalidade é o da imputação delitual das "lesões subsequentes" (*Folgeverletzungen*), ou seja, das lesões resultantes da "lesão primária", qual seja, aquela que fundamenta propriamente o dever de reparar o dano. Isso explica-se pela circunstância de haver prevalecido no direito civil alemão o princípio pelo qual a culpa do agente somente precisa abranger a lesão primária que fundamenta a responsabilidade, de sorte que o decurso causal aí iniciado é objetivamente imputável ao autor do ilícito.[328] De fato, o direito civil alemão, na linha da tese sustentada por MOMMSEN na metade do século XIX,[329] não limita o dever de indenizar ao *damnum circa rem*, ou seja, ao dano provocado no bem jurídico incialmente violado. Como visto acima, J. G. WOLF defendeu para estas hipóteses o princípio do risco – a lesão ou o dano subsequente deve representar a realização do risco adicionalmente acarretado ao lesado pela

---

[327] Voltando à solução acolhida no direito brasileiro, outra questão que se coloca é saber se raciocínio semelhante poderia ser aplicável à hipótese de responsabilidade independente de culpa. Sobre o tema cf. DIOGO NAVES MENDONÇA, *Indenização por equidade – desproporção entre a culpa e o dano*, in *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* 28 (2009), pp. 80-94, rejeitando a aplicação do art. 944, parágrafo único, do Código Civil brasileiro à responsabilidade objetiva. No mesmo sentido é o enunciado 46 das Jornadas de Direito Civil: *"a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano[,] não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva"* (alterado pelo Enunciado 380 – IV Jornada). Em sentido contrário cf. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 335, concluindo expressamente que *"[a] cláusula geral de redução prevista no parágrafo único do art. 944 do CC/2002 pode incidir também na responsabilidade objetiva, substituindo-se a expressão 'gravidade da culpa' por 'relevância da causa'"*. Quanto ao direito comparado, STOLL cita caso da jurisprudência francesa, no qual se decidiu pela fundamentação do dever de reparar o dano ocasionado pela queda de uma barra de gelo no pé do cliente de um bar. O lesado era dependente de bebida alcóolica e, em razão disso, o fato lesivo ensejou-lhe uma crise de *delirium tremens*. Por conta dessa circunstância, o tribunal francês considerou o *état morbide* da vítima no dimensionamento do dano, reduzindo o valor da indenização. Cf. STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 44, indicando que a decisão foi proferida pela corte de Paris e encontra-se em Gaz.Pal. 1962, II 172. Independentemente dessa discussão, o certo é que nem a teoria da causalidade adequada nem a do escopo da norma oferecem apoio para a solução dessa espécie de problema, cujo *locus* dogmático é a fase de dimensionamento do dano. Indicando a possibilidade de redução do valor da indenização por fundamentos de equidade cf. HUBER, *Verschulden* cit., p. 327.

[328] Cf. STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 25. Contudo, deve-se fazer reserva da responsabilidade por infração de lei de proteção, na qual, segundo a doutrina tradicional, basta a violação culposa da norma. Daí a relevância da investigação de seu escopo de proteção, como já assinalado.

[329] Cf. capítulo 1 *supra*.

situação criada com a lesão primária, correndo por conta da vítima os denominados "riscos genéricos da vida" (*allgemeine Lebensrisiken*).

A indagação que se coloca é saber se esta espécie de investigação deve ser feita com base na norma de conduta violada pelo autor do ilícito, questão respondida negativamente por STOLL:

> *"Como deve ser investigado se o legislador ao promulgar a ordenação sobre a circulação poderia ter objetivado, além da prevenção de acidentes, evitar a contaminação da vítima por gripe no hospital? Não se deve sobre-estimar a fantasia do legislador, nem a real nem a hipotética".*[330]

Para STOLL é a teoria da causalidade adequada que oferece critério mais apropriado para a solução do problema. O que interessa é o *ponto de vista da elevação geral do risco*, não da perspectiva do agente, mas segundo o critério de julgamento da situação criada por aquele através da provocação da lesão primária.[331] Em sentido semelhante, SCHICKEDANZ afirma que as lesões que não integram o escopo de proteção da norma são, em verdade, consequências inadequadas da lesão que fundamenta a responsabilidade.[332]

Em sentido contrário HUBER sustenta a aplicabilidade da teoria do escopo da norma tanto para a lesão que fundamenta a responsabilidade quanto para as lesões ou danos subsequentes.[333] Segundo o autor, *"[p]ara cada um dos danos subsequentes (*Folgeschäden*) é possível formular uma norma de conduta que, em razão de seu sentido protetivo, abrange precisamente esta consequência lesiva".*[334] Além disso – segue HUBER – , existem casos de danos subsequentes inadequados, mas imputáveis ao autor do ilícito, bem como de adequados, mas em relação aos quais o agente lesivo não responde.[335]

---

[330] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 27: *"[w]ie soll etwa ergründet werden, ob der Gesetzgeber bei Erlaß der Straßenverkehrsordnung außer der Unfallverhütung den Zweck verfolgt haben könnte, die Grippe-Infektion der Opfer im Krankenhaus zu verhindern? Mann sollte die Phantasie des Gesetzgebers nicht überschätzen, weder die wirkliche noch die hypothetische".*
[331] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 27.
[332] SCHICKEDANZ, *Schutzzwecklehre* cit., p. 919.
[333] Também defendendo a aplicação da teoria do escopo da norma para esse plano de imputação cf. R. LANG, *Normzweck* cit., p. 92 e segs.
[334] HUBER, *Verschulden, Gefährdung und Adäquanz*, p. 328, in MÜLLER e SOELL (orgs.), *Rechtswissenschaft und Gesetzgebung – Festschrift für Eduard Wahl zum ziebzigsten Geburtstag am 29. März 1973*, Heidelberg, Carl Winter, 1973, pp. 301-337: *"[z]u jedem der erörterten Folgeschäden laßt sich eine Verhaltensnorm bilden, die wegen ihrer besonderen Schutzrichtung gerade diesen Folgeschaden erfaßt".*
[335] HUBER, *Verschulden* cit., p. 324 e segs.

Assim como STOLL, HUBER também nega à teoria da causalidade adequada qualquer papel em relação à lesão primária. O autor cita o já mencionado caso *Thomas* e formula curioso exemplo: alguém invade biblioteca alheia e furta um livro; ao retirá-lo da estante, 'libera', sem perceber, um réptil que estava prensado pelo livro contra a parede; o animal ataca o proprietário do livro, causando-lhe dano. Não há responsabilidade, pois esta lesão não era previsível. E a necessidade de previsibilidade afasta qualquer relevância prática da teoria da causalidade adequada. Em verdade – segue HUBER –, sua aplicação importa num risco: substituir o critério da investigação da culpa por ponderações de causalidade. Tanto no caso *Thomas* quanto no do réptil, as consequências não são de todo "inadequadas". No plano da fundamentação o decisivo é a teoria do escopo da norma, a qual, contudo, exige um "nexo de culpabilidade" entre a lesão e a conduta lesiva:

> *"Lesões de bens jurídicos resultantes da infração de uma norma mas com as quais não se pode contar (como a explosão de uma caixa ao ser derrubada, quando sinalizado 'cuidado vidro! não derrubar') não podem integrar o âmbito de proteção da norma (p. ex. a norma proibindo derrubar bens descritos como frágeis)".*[336]

Divergindo, todavia, de STOLL o autor nega, outrossim, a aplicabilidade da teoria da causalidade adequada na fase que se inicia após a verificação da lesão que fundamenta a responsabilidade. Como exemplo de não responsabilidade por consequência adequada cita, dentre outros, um julgado do BGH de 7 de junho de 1968.[337]

Em razão de acidente, a vítima, que trabalhava como guarda-barreira (*Schrankenwärter*), precisou se submeter a exames médicos. Nessa ocasião foi descoberta a preexistência de doença não relacionada ao evento lesivo – uma "arterioesclerose cerebral" (*Hirnateriosklerose*). Consequentemente, a aposentadoria da vítima foi antecipada, pois a doença a tornava inapta ao exercício de sua profissão. Ela exigiu indenização da redução de seus rendimentos mensais, a qual não teria ocorrido se o acidente não houvesse se realizado. O BGH reconheceu a existência de relação de causalidade adequada entre a lesão sofrida pela vítima e a descoberta da arterioesclerose. Contudo, invocou a teoria do escopo da norma

---

[336] HUBER, *Normzweckheorie* cit., pp. 679-680: *"Rechtsgutverletzungen, die zwar infolge eines Normverstoß vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte (wie die Explosion der fallen gelassene Kiste, auf der 'Achtung Glas! Nicht stürzen' steht), können also nicht in den Schutzbereich der Norm fallen (z.B. der Norm, als zerbrechlich gekennzeichnete Güter nicht fallen zu lassen)"*.
[337] BGH NJW 1968, 2287 (= JZ 1969, 702).

e decidiu que a proibição de lesão contra o corpo não visa à proteção do dano consistente na descoberta da doença e da consequente antecipação da aposentadoria, pois através do acidente não se realizou o risco que a lei pretendia evitar.[338]

Para HUBER, a descoberta de um problema de saúde durante um exame médico não contraria as regras da experiência; pelo contrário, o exame médico possui exatamente essa finalidade. Portanto, a lesão sofrida pela vítima constituiu uma circunstância genericamente favorável à descoberta da doença, mas o caráter casual da relação entre a antecipação da aposentadoria do lesado e o acidente é claro e inquestionável.[339] Porém, a invocação do escopo da norma somente se torna convincente quando a corte o associa a um segundo raciocínio: a descoberta da doença e a antecipação da aposentadoria pertencem aos "riscos genéricos da vida" (*allgemeine Lebensrisiken*) e, dessa forma, ao âmbito de risco do lesado. HUBER o relaciona ao postulado do risco, citando o trabalho de J. G. WOLF, e defende a "teoria do âmbito do risco" (*Gefahrbereichstheorie*), extraída da teoria do escopo da norma:[340] para ser indenizável a consequência lesiva deve consistir na realização do risco específico estabelecido pelo lesante com a violação do direito da vítima, o que não ocorreu no caso decidido pelo BGH. Um dever de reparar o dano resultante da antecipação da aposentadoria não seria coerente com o escopo da norma que fundamenta a responsabilidade, o qual consiste em retirar do lesado os riscos específicos criados através da violação de seu direito e que não recairia sobre ele sem a ingerência em seu bem jurídico.[341]

A solução proposta não deve ser aceita. Não se trata propriamente de um problema de imputação ao agente de lesão resultante da violação de direito que fundamenta a responsabilidade. O julgado envolve uma questão de investigação do dano indenizável, para o que as teorias da causalidade adequada e do escopo da norma não desempenham papel algum. A verdadeira razão para negar a responsabilidade é o critério da legitimidade da parcela indenizatória.[342] A redução dos rendimentos da vítima são consequência de medida

---

[338] BGH NJW 1968, 2287 (= JZ 1969, 702): *"[d]as Verbot der Körperverletzung soll nicht davor schützen, dass bis dahin vergorgen bebliebene Erkrankungen entdeckt werden und dann zur Pensionierung führen. Insoweit sind durch den Unfall keine Gefahren verwirklicht worden, die das Gesetz verhüten will"*.

[339] HUBER, *Normzweckttheorie und Adäquanztheorie – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968*, p. 677, in *JZ 21 (1969)*, pp. 677-683.

[340] HUBER, *Normzweckttheorie* cit., p. 682. Criticando o autor cf. SCHICKEDANZ, *Schutzzwecklehre* cit., p. 919, para o qual HUBER não reconhece que o "princípio do risco" (*Gefährdungsgedak*) está contido no conceito de causalidade adequada.

[341] HUBER, *Normzweckttheorie* cit., p. 681.

[342] Nesse sentido cf. a explicação de LARENZ, *Schuldrecht I* cit., p. 451; idem, *Zum heutigen Stand* cit., p. 88: *"o ordenamento jurídico prevê o pensionamento de um funcionário inapto no interesse da coletividade.*

estabelecida no interesse da coletividade. Dessa forma, a perda patrimonial sequer pode ser vista como um prejuízo legitimamente exigível.

Assiste razão a HUBER quando afirma que o prejuízo poderia ser licitamente provocado. O autor, que também refere o exemplo em que a vítima de um acidente de trânsito é multada por haver trafegado sem carteira de habilitação ou alcoolizada, aduz o seguinte:

> *"é* permitido *chamar a atenção da polícia para a circunstância de alguém trafegar sem carteira de habilitação ou sob a suspeita de estar alcoolizado, ou avisar o tomador do serviço que seu funcionário está inapto para a função. Mesmo se eu sei que minha conduta levará à antecipação da aposentadoria do funcionário, eu não estou* por essa razão *vinculado a ajustar minha conduta de forma diversa"*.[343]

Contudo, isso não diz com um suposto vínculo da norma de conduta violada com o interesse da vítima em continuar trabalhando. Do ponto de vista do direito, o interesse é juridicamente ilegítimo, não representando, portanto, um prejuízo indenizável. Quem avisa o tomador do serviço dos riscos relacionados à saúde do empregado não age de forma ilícita, mas sequer é preciso indagar se houve ou não violação de uma regra de conduta ou a observância do cuidado exigido no tráfego, pois inexiste interesse juridicamente protegido a partir do qual se possa formular uma regra de conduta.

Como exemplo de responsabilização por consequências inadequadas, HUBER cita, dentre outros, o caso da vacinação.[344] Novamente, não se trata de um problema de imputação de consequências lesivas, mas, desta vez, de fundamentação da responsabilidade segundo a responsabilidade pela *Aufopferung*.[345] O próprio autor parece reconhecer isso, citando o posicionamento de LARENZ, o qual se refere aos §§ 51 e seguintes da *Bundesseuchengesetzes*

Portanto, do ponto de vista do ordenamento jurídico não é legítimo o interesse subjetivo do funcionário de que sua incapacidade laborativa mantenha-se desconhecida pelo máximo de tempo possível" (*"[d]ie Rechtsordnung schreibt die Pensionierung eines Beamten, der dienstunfähig ist, im allgemeinen Interesse vor. Vom Standpunkt der Rechtsordnung aus ist daher das subjektive Interesse des Beamten daran, dass seine tatsächlich vorhandene Dienstunfähigkeit möglichst lange unentdeckt bleibt, nicht schutzwürdig"*).

[343] HUBER, *Verschulden* cit., p. 322: *"[...] es ist* erlaubt, *die Polizei darauf aufmerksam zu machen, daß jemand ohne Führerschein oder unter Alkoholverdacht fährt, oder den Dienstherrn darauf hinzuweisen, daß ein Beamter dienstuntauglich ist. Selbst wenn ich weiß, daß mein Verhalten zur vorzeitigen Pensionierung des Beamten führt, bin ich* aus diesem Grund *nicht verpflichtet, mein Verhalten anders einzurichten"*.

[344] HUBER, *Normzwecktheorie* cit., p. 682.

[345] Sobre o caso da vaciação e o conceito de *Aufopferung* cf. capítulo 2, item 5.2.2, *supra*.

de 18 de agosto de 1961.[346] Todavia, HUBER afirma que a solução deveria ser a mesma na hipótese de responsabilidade por ato ilícito; por exemplo, se a vacinação se realizar sem o consentimento da vítima.[347]

De fato, também se deveria decidir pela responsabilização. No entanto, nesse caso o problema não é de imputação de uma lesão subsequente à lesão primária. Sem o consentimento do paciente, a vacinação representou uma intervenção antijurídica na integridade física da vítima, hipótese na qual todos os reflexos lesivos na saúde daquela devem ser levados em consideração, de forma semelhante ao que ocorre na responsabilidade por dano patrimonial. Não se trata de imputar uma nova lesão (morte) a uma outra, que fundamenta a responsabilidade (picada da agulha). Isso fica claro com a distinção de STOLL entre as lesões subsequentes e o dimensionamento do dano indenizável, mas o problema também poderia ser solucionado, para quem discorda da distinção propugnada pelo autor, com base em critérios autônomos de imputação, em especial o *thin skull rule* – o autor do delito deve aceitar sua vítima como ela é. Para o fim específico deste trabalho, o decisivo é descartar a funcionalidade da investigação do escopo da norma para esta espécie de problema, o que colocaria em risco seu próprio valor metodológico.

5.4.3. Escopo da norma e "nexo de culpabilidade"

Delimitada a funcionalidade da investigação do escopo da norma ao vínculo entre a infração do dever de conduta e a lesão ao bem jurídico ou interesse juridicamente protegido, impende agora esclarecer o seu preciso sentido para STOLL.

A primeira questão que se coloca é saber se os três aspectos desenvolvidos pela jurisprudência alemã para a responsabilidade por infração de lei de proteção são aplicáveis aos delitos dos §§ 823 I e 826. Em relação à violação de direito absoluto, STOLL afirma que, em princípio, os âmbitos de proteção material e pessoal já estão estabelecidos, pois a formulação da regra de conduta fez-se exatamente em vista do direito ou bem jurídico tutelado pela norma de responsabilidade, bem como de seus titulares. Porém, não descarta a

[346] LARENZ, *Schuldrecht II* cit., pp. 446-447, nt. 77, afirma, sobre o caso, que *"[e]s wäre unverantwortlich, Schutzimpufungen anzuordnen und durchzuführen, wenn man bei ihnen mit einem tödlichen Ausgang als nicht ganz unwahrscheinlicher Folge rechnen müßte. In Wahrheit liegt es so, daß der Gesetzgeber, wenn sie doch einmal eintritt, die dann vorliegende erzwungene Aufopferung einen Ausgleich verlangt"*.
[347] HUBER, *Normzwecktheorie* cit., p. 682.

relevância dos aspectos pessoal e material em casos excepcionais.[348] De fato, não se deve excluir a possibilidade de desenvolvimento jurisprudencial de uma norma de conduta em vista do direito à vida, por exemplo, mas cuja violação seja *conditio sine qua non* de um prejuízo à propriedade do lesado.

Sem embargo, para STOLL o centro de gravidade da teoria do escopo da norma na responsabilidade do § 823 I do BGB consiste em verificar se o decurso dos fatos que levou à lesão corresponde aproximadamente ao risco contra o qual a norma violada visa reagir, ou seja, se a lesão concreta deve ser considerada como a realização do risco em questão, cuide-se ou não de uma consequência adequada.[349] Quanto a este aspecto STOLL afirma que *"a orientação da responsabilidade na norma violada pelo agente é [...] na imputação da lesão de bem jurídico que fundamenta a responsabilidade um critério de imputação mais aperfeiçoado e requintado que a fórmula da causalidade adequada"*.[350]

STOLL não dedica muita atenção à responsabilidade do § 826, mas, como observado acima, entende ser possível a aplicabilidade da teoria do escopo da norma também à hipótese de danificação dolosa e contrária aos bons costumes, tratando-se de cláusula geral cuja incidência pressupõe a concretização de regras de conduta.[351]

HERMANN LANGE também defende a aplicabilidade da teoria do escopo da norma ao § 826 do BGB, citando o julgado *BGHZ 57, 137*. O vendedor de um veículo automotor usado afirma falsamente ao comprador que o automóvel jamais se envolvera em acidente. O veículo sofre perda total num acidente provocado por culpa exclusiva do adquirente, o qual toma, então, conhecimento do dolo do vendedor. A questão consistia em saber se este deve indenizar segundo os §§ 823 II e 826 do BGB. O BGH respondeu afirmativamente, ressalvando, porém, que o dever de reparar o dano não alcança danos pessoais sofridos pelo

---

[348] Cf. STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 18.
[349] Nesse sentido cf. STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 10.
[350] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 20: *"[d]ie Ausrichtung der Haftung an der vom Täter übertretenen Verhaltensnorm ist daher bei Zurechnung der haftungsbegründenden Rechtsgutverletzung ein verfeinerter und verbesserter Zurechnungsmaßstab gegenüber der Adäquanzformel"*.
[351] Em sentido semelhante DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., pp. 207-208, também defende a aplicabilidade da teoria à responsabilidade por danificação dolosa e desleal, embora distinguindo duas funções dessa responsabilidade: a denominda "função de desenvolvimento" (*Entwicklungsfunktion*), na qual o injusto é de antemão considerado reprovável, como a "pirataria de discos de vinil" (*Schallplattenpiraterie*); e a "função de autocontrole" (*Überwindungsfunktion*), constitutiva de uma espécie de antijuridicidade "acentuada" (*gesteigert*), como no caso de abuso de posições jurídica formais. Independentemente dessa diferenciação, o fato é que em determinadas situações a aplicação pressupõe a interpretação de uma regra de conduta formulada com base no conceito indeterminado de "bons costumes".

comprador, seu dever de reparar prejuízos sofridos por terceiros ou danos sofridos por outras coisas de sua propriedade.[352]

Porém, a peculiaridade do pensamento de STOLL sobre o tema diz com a vinculação da investigação do escopo da norma com o princípio da culpa, o que possui reflexos tanto na responsabilidade por violação de direito absoluto quanto na por infração de lei de proteção. Antes de analisar seu ponto de vista é preciso esclarecer uma distinção de certa forma já apontada nas exposições anteriores.

Trata-se da distinção entre "proibição de perigo concreto" e "proibição de perigo abstrato" (*konkretes und abstraktes Gefährdungsverbot*). Ao cuidar dos suportes fáticos de perigo abstrato DEUTSCH cita dois exemplos. A proibição de matar alguém protege o bem jurídico vida contra sua periclitação concreta, ao passo que um sinal de "pare" ou de limitação da velocidade máxima incide de forma antecipada, não pressupondo que um bem jurídico concreto haja sido colocado em risco com a sua inobservância. Do ponto de vista da responsabilização civil em si, isto é irrelevante, pois em ambos os casos somente haverá dever de reparar o dano se ocorrer a violação de um interesse. No entanto, a distinção é fundamental do ponto de vista da culpa, pois quem cria um perigo abstrato pode ser responsabilizado mesmo se não puder reconhecer que um bem jurídico está sendo concretamente colocado em risco. Com isso há uma espécie de "antecipação" da proteção – quem não observa o limite máximo de velocidade responde ainda que não pudesse ter previsto que uma pessoa embriagada tentaria atravessar uma via pública totalmente deserta.[353]

Na doutrina alemã muitos autores afirmam não fazer sentido aplicar a teoria do escopo da norma para as proibições de perigo concreto. A asserção fundamenta-se na circunstância de a previsibilidade do risco concreto de lesão ser um critério mais rigoroso que o da análise do escopo da norma. Destarte, a utilidade desta restringir-se-ia às normas prescritivas ou proibitivas de condutas específicas, estabelecidas em vista do potencial lesivo genérico de determinada conduta. De fato, é nesse contexto que se compreende o verdadeiro

---

[352] HERMANN LANGE, *Adäquanztheorie* cit., p. 204, o qual discorda, todavia, da conclusão do tribunal, defendendo não ser o sentido do dever do vendedor assegurar o comprador contra riscos que sobre ele recairiam mesmo se estivesse utilizando um automóvel que não sofrera acidente. Em todo caso, ressalva o autor, o caso deixa claro que o vendedor jamais deverá responder por toda consequência adequada do ilícito.
[353] DEUTSCH, *Gefahr* cit., pp. 894-896.

significado da teoria do escopo da norma – por meio dela entende-se melhor o elemento normativo de imputação comparativamente à culpa ou à previsibilidade da lesão primária.[354]

Mas a doutrina alemã diverge quanto a esta específica funcionalidade, pois alguns autores – e este é o caso de STOLL – pretendem vincular a teoria do escopo da norma ao princípio informativo da responsabilidade, qual seja, o da culpa. Em termos práticos, isso implica não bastar a infração culposa da proibição abstrata de perigo, sendo possível ao indigitado responsável elidir sua responsabilidade demonstrando que, no caso concreto, podia legitimamente confiar na não realização do evento lesivo. Por isso, STOLL refere-se ao denominado "vínculo de culpabilidade" (*Verschuldenszusammenhang*), ideia válida tanto para o caso de infração de lei de proteção quanto para o de violação de direito absoluto.

Quanto à primeira hipótese, o autor assinala o tradicional entendimento no sentido da aplicação do critério do escopo da norma, defendendo, porém, ser sua autonomia em relação à culpa meramente aparente.[355] STOLL explica predominar na doutrina e na jurisprudência a "doutrina da redução da relação de culpabilidade" (*Lehre von der Verkürzung der Schuldrelation*), de acordo com a qual a culpa do autor do ilícito, no caso de infração de lei de proteção, precisa se referir somente à violação da norma, pois desnecessária a previsibilidade do resultado lesivo ou do dano.[356] Neste contexto, os limites da responsabilização seriam objetivamente traçados segundo o critério do escopo da norma da lei de proteção infringida, pois a responsabilidade civil seria "antecipada e estendida" (*vorverlegt und ausgedehnt*), comparativamente ao § 823 I do BGB – com a inobservância da norma o risco de dano transfere-se ao autor do ilícito, de sorte que a imputação da responsabilidade depende exclusivamente da perspectiva do legislador.

STOLL cita o seguinte exemplo, emprestado de DEUTSCH:[357] o condutor de veículo automotor que não observa o limite máximo de velocidade em uma estrada erma responde pelo atropelamento de uma criança que repentinamente – e de forma imprevisível para um observador ideal – atravessa-lhe a frente. O dano desta maneira realizado foi previsto pelo legislador e, consequentemente, deve ser arcado pelo infrator da regra de conduta.

---

[354] Em sentido semelhante cf. SOURLAS, *Adäquanz und Normzwecklehre* cit., p. 162.
[355] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 14 e segs.
[356] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 15, nt. 40.
[357] In *JZ* (1966), p. 559, citado por STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 22.

Contudo, STOLL não acolhe a "doutrina da redução da relação de culpabilidade",[358] pois, para ele, o suporte fático do delito também abrange a lesão ao interesse tutelado a ser concretizado com o auxílio da teoria do escopo da norma. O autor argumenta que a teoria da redução da relação de culpabilidade conduz a uma consequência indesejável do ponto de vista prático: o risco de responsabilização é tão maior quanto mais genérica e abstrata for a formulação da proibição de perigo. Isso enseja manipulação da responsabilidade mediante o estabelecimento indiscriminado de preceitos de segurança sem a necessária participação do legislativo, já que até mesmo imposições contidas em autorizações administrativas podem ser consideradas "lei de proteção" no sentido do § 823 I do BGB.

É nesse contexto que STOLL confere um *sentido específico à teoria do escopo da norma*, defendendo não haver justificativa para recusar ao agente a defesa segundo a qual as circunstâncias concretas específicas lhe permitiam confiar que o resultado temido pelo legislador não ocorreria. As máximas da experiência são válidas somente sob determinados pressupostos, não precisando serem confirmadas em toda e qualquer hipótese. Daí a conclusão do autor:

> *"Também no caso do § 823 II do BGB a responsabilidade por um resultado lesivo provocado por infração de uma norma pressupõe que o agente pudesse e devesse prever que ele iria provocar no caso concreto o risco que o legislador tinha em vista".*[359]

Dessa forma, a infração da lei de proteção representa apenas um indício da possibilidade dessa previsibilidade, negando STOLL a necessidade de presunção de culpa com inversão do ônus da prova.[360] Para exemplificar a problemática, o autor cita a casuística

---

[358] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 22. No mesmo sentido cf. FIKENTSCHER e HEINEMANN, *Schuldrecht* cit., p. 795-796 (= n. 1635).

[359] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 23: *"[a]uch im Fällen des § 823 II BGB setzt die Haftung für einen normwidrig herbeigeführten Verletzungserfolg deshalb grundsätzlich voraus, daß der Täter voraussehen konnte und mußte, er werde die vom Normgeber gesehene Gefahr in gegebenem Fall heraufbeschwören".*

[360] Para STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., pp. 23-24, o escopo da norma também pode justificar a presunção de causalidade entre a infração culposa e o resultado lesivo da espécie que a norma visa prevenir. Nesse caso, ao agente incumbe comprovar que o resultado não teria sido evitado mesmo mediante a observância da regra de segurança. No entanto, trata-se de questão de outra natureza, não relacionada ao problema da limitação da responsabilidade. Sobre o tema cf. idem, *Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen*, in ESSER e THIEME (orgs.), *Festschrift für Fritz von Hippel – zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1967, pp. 517-559. DEUTSCH, *Gefahr* cit., pp. 901, cuida do problema com apoio no "princípio da elevação do risco" (*Gedanke der Risikoerhögung*): *"[s]e através da violação de uma norma de conduta elevar-se o risco de dano, então incumbirá ao lesante demonstrar que o dano teria se realizado*

do BGH em matéria cível e penal sobre acidentes provocados em consequência da inobservância de proibição de ultrapassagem em confluência de estradas.[361] Em matéria penal a jurisprudência afasta a responsabilidade por falta de previsibilidade do resultado lesivo, o que, segundo o autor, consiste em aplicação da teoria do escopo da norma, enquanto em matéria civil o tribunal decide pela responsabilização. O autor critica a solução adotada no âmbito privado. A proibição é de perigo abstrato, mas caso o infrator demonstre a imprevisibilidade do acidente, a responsabilidade não se justifica. Nos termos dos precedentes em matéria penal, a proibição não visa evitar riscos possivelmente decorrentes de manobras totalmente inesperadas do veículo ultrapassado.[362]

Como referido acima, STOLL também vincula a funcionalidade da investigação do escopo da norma no delito do § 823 I do BGB ao princípio da culpa. [363] Para ele, trata-se da imputação valorativa da lesão de um bem jurídico a uma conduta antijurídica e culpável (*die wertende Zurechnung einer Rechtsgutverletzung zum rechtswidrig-schuldhaften Verhalten*), expressando não apenas um "vínculo de antijuridicidade", mas também de "culpabilidade" (*Schuldzusammenhang*).[364] Do ponto de vista prático isso significa que a infração de um dever do tráfego decorrente do § 823 I do BGB somente é considerada ato ilícito se a ausência de cautela do agente também for perigosa no caso concreto e este puder prever esta circunstância. Ou seja, a culpa do lesante também precisa abranger o resultado *"que se realiza com a concretização do risco culposamente criado de forma contrária ao dever"*.[365]

---

independentemente da vioalação" (*"[w]ird durch Verletzung einer Verhaltensnorm das Risiko des Schadens erhöht, dann hat der Verletzer zu beweisen, dass der Schaden unabhänhig von der Verletzung eingetreten wäre"*). O pressuposto para isso, segundo o citado autor, é inserir-se o dano no âmbito do risco que a norma visa regular. Em sentido semelhante, para o direito francês, mas invocando a causalidade adequada, cf. G. VINEY e P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 3 ed., Paris, LGDJ, 2006, pp. 193-194. O elemento comum no pensamento dos autores é a elevação do risco como justificativa para a flexibilização da prova do nexo causal em situações de incertezas. Distinguindo as questões da prova do nexo de causalidade e da investigação do escopo da norma cf. R. LANG, *Normzweck* cit., 42, conforme referência *supra* (item 3.3. deste capítulo).

[361] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 24.

[362] Para referências cf. STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 24, nt. 66.

[363] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 21.

[364] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 19.

[365] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., pp. 19-20. Em nota de rodapé (*ibidem*, p. 20, nt. 52), o autor afirma que VON CAEMMERER segue entendimento diverso. Em *Die absoluten Rechten* cit., pp. 564-565, este jurista afirma que *"a culpa somente precisa se relacionar com a periclitação resultante da infração contra o dever objetivo de cuidado"* (*"[...] das Verschulden braucht sich nur auf die in dem Verstoß gegen die objektive Sorgfaltspflicht liegende Gefährdung zu beziehen"*). Concordando com VON CAEMMERER cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie* cit., p. 164. STOLL também cita DEUTSCH, *Fahrlässigkeit* cit., p. 176 e segs. No entanto, DEUTSCH, *ibidem*, p. 176, assevera expressamente que, *"ao contrário de* v. Caemmerer *ainda não se deve inferir que sempre para o dever do tráfego concretizado para uma determinada conduta, a negligência, como no § 823 II do BGB, somente precisa se relacionar à infração deste dever e à periclitação com ela*

Esta interpretação é ilustrada por STOLL com um exemplo retirado da casuística alemã.[366] Trata-se da hipótese denominada *Schwarzfahrt*, a qual ocorre quando terceiro utiliza veículo sem autorização de seu proprietário, mas a conduta ilícita é facilitada pelo descumprimento de um dever de cuidado, por exemplo quando o veículo automotor é deixado destrancado numa via pública. Os tribunais alemães, que fundamentam o dever do proprietário ou possuidor do veículo no descumprimento de um dever do tráfego, não exigem a previsibilidade da lesão sofrida pela vítima. Porém, para STOLL a posterior evolução da jurisprudência esclareceu que *"a possibilitação culposa de uma 'condução não autorizada' (*Schwarzfahrt*) não basta para fundamentar a responsabilidade delitual (§ 823 I BGB) pelos danos provocados pelo condutor não autorizado (*Schwarzfahrer*). Em verdade, deve ter sido possível ao agente prever que seu veículo seria utilizado de forma contrária às regras do tráfego e a ocorrência, dessa forma, de danos"*.[367]

5.4.4. O "delito-duplo" (Doppeldelikt)

Para finalizar as considerações sobre o pensamento de STOLL é indispensável destacar um outro aspecto. Embora não relacionado diretamente ao escopo da norma, ele 'retira' do âmbito de problemática da referida investigação situações práticas em que a doutrina alemã enfrenta certa dificuldade teórica. Trata-se dos denominados "delitos-duplos" (*Doppeldelikte*), caracterizados pela "concorrência ideal" de diversos delitos contra uma mesma pessoa.[368] O autor contrapõe-se à compreensão meramente mecânica do conceito de

---

relacionada" (*"Hieraus ist entgegen* v. Caemmerer *noch nicht zu schließen, daß, jedenfalls für die auf ein bestimmtes Verhalten konkretisierten Verkehrspflichten, die Fahrlässigkeit wie in § 823 Abs. 2 BGB nur auf die Verletzung dieser Pflicht und der mit ihr verbundenen Gefährdung zu bezihen sei"*). A divergência entre os citados autores é mais teórica que prática e parece se dar nos seguintes termos. Para VON CAEMMERER a culpa precisa se referir exclusivamente à infração da regra de conduta. Para DEUTSCH, além da infração à regra é necessário que a culpa abranja *"a mais próxima intervenção no bem jurídico (lesão corporal, não a morte daí resultante) e a possibilidade de um dano"* (*ibidem*, pp. 176-177). Por fim, STOLL considera como resultado a ser abrangido pela culpa a própria situação de risco concreto, não propriamente o resultado lesivo.

[366] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 20, nt. 52. Sobre a jurisprudência francesa em caso semelhante cf. STOLL, *Haftungsfolgen* cit., p. 399, contrapondo o entendimento daquela ao prevalecente na Alemanha. O fundamento invocado pelas cortes francesas para negar a responsabilidade é a ausência de causalidade adequada.

[367] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 20, nt. 52: *"[...] die schuldhafte Ermöglichung einer Schwarzfahrt [begründet] nicht schlechthin die deliktische Verantwortung (§ 823 I BGB) für die von dem Schwarzfahrer angerichteten Schäden [...]. Vielmehr muß der Täter voraussehen können, daß sein Fahrzeug in verkehrsgefährdender Weise benützt wird und hierdurch Schaden steht"*. Na Alemanha a expressão *Schwarzfahrt* também é empregada para designar a circunstância de um passageiro se utilizar de serviço de transporte sem portar bilhete. As hipóteses não se confundem.

[368] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 30. Também sobre o problema dos *Doppeldelikte* cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., pp. 206-207, o qual, porém, os define como lesões subsequentes (*Folgeverleztung*) de normas de conduta que possam ser qualificadas como leis de proteção (*Schutzgesetz*) ou

"lesão subsequente" (*Folgeverletzung*), a qual, segundo defende, possui teor normativo: a lesão primária não pode ser uma casual estação de passagem do trajeto causal para uma outra lesão, pois o sentido da responsabilização fundamentada através da lesão primária não deve servir, por assim dizer, como mero "pretexto" para a imputação de qualquer outra consequência lesiva.[369]

STOLL cita exemplo de MAX LUDWIG MÜLLER. O agente adentra propriedade alheia e antijuridicamente faz rolar morro abaixo um bloco de pedra, o qual, de forma subjetivamente imprevisível, passa sobre um cão de caça. A responsabilidade pelo perecimento do animal não pode depender da circunstância de o bloco pertencer, coincidentemente, ao mesmo proprietário.[370] Problema semelhante ocorre num caso formulado por WILBURG: quem, sem culpa (ou melhor: sem a previsibilidade do resultado lesivo), fere terceiro com o uso de uma arma ou de uma bicicleta furtada não responde, mesmo que a vítima seja coincidentemente o proprietário da coisa subtraída.[371] Por fim, STOLL menciona caso julgado pelo *OLG Stuttgart*. O demandado conduzia uma carroça cujos eixos contavam com a distância de 2,45 metros. Ao passar pelo portão de uma quinta com três metros de largura, mas limitado por duas colunas de 2,60 metros de distância, o veículo tocou levemente um dos pilares, o qual, em razão de uma fissura preexistente, mas imperceptível, veio a ruir, caindo sobre a vítima, que se encontrava sob o portão. Se a queda houvesse atingido o próprio proprietário do portão, a aplicação da teoria do encurtamento da relação de culpabilidade importaria na responsabilização do agente pela morte da vítima, pois a lesão primária resultou da negligência do condutor.[372]

Para STOLL esses e outros casos semelhantes exigem uma *dupla investigação da antijuridicidade* da conduta do agente. Este somente se responsabiliza pelo resultado lesivo "mecanicamente" decorrente da lesão primária se todos os pressupostos para a fundamentação da responsabilidade também forem atendidos de forma autônoma em relação a ele. Em outras palavras, o agente somente responde pelo segundo evento lesivo

---

deveres funcionais (*Amtspflicht*). Dentre os exemplos, o autor cita o caso NJW 1968, 2287 (*Hirnarteriosklerose*), julgado pelo BGH e já referido *supra*.

[369] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., pp. 28-29.

[370] MAX LUDWIG MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*. 1912, p. 106, citado por STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 29.

[371] WILBURG, *Verhandlungen des 43. DJT München 1960 II (1962) C 7,* citado por STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 29.

[372] O julgado é de 18 de agosto de 1948, in *AcP 150* (1949), p. 446, com comentários de *Klug*, citado por STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., pp. 29-30.

(perecimento do cão de caça, lesão da pessoa atingida pela arma ou bicicleta furtada e morte provocada pela queda do portão) se este houver sido provocado culposa e antijuridicamente pelo agente. Não basta a investigação da relação de causalidade adequada entre a lesão primária e a segunda consequência lesiva. Esta somente pode ser considerada uma lesão subsequente se configurar um desenvolvimento do injusto primário caracterizado pela peculiaridade deste.[373]

Contudo, STOLL não oferece um critério preciso para a solução dos casos práticos. Como distinguir um caso de "duplo-delito" de um caso em que a segunda lesão deve ser considerada uma "lesão consequente" da primeira? Seja como for, a distinção possui clara natureza normativa, incumbindo em princípio à práxis judiciária desenvolver critérios concretos para a sua concretização.

Em sentido oposto, STOLL aponta a tendência da jurisprudência de abordar como lesão subsequente algumas hipóteses de interposição, entre a conduta lesiva e lesão sofrida por terceiro, de uma lesão provocada a uma vítima direta.[374] O autor destaca os casos de "danos reflexos" (*Schädigungen durch Fernwirkung*), ou seja, danos à saúde sofridos por parentes próximos da vítima em razão de abalo psíquico provocado pela morte desta, bem como os casos de lesão sofrida por terceiro por ocasião de sua intervenção em situação injustamente provocada pelo autor do ilícito, como, por exemplo, quando um bombeiro ou terceiro presta socorro, entrando numa casa em chamas para salvar vidas ou bens de elevado valor, ou quando, após um acidente de trânsito, um policial ou terceiro fere-se durante perseguição ao agente lesivo. Quanto a esse ponto, destaca o entendimento do BGH no sentido de que a perseguição não pode ser analisada de forma destacada do contexto representado pelo evento lesivo: quem dirige de forma arriscada durante uma aposta de corrida não responde pelos danos sofridos por aquele que, perseguindo-o, realiza manobra perigosa, mas quem provoca culposamente acidente de trânsito e sai em fuga pode ser responsabilizado por eventual segundo acidente sofrido por aquele que o persegue.[375]

---

[373] Para STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 31, nt. 88, *"Folgeverletzungen sind Weiterentwicklungen des primären Unrechts, die durch dessen Eigenart geprägt werden"*.
[374] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 32 e segs.
[375] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 32.

6. Considerações finais: pontos de partida para a investigação no direito civil brasileiro

A teoria do escopo da norma consolidou-se na doutrina e na jurisprudência alemã, apesar das duras críticas a que foi submetida principalmente a partir de seu 'apressado' acolhimento pela jurisprudência no julgado do BGH de 1958.[376] Ela representou um importante avanço em relação ao cenário vigente no direito delitual alemão na década de 1950, em especial quanto à individualização do critério de imputação normativo da responsabilidade civil no plano da fundamentação da responsabilidade.

O desafio que se coloca, a partir das conclusões extraídas da pesquisa do direito germânico, é contextualizar a sua problemática nos regimes de cláusula geral, em especial o do artigo 186 c.c. 927, *caput*, do Código Civil brasileiro. Para isso, impende fixar algumas conclusões sobre o desenvolvimento da matéria no direito alemão. Mas antes de proceder a esta tarefa é necessário fazer algumas reservas relativas a alguns aspectos da teoria do escopo da norma não abordados diretamente no presente capítulo, e, além disso, fixar seu âmbito de aplicabilidade em cotejo com a teoria da causalidade adequada.

6.1. Aplicabilidade à responsabilidade pelo risco e à exclusão ou redução da responsabilidade por culpa do lesado

Como observado na introdução do presente trabalho, as investigações centraram-se na responsabilidade delitual do BGB. Todavia, a doutrina alemã também defende a aplicabilidade da teoria do escopo da norma à responsabilidade pelo risco.

Nesse sentido, DEUTSCH afirma que a responsabilidade pelo risco serve a um âmbito de proteção, o qual, todavia, é idêntico à realização do risco concreto em razão do qual aquela é estabelecida.[377] Ainda de acordo com o citado jurista, a partir do momento em que a teoria da causalidade adequada deixou de ser aplicada à responsabilidade pelo risco no direito civil alemão,[378] a noção de âmbito de proteção tornou-se ainda mais importante nessa seara.

---

[376] Sobre as críticas relativas a esta decisão cf. item 5.1. *supra*.

[377] DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 208. Sobre o tema cf., outrossim, HERMANN LANGE, *Adäquanztheorie* cit., pp. 204-205; LARENZ, *Zum heutigen Stand* cit., p. 85, dentre outros.

[378] BGHZ 79, 259, em cuja ementa se lê: *"[i]m Rahmen der einen Gefährdunshaftung ist bei der Prüfung der sogenannten Adäquanz für verhaltensbezogene Zurechnungsmerkmale in der Regel kein Raum"*.

Dentre outros exemplos, o autor cita julgado da jurisprudência austríaca. Um pintor trabalhava no suporte de um teleférico quando foi tocado pelo mecanismo deste, perdendo o equilíbrio e caindo de cabeça para baixo. A corte decidiu não haver sido realizado o risco específico da atividade do teleférico, de maneira que o acidente não integra o âmbito de proteção da responsabilidade pelo risco.[379]

Da sucinta exposição do problema é possível verificar que a solução proposta pela doutrina alemã não se distancia daquela defendida no direito brasileiro, no qual também se avalia se a lesão concreta representa a realização do risco da atividade, embora muitas vezes sob a rubrica da excludente do fortuito externo ou da "quebra" do nexo de causalidade. Sobre o assunto, CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY afirma que *"na responsabilidade pelo risco impende identificar de maneira muito especial o que seja ou não estranho à atividade do agente, o que se coloca ou não, afinal, nos lindes do risco que lhe seja afeto"*.[380]

Outro possível campo de aplicação da teoria do escopo da norma apontado pela doutrina alemã diz com situações em que o lesado age com culpa, concorrendo com a produção ou com o agravamento do resultado lesivo, mas essa circunstância não justifica a redução do valor da indenização ou a exclusão da própria responsabilidade. Trata-se de uma aplicação 'inversa' da teoria do escopo da norma. Ou seja, investiga-se o escopo de uma regra de conduta estabelecida para o lesado em vista de seu próprio interesse, de sorte a verificar se a concorrência culposa ao dano legitima a redução ou a exclusão da responsabilidade.

De fato, a doutrina alemã entende que a regra geral relativa à culpa concorrente da vítima pode sofrer restrição segundo o âmbito de proteção de seu "ônus" (*Obligenheit*).[381] Segundo HERMANN LANGE e SCHIEMANN, *"se o lesado infringiu um dever de conduta que*

---

[379] DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 208, citando OGH JBl 94, 123.

[380] CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *Responsabilidade civil pelo risco da atividade – uma cláusula geral no Código Civil de 2002*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 103, o qual continua: *"[d]aí ter-se desenvolvido no Brasil, sobretudo com o advento do Código de Defesa do Consumidor e da responsabilidade sem culpa por ele estabelecida, a diferenciação entre fortuito interno e fortuito externo"*. Para uma visão geral das excludentes de responsabilidade na responsabilidade da responsabilidade objetiva no direito brasileiro cf. CAROLINA BELLINI ARANTES DE PAULA, *Excludentes de responsabilidade civil objetiva*, in OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, GLADSON MAMEDE e MARIA VITAL DA ROCHA (coords.), *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 130-147.

[381] DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 209; HERMANN LANGE e SCHIEMANN, *Schadenserstz* cit., p. 562; SCHIEMANN, in *Staudinger* (2005), § 254, com. 35-36.

não era determinado à prevenção de um dano da espécie do realizado, então o desconto deve falhar ou ser limitado segundo os princípios da teoria do escopo da norma".[382]

6.2. Escopo da norma e causalidade adequada

Na Alemanha discute-se, outrossim, a relação entre a teoria do escopo da norma e a da causalidade adequada. Na jurisprudência ambas são aplicadas.[383] A divergência se acentua no âmbito doutrinário. Como observado acima, os primeiros autores que defenderam a teoria do escopo da norma, em especial RABEL e VON CAEMMERER, rejeitavam valor dogmático à fórmula da causalidade adequada em razão de sua pouca seletividade. J. G. WOLF e HUBER[384], dentre outros, seguiram esta mesma tendência. VON CAEMMERER também afirma que o princípio da adequação integra-se ao do escopo ou âmbito da norma.[385] Em sentido semelhante, afirma-se que geralmente as consequências inadequadas não estão abrangidas pelo escopo de proteção da norma.[386] Há, outrossim, quem entenda que as duas teorias devem ser aplicadas lado a lado.[387]

Por fim, também se sustenta a aplicação da teoria da causalidade como um "primeiro teste".[388] De acordo com SCHIEMANN, *"a operação mental necessária para estabelecer que uma circunstância favoreceu a ocorrência de uma consequência lesiva ou que a ocorrência do dano resultante dessa causa não era totalmente improvável é mais fácil para o jurista e mais segura do que o custoso caminho de desenvolver de grupo de caso para grupo de caso critérios para o correspondente escopo da norma".*[389] Para essa perspectiva, o ponto de vista da teoria do escopo da norma atua na prática apenas como um corretivo para casos

---

[382] HERMANN LANGE e SCHIEMANN, *Schadenserstz* cit., p. 562: *"[h]at der Geschädigte gegen eine Verhaltensplicht verstoßen, die nicht zur Verhütung eines Schadens von der Art des eingetretenen bestimmt war, so ist die Anrechnung nach den in Schutzzwecklehre aufgestellten Grundsätzen zu versagen oder zu begrenzen".*
[383] Cf. BGH NJW 2005, 1420.
[384] HUBER, *Verschulden* cit., p. 315 e segs.
[385] VON CAEMMERER, *Die Bedeutung* cit.
[386] Cf. HERMANN LANGE e SCHIEMANN, *Schadensersatz* cit., p. 102.
[387] BYDLINSKI, *Probleme* cit., p. 64; H. KOZIOL. *Österreichisches Haftplichtrecht,* cit., p. 169.
[388] SCHIEMANN, in *Staudinger* (2005), § 249, com. 20. Concordando com o autor cf. S. WITSCHEN. *Schadensverteilung*, p. 48. Referindo-se ser esta a prática judiciária alemã cf. STOLL, *Haftungsfolgen* cit., p. 400.
[389] SCHIEMANN, in *Staudinger* (2005), § 249, com. 20: *"[d]ie Denkoperation, die nötig ist, um festzustellen, dass ein Umstand das Entstehen einer Schadensfolge begünstigt hat oder dass die Entstehung des Schadens aus dieser Ursache nicht ganz unwahrscheinlich war, ist für den Juristen leichter und sicherer als der mühsame Weg, von Fallgruppe zu Fallgruppe Kriterien für den maßgeblichen Normzweck zu entwickeln".*

excepcionais, mas do ponto de vista teórico ou dogmático é o critério decisivo para o problema de imputação.

Sem embargo destas discussões, desde que se reserve a aplicação da teoria do escopo da norma à fundamentação da responsabilidade, a distinção entre os planos de incidência das duas teorias não gera grande dificuldade. Como observado acima, não há uma relação necessária entre adequação e escopo da norma. O problema torna-se mais complexo quando se pensa na imputação de lesões resultantes da lesão primária, mas, para a tese aqui defendida, a investigação do escopo da norma exaure-se no nível de imputação da denominada lesão primária à conduta lesiva. Eventuais discussões relativas aos demais planos devem ser resolvidas por outros critérios, os quais, entretanto, não são objeto específico do presente trabalho.

No caso do Brasil, é preciso lembrar da teoria do dano direto e imediato, cuja origem, conforme assinalado no capítulo primeiro *supra*, não possui relação com a interpretação dada pela doutrina nacional à expressão contida no artigo 403 do Código Civil. Fala-se na teoria da necessariedade, cujo conteúdo orienta-se na perspectiva causal,[390] havendo, outrossim, entendimento doutrinário no sentido da identidade entre a teoria da causalidade adequada e do dano direto e imediato.[391]

6.3. Escopo da norma e nexo de culpabilidade

A aplicabilidade da teoria do escopo da norma pressupõe uma norma impondo uma conduta específica. Neste contexto, muitos autores que a analisaram defendem a necessidade de se tratar do que denominam de "proibição de perigo abstrato". Ou seja, a norma cujo escopo será investigado deve ter sido estabelecida em vista de um risco abstratamente associado à conduta vedada, independentemente de sua previsibilidade no caso concreto. Acima foi citado o exemplo da limitação da velocidade máxima permitida.

É neste contexto que STOLL vislumbra na investigação do escopo da norma violada o que denomina de "nexo ou vínculo de culpabilidade": o agente lesivo pode demonstrar que nas circunstâncias concretas específicas podia confiar legitimamente na não criação do risco

[390] Sobre o tem cf. capítulo 4 *infra*.
[391] Nesse sentido cf. RAFAEL PETEFFI DA SILVA, *Responsabilidade civil pel perda de uma chance* cit., p. 40 e segs.

em vista do qual a norma foi promulgada. A tese assemelha-se à figura, referida na doutrina brasileira, da *culpa contra a legalidade*. Segundo SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

> *"Fala-se em* culpa contra a legalidade *quando o dever violado resulta de texto expresso de lei ou regulamento, como ocorre, por exemplo, com o dever de obediência aos regulamentos de trânsito de veículos motorizados, ou com o dever de obediência a certas regras técnicas no desempenho de profissões ou atividade regulamentadas. A mera infração da norma regulamentar é fator determinante da responsabilidade civil; cria em desfavor do agente uma presunção de ter agido culpavelmente, incumbindo-lhe o difícil ônus da prova em contrário".*[392]

Como o indigitado responsável se desvencilha deste "difícil ônus"? Demonstrando que, apesar da determinação legal ou do dever de cuidado reconhecido em sede jurisdicional, agiu com a diligência devida, ou melhor, que nas circunstâncias concretas nada justificava a observância do padrão geral de conduta, pois era legítimo esperar que o risco contra o qual a norma se volta não seria criado ou elevado.

Porém, esta defesa não se confunde com a investigação do escopo da norma quanto ao aspecto modal (risco), devendo-se distinguir entre dois problemas: *i)* a previsibilidade do risco; e *ii)* a sua concretização. O exemplo da *Schwarzfahrt*, referido por STOLL, ilustra muito bem esta perspectiva. Trata-se de responsabilidade pela infração do dever, reconhecido pela jurisprudência alemã, do proprietário de veículo automotor de trancar devidamente o seu veículo, não facilitando, desta forma, o seu furto. Seu escopo é prevenir riscos de acidentes envolvendo o uso do veículo por terceiros não autorizados. Como afirma STOLL, para as cortes alemãs é possível investigar, para além da transgressão objetiva do dever, se era possível ao agente prever que seu veículo seria utilizado de forma contrária às regras do tráfego e a ocorrência, dessa forma, de danos.[393]

Desde que pressuposta a imposição deste dever,[394] a demonstração da ausência de "nexo de culpabilidade" diz com o próprio desvalor da contuda, relacionando-se com a

---

[392] SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, 9 ed., São Paulo, Atlas, 2010, p. 41.
[393] STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck* cit., p. 20, nt. 52. Cf. *supra*.
[394] O que não é aceito, por exemplo, pelas cortes francesas, conforme observação *supra*. Para o direito brasileiro cf. considerações *infra*.

antijuridicidade ou com a culpa ou culpabilidade do agente. Por exemplo, eventualmente seria possível sustentar que quem estaciona seu veículo automotor em estrada erma, raramente transitada e considerada segura, para, por exemplo, apreciar a paisagem por alguns minutos, não precisa trancá-lo, pois o risco de furto não é considerável. O contrário ocorre quando o proprietário estaciona seu veículo no centro de uma grande metrópole e não o tranca; porém, este é furtado por um motorista profissional e devidamente habilitado para buscar seu filho no colégio, ocasião, todavia, em que provoca acidente. A responsabilidade poderia ser afastada com fundamento na investigação do escopo da norma violada – o risco concretizado não era aquele visado pela proibição de perigo abstrato;[395] ou, reafirmada – o risco concretizado era sim o visado pela proibição de perigo abstrato, qual seja, o responsável direto pelo acidente não possuir patrimônio suficiente ou seguro para fazer frente ao dano sofrido pela vítima. De qualquer forma a questão seria de eventual incongruência entre o desvalor da conduta e o do resultado lesivo.[396]

O problema da *Schwarzfahrt* possui paralelo na casuística brasileira. Por exemplo, no REsp 445.896/DF,[397] o STJ reformou acórdão no qual o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e decidiu que *"[a] responsabilidade do dono ou do guardião do veículo por danos causados pelo autor do furto, que se envolve em acidente de trânsito, exige sempre, em cada caso, a aferição da culpa* in vigilando *ou* in elegendo. *Somente se pode afastar tal responsabilidade se comprovada a imprevisibilidade e irresistibilidade do evento. Na maioria dos casos, o furto tem sido considerado fato previsível e evitável, quando adotadas as medidas preventivas básicas"*.

O caso, considerado *"interessantíssimo"* pelo Ministro relator, foi sintetizado pelo mesmo da seguinte forma: *"Hércules confiou a guarda de seu veículo a Juracy. Este último guardou o automóvel na garagem de sua casa, depositando as chaves no lugar de costume. José Edmilson da Costa, esposo de uma empregada recém admitida de Juracy, furtou o veículo e causou o acidente que produziu os danos reclamados nesta demanda por Marilene"*. Na fundamentação do acórdão do STJ um dos argumentos aduzidos foi o da imprevisibilidade do furto no caso concreto, constando na ementa que *"só responde por*

[395] Este argumento não poderia ser acolhido se, por exemplo, o acidente houvesse sido provocado por ocasião de fuga ou tentativa de assalto.
[396] Outro problema diz com a eventual alegação de que o criminoso teria conseguido furtar o veículo mesmo se estivesse trancado. Mas neste caso a questão é de "nexo de antijuridicidade", a qual foi abordada acima e não se confunde com a investigação do escopo da norma.
[397] 3ª Turma, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. em 21.02.2006, DJ 10.04.2006, p. 169.

culpa in vigilando *aquele cuja omissão na guarda do veículo equivalha à culpa grave ou dolo. Não age com culpa* in vigilando *quem guarda veículo na garagem de sua casa e coloca as respectivas chaves em outro cômodo, na parte íntima da residência"*.

Em julgados mais recentes a corte superior vem decidindo que *"o proprietário do veículo que o empresta a terceiro responde por danos causados pelo seu uso culposo. A culpa do proprietário configura-se em razão da escolha impertinente da pessoa a conduzir seu carro ou da negligência em permitir que terceiros, sem sua autorização, utilizem o veículo"*.[398] Todavia, em princípio o STJ não enfrentou o problema da concretização do risco, mas é provável que, se investigado o escopo da norma violada, decida-se pela interpretação mais favorável ao lesado, qual seja, a de que o risco visado é o de que o terceiro não possua patrimônio suficiente para fazer frente ao dano. Eis um interessante, e fundamental, aspecto da teoria do escopo da norma – ela não oferece uma solução 'pronta' para os problemas práticos, mas apenas um método de trabalho que dirige as cortes a enfrentarem, expressamente, a questão material decisiva e relevante.

6.4. A teoria do escopo da norma como "programa de trabalho"

Nesse sentido, a teoria do escopo da norma representou importante avanço em relação à teoria da causalidade adequada, pois aquela não propõe uma fórmula geral e abstrata de imputação. Na feliz expressão de HERMANN LANGE, ela serve como um "programa de trabalho" (*Arbeitsprogramm*) para a solução prática dos litígios.

Nesse sentido, seus defensores insistem na relevância do pensamento tópico para a solução dos problemas de imputação. E, de fato, a exposição de seus primeiros e principais teóricos é caracterizada por uma cuidadosa análise da casuística, procurando-se, na medida do possível, uma orientação metodológica na ideia geral proposta pela teoria. Sobre o tema, R. LANG afirma que, *"enquanto [...] a tópica em si não está em condições de conferir à variedade dos problemas de imputação uma sensata ordenação, o desenvolvimento e a sistematização de pontos de vista tópicos servem exatamente à especificação da argumentação extraída do escopo de proteção"*.[399]

---

[398] STJ, REsp 1044527/MG, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 27.09.2011, DJe 01.03.2012.
[399] R. LANG, *Normzweck* cit., pp. 124-125: *"[w]ährend […] die Topik für sich allein nicht in der Lage ist, in die Vielfalt der Zurechnungsprobleme eine sinvolle Ordnung zu bringen, dient die Entwicklung und*

Neste contexto, o grande mérito da teoria do escopo da norma é indicar a questão correta para a solução de uma constelação de situações anteriormente discutidas de forma indiferenciada a partir das teorias generalizantes da causalidade jurídica, em especial a da causalidade adequada. Nesse sentido, outro aspecto deste avanço foi o claro reconhecimento da natureza normativa do problema enfrentado, aberto a ponderações de interesses e apreciação das particularidades do caso concreto.[400]

Entretanto, tal aspecto normativo pressupõe um ponto de referência seguro. Mas, para isso, é indispensável identificar, com precisão, o seu *locus* nas *fases* de imputação da responsabilidade, no que a contribuição de STOLL é de valor inestimável, merecendo especial destaque. Muito se discutiu e se discute na Alemanha quanto ao âmbito de aplicação da teoria do escopo da norma, em especial quanto à oposição entre fundamentação e extensão ou "preenchimento" da responsabilidade. Os principais defensores da teoria sustentaram a tese mais ampla – a funcionalidade do escopo da norma não se esgota na fundamentação do dever de reparar o dano, sendo, outrossim, relevante para a determinação da extensão do dano indenizável. Contudo, para isso precisaram estender o referencial de investigação – não se trata apenas da norma de conduta violada, mas também das normas de responsabilidade (em especial, o § 823 I do BGB) e do sentido geral do direito das perdas e danos.

Isso fez com que a teoria perdesse seu referencial metodológico. Se em última instância os princípios e as regras gerais do direito da responsabilidade civil ou do direito de danos são decisivos para a investigação do escopo da norma, por que simplesmente não reconhecer cuidar-se de uma cláusula geral para a solução meramente tópica ou casuística dos problemas de imputação?

Não se nega a relevância de fatores e critérios extrajurídicos na solução dos problemas concretamente enfrentados pelas cortes. Aliás, estimular ou exigir uma fundamentação concreta e voltada às particularidades do caso é mais uma das virtudes da teoria do escopo da norma – eventuais razões de ordem política, econômica ou social devem ser expressamente mencionadas na fundamentação da decisão. No entanto, a investigação

---

Systematisierung von topischen Gesichtspunkt aber gerade der Präzisierung der Argumentation aus dem Schutzbereich".

[400] Todavia, com isso não se rejeita funcionalidade à causalidade natural, tema que merece investigação autônoma.

do escopo da norma precisa de um referencial específico, qual seja, uma norma ou regra de conduta.

Esta norma pode consistir numa disposição legal, num padrão genérico de conduta reconhecido pela jurisprudência ou num dever de conduta contratual, o que não significa que sua análise deva ser descontextualizada. Principalmente naqueles casos de 'transposição' de normas de outros ramos para o da responsabilidade civil, é necessário verificar se o reconhecimento do dever de reparar o dano não extrapolaria o objetivo do legislador e os fundamentos do direito delitual. Este é, por exemplo, um argumento corrente nas discussões relativas à responsabilidade civil por descumprimento de normas de direito de família no direito alemão.[401] Por outro lado, o inverso também pode ocorrer, servindo a confiança no cumprimento da norma como o fundamento para uma ampliação de seu escopo no contexto da responsabilidade civil. Como exemplo, menciona-se a redução do limite máximo de velocidade para veículo aumotores (*e.g.* de 120 para 100 Km/h) por ocasião de crises do petróleo. Quem infringe a regra, provocando acidente, não pode se socorrer da alegação de que o escopo da lei é a redução do consumo de combustíveis fósseis.[402]

Em princípio, sua interpretação segue os critérios gerais de hermenêutica jurídica, embora alguns autores defendam tratar-se de uma interpretação "qualificada" pela presença mais intensa da atividade jurídico-política das cortes na criação e no desenvolvimento do direito da responsabilidade civil. Porém, esta indagação pressupõe investigações teóricas que extrapolam os limites do presente trabalho. A medida e a função "criativa" do magistrado na análise do escopo da norma, sua relação com eventuais outros critérios de imputação objetiva, e sua eventual relevância para identificar na referida análise um problema de natureza autônoma não colocam em cheque o seu valor funcional, desde que firme e assente o seu referencial de investigação – a norma de conduta violada – e a sua localização dogmática – a fundamentação da responsabilidade.

Sobre este segundo aspecto, a teoria do escopo da norma nasceu num contexto doutrinário em que prevalecia uma dissociação, ao menos aparente, entre critérios

---

[401] R. LANG, *Normzweck* cit., p. 45, menciona o entendimento restritivo do BGH sobre a reparação de danos materiais em razão da ruptura da vida conjugal. Para o § 823 II do BGB, a norma de proteção precisa ser relevante do ponto de vista delitual, não bastando a imposição de uma proibição.

[402] KAROLLLUS, *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung – Zugleich ein Beitrag zum Deliktsystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus*, Viena, Springer, 1992, p. 364; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht* cit., p. 203.

normativos de fundamentação da reponsabilidade (tipicidade, antijuridicidade e culpa) e naturais ou empíricos de imputação de consequências lesivas (equivalência das condições, causalidade adequada *etc.*). Essa oposição baseava-se numa "cisão mecânica" pautada no duplo aspecto da causalidade referido por MOMMSEN – causalidade que fundamenta e causalidade que "preenche" a responsabilidade. A defesa da investigação do escopo da norma forçou, de certa forma, uma "ruptura" deste modo de pensar, a qual em princípio levou a uma quase total superação da distinção entre os planos de imputação – o escopo da norma seria relevante não apenas à fundamentação como também à determinação da extensão da responsabilidade.

Contudo, a melhor leitura que se faz da teoria do escopo da norma é aquela propugnada por STOLL, o qual reserva a investigação da finalidade da norma violada à fase de fundamentação da responsabilidade. Para concluir essas considerações finais, é mister destacar, mais uma vez, a concepção do autor em relação a este ponto – a fundamentação da responsabilidade, mesmo na hipótese de violação de lei de proteção, sempre pressupõe a lesão de um bem jurídico ou de um interesse juridicamente protegido. Em outras palavras, a infração de uma regra de conduta não é suficiente para tanto, contexto no qual a investigação do escopo da norma serve a duas finalidades práticas: *i)* afastar, ainda que excepcionalmente, o dever de reparar o dano em situações de *incongruência* entre o desvalor da conduta e o do resultado; e *ii)* identificar ou fundamentar o próprio interesse juridicamente lesado, quando não se tratar de direito ou bem jurídico abstratamente tutelado pelo ordenamento.

Eis o ponto de partida para a contextualização desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro. O conceito de ato ilícito, nos termos em que estabelecido no artigo 186 c.c. artigo 927, *caput*, do Código Civil brasileiro, oferece apoio textual para a defesa de tese semelhante para o direito civil brasileiro. Superada a fundamentação da responsabilidade, passa-se, então, à fase de determinação de sua extensão ou do dimensionamento do dano, aspectos que já não interessam diretamente ao presente trabalho, pois orientados por outros critérios.

Capítulo 4. A aplicação da teoria do escopo da norma na responsabilidade por ato ilícito do Código Civil de 2002

1. Considerações iniciais

O problema da limitação da responsabilidade no direito civil brasileiro orienta-se, acima de tudo, na interpretação do artigo 403 do Código Civil de 2002. De acordo com o dispositivo, *"ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual"*.

A expressão *direto e imediato* também se encontrava no artigo 1.060 do Código Civil de 1916, influenciado pelo teor do artigo 1.151 do *Code civil* francês, o qual limita a responsabilidade, mesmo no caso de dolo, à *suite immediate et directe* da inexecução da obrigação. Sua origem, relacionada ao critério da previsibilidade, abandonado pelo Código Civil de 2002,[1] foi explicada no item 3.3. do capítulo primeiro *supra*. A distinção entre dano direto e imediato contrapõe-se à concepção, também originária na Idade Média, que visualizava na causalidade a fronteira extrema da responsabilização.

Os juristas franceses, responsáveis pela primeira orientação, não ofereceram uma definição de *suite immediate* (imediata) ou *éloignée* (remota), invocando, muitas vezes, a prudência do juiz na fixação do valor da indenização, segundo as circunstâncias e os usos.[2] Na mesma linha, CLÓVIS BEVILÁQUA defendia tratar-se de uma *questão de fato*.[3] Todavia, assim como na França, a expressão *dano direto e imediato*, também utilizada na responsabilidade extracontratual, sofreu uma interpretação 'causalista', provavelmente em razão da influência das então recentes teorias provindas de juristas germânicos.[4] Socorrendo-

---

[1] O artigo 402 do Código Civil de 2002 não contém a ressalva do parágrafo único do artigo 1.059 do Código Civil de 1916: *"o devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação"*.

[2] Cf. item 3.3. do capítulo 1 *supra*.

[3] CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil IV*, ed. histórica, Rio de Janeiro, Rio, 1958, p. 177.

[4] G. VINEY e P. JOURDAIN, *Les conditions* cit., p. 194, referem-se ao artigo 1.151 do *Code civil* como um texto de *"portée assez générale"*. Depois concluem: *"[c]'est donc la jurisprudence qu'il convient d'interroger pour dégager la notion de causalité aujourd'hui reçue em droit positif"* (*ibidem*, p. 195).

se da ideia, há muito tempo rejeitada pelos autores germânicos que se dedicaram ao tema, de *ruptura do nexo de causalidade*,[5] AGOSTINHO ALVIM, o qual, como se viu,[6] influenciou a jurisprudência e a doutrina nacional, defendeu que a expressão *direto e imediato* significa *nexo causal necessário*.[7]

Doutrina e jurisprudência também invocam, com frequência, a teoria da causalidade adequada, havendo quem sustente a *identidade* entre esta teoria e a do dano direto e imediato.[8] De fato, a expressão *direto e imediato*, originalmente indicativa de certa discricionariedade do juiz na apreciação fática da 'proximidade' do dano, adquiriu outra funcionalidade no direito brasileiro – atribuir à doutrina e à jurisprudência a tarefa de definir ou identificar a teoria (ou as teorias) mais apropriada(s) para solucionar questões práticas relativas à limitação da responsabilidade civil. Em outras palavras, cuida-se de uma expressão *vazia*, cujo *sentido* deve ser 'preenchido' pela doutrina e pela jurisprudência segundo sua convicção dogmática. Em outras palavras, o legislador, ao contrário do que algumas vezes é afirmado, não perfilhou uma ou outra teoria.

Todavia, o artigo 403 não é o único ponto de apoio normativo para a investigação dos limites da responsabilidade. Outro possível fundamento é o critério da culpa concorrente, previsto no artigo 945 do Código Civil. Além disso, o diploma também possibilita a redução equitativa da indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (art. 944, par. único). No entanto, não se trata de investigações relacionadas às teorias da 'causalidade'. Além disso, em princípio não se excluem outros critérios extraíveis de normas específicas ou elaborados pela casuística para concretizar o princípio da reparação integral.

Porém, cuida-se de problemas que não interessam diretamente à presente investigação, a qual perquire, sobretudo, acerca da funcionalidade da teoria do escopo da norma para o direito da responsabilidade civil por ato ilícito no Código Civil brasileiro. A referida doutrina, com visto no capítulo antecedente, também originou-se diante do problema da limitação da responsabilidade, contrapondo-se, em especial, à teoria da causalidade

---

[5] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução* cit., p. 372
[6] Cf. introdução *supra*.
[7] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução* cit., pp. 359-360.
[8] RAFAEL PETEFFI DA SILVA, *Responsabilidade civil* cit., p. 40 e segs. Para a importância desta tese na jurisprudência cf. REsp 1.067.332/RJ, 4ª Turma, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. em 05.11.2013, DJe 05.05.2014 (= *RDCC* 1 (2014), pp. 426-441, com comentários de *Aline Ávila Ferreira dos Santos*).

adequada, a qual era considerada pouco eficaz por RABEL, VON CAEMMERER *et. al*. Neste contexto, defendia-se a relevância da investigação do escopo da norma principalmente para o plano da extensão ou 'preenchimento' da responsabilidade, em oposição à sua fundamentação.

Quanto à responsabilidade por violação de direito absoluto, prevista no § 823 I do BGB, as discussões pautavam-se no "duplo aspecto" da causalidade: a que fundamenta e a que preenche a responsabilidade (*haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität*). Porém, no capítulo anterior defendeu-se a irrelevância da investigação do escopo da norma para a extensão da responsabilidade. Sua funcionalidade reside na fundamentação, o que, todavia, pressupõe uma 'releitura'[9] da dicotomia – a fundamentação da responsabilidade não se exaure com a infração de um dever de conduta (quando tal dever é necessário), pressupondo, outrossim, a violação de um bem jurídico ou interesse juridicamente protegido (*lesão primária*); eventuais "lesões subsequentes"[10] e os reflexos lesivos destas e da lesão primária compõem o plano da extensão da responsabilidade.

Esta dicotomia é de natureza normativa, não 'mecânica', como dizem os críticos ao duplo aspecto da causalidade. Ela é essencial para a compreensão da teoria do escopo da norma no direito civil brasileiro, cujo papel (da teoria) é, ainda assim, 'limitar' a responsabilidade, mas quanto à própria existência do dever de reparar o dano, não ao seu alcance. Sua funcionalidade relaciona-se com o sentido de ato ilícito, embora também possa ser útil à responsabilidade pelo risco.[11]

A distinção não é totalmente desconhecida da doutrina brasileira. Tradicionalmente fala-se em *an debeatur* e *quantum debeatur*, mas estas noções indicam apenas a existência e a extensão do dever de indenizar. Elas não oferecem um critério distintivo. Em sentido mais próximo à dicotomia subjacente à compreensão que se propõe para o ato ilícito está a distinção entre *dano-evento* e *dano-prejuízo*. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO afirma ser

[9] Para um jurista brasileiro não seria propriamente uma releitura, pois no Brasil não se conhece, ao menos em princípio, o "duplo aspecto" da causalidade apontado por MOMMSEN e do qual se originou as duas espécies de causalidade acima indicadas, no direito civil alemão.
[10] Sobre esta noção cf. capítulo 3 *supra*. Como visto, segundo STOLL, trata-se, em verdade, de uma fase intermediária.
[11] Sobre este aspecto cf. item 5 *infra* e capítulo 4, item 6.1. *supra*.

o primeiro a *lesão a algum bem*; o segundo, a *consequência* desta lesão.[12] Trata-se de *duas faces* do evento danoso como evento jurídico.[13]

Todavia, as expressões utilizadas não indicam a verdadeira natureza da diversidade dos problemas – de um lado, a lesão de um bem jurídico ou interesse juridicamente protegido e, de outro, os reflexos desta lesão no patrimônio ou na personalidade do lesado. A distinção não é entre "evento" e "prejuízo", mas entre "lesão a direito ou interesse juridicamente protegido" e "dano" ou "prejuízo".[14] Além disso, também é possível cogitar da interposição das denominadas "lesões subsequentes", como no exemplo da vítima de acidente furtada durante o estado de inconsciência. Entretanto, para a perspectiva aqui defendida, o que interessa é saber se esta segunda lesão (à propriedade) fundamenta a responsabilidade (eventual relevância do escopo da norma violada) ou já faz parte de outra fase de imputação (irrelevância do escopo da norma).

2. O conceito de ato ilícito no Código Civil de 2002

Neste contexto, a análise concentra-se no sentido do ato ilícito para o Código Civil de 2002. O diploma cuida do tema nos artigos 186 a 188, dispondo no artigo 927, *caput*, que *"aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*.

---

[12] ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Cadastro de restrição ao crédito. Conceito de dano moral*, p. 291, in *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 289-299.

[13] DIOGO NAVES MENDONÇA, *Análise econômica da responsabilidade civil – o dano e a sua quantificação*, São Paulo, Atlas, 2012, p. 74, crítico, porém, em relação à distinção quando se trata de danos extrapatrimoniais: *"em um primeiro momento, o foco é voltado para a lesão a algum interesse protegido pela ordem jurídica para que, em um segundo instante, sejam consideradas as consequências geradas por tal lesão, estas sim objeto da reparação"*. Cf. *ibidem*, p. 75. Também referindo a distinção cf., dentre outros, CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 11, nt. 19: *"[...] o dano-evento é a lesão a algum bem, juridicamente tutelado, enquanto o dano-prejuízo é a consequência desta lesão"*.

[14] Uma afirmação caluniosa, difamatória ou injuriosa não é propriamente um "dano-evento", consistindo, porém, em lesão à honra. Os reflexos lesivos, ou melhor, o dano, podem variar segundo as circunstâncias pessoais do lesado. Por exemplo, quem afirma falsamente que A, um comerciante honrado e distinto, celebrou negócios ilícitos com B, o qual fora diversas vezes condenado por estelionato, descaminho e outros crimes, provoca lesão à honra de ambos, mas os reflexos na personalidade das vítimas serão diferentes, o que influenciará na avaliação da indenização a ser concedida pela corte para cada um. Da mesma forma, quem invade terreno alheio viola a propriedade de eventuais condôminos do imóvel. Porém, os reflexos lesivos podem ser distintos. Por exemplo, A, o qual o utilizava para guardar seu veículo, precisa contratar um estacionamento pelo tempo da invasão; B, que exercia sua atividade comercial no mesmo imóvel, precisa locar outro durante o mesmo período, havendo, além disso, significativa redução da clientela pela perda temporária do ponto comercial.

O artigo 186 segue basicamente a redação da primeira parte do artigo 159 do Código revogado,[15] com três diferenças,[16] porém: *i)* as expressões *"violar direito, ou causar prejuízo"* foi modificada para *"violar direito e causar dano"*; *ii)* substituiu-se a última frase, *"fica obrigado a reparar o dano"*, por *"comete ato ilícito"*, retirando-se a referência às normas da parte especial; *iii)* fez-se expressa menção ao dano *"exclusivamente moral"*. Eis a redação do dispositivo atual:

> *Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

Compreendido como o conjunto de pressupostos para a responsabilização civil, o dispositivo exige: *i)* ação ou omissão, ou seja, ato ou conduta humana; *ii)* dolo ou culpa, o que se infere dos termos *voluntária, negligência* ou *imprudência*; *iii)* violação de direito; *iv)* dano; e *v)* nexo de causalidade.

Para a análise da funcionalidade da teoria do escopo da norma, não é preciso discorrer sobre todos esses elementos. Sequer é necessário discutir, por exemplo, se o dano insere-se na definição de ato ilícito, e se a relevância da definição de ato ilícito vai além do direito das obrigações, em especial o direito da responsabilidade civil. Como já referido, o que verdadeiramente interessa é a distinção entre fundamentação e extensão da responsabilidade. E, neste contexto, a tese defendida para a responsabilidade por ato ilícito é depender sua fundamentação da conjunção do desvalor da conduta e de um resultado lesivo consistente na lesão de um bem jurídico ou de um interesse juridicamente protegido.

O primeiro elemento é indicado na expressão *"ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência"*; o segundo, na expressão *"violar direito"*. Elas servem como ponto de apoio legal para se enfrentarem dois problemas fundamentais para a investigação

---

[15] Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

[16] O legislador de 2002 também suprimiu na cláusula geral do artigo 186 a referência à culpa existente na segunda parte do artigo 159 do Código Civil de 1916. Todavia, esta *quarta* alteração não possui significado prático algum, pois a doutrina e a jurisprudência visualizam nas expressões *"por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência"* a exigência de culpa, seja esta compreendida em seu sentido subjetivo ou objetivo. Sobre a modificação cf. CARLOS YOUNG TOLOMEI, *A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil*, pp. 358-359, in GUSTAVO TEPEDINO (coord.), *A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 355-375.

da funcionalidade da teoria do escopo da norma: *i)* a interposição da lesão de um bem jurídico ou de um interesse juridicamente protegido entre a conduta lesiva e o dano ou prejuízo (item 3 *infra*); e *ii)* a existência de uma regra de conduta violada (item 4 *infra*). Com base nestas questões serão indicadas as duas funcionalidades da interpretação do escopo da norma para o direito brasileiro (itens 3.2.2. e 4.5. *infra*). Por fim, serão tecidas algumas observações ou ressalvas quanto à responsabilidade pelo risco e à responsabilidade contratual (item 5 *infra*).

Porém, antes de passar a estes pontos, impende destacar o teor dos outros dispositivos do Código que cuidam do ato ilícito. O artigo 187, sem correspondente no diploma revogado, estabelece que *"também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"*. Trata-se do instituto do abuso de direito, de fundamental importância para a compreensão da segunda problemática, indicada *supra* (item 4.4. *infra*).

Por fim, o artigo 188 cuida das causas de exclusão de ilicitude: legítima defesa, exercício regular de um direito reconhecido e estado de necessidade.

3. Interposição de bem jurídico ou interesse juridicamente protegido entre a culpa e o dano (ou prejuízo)

A doutrina brasileira não requer expressamente a lesão de bem jurídico ou interesse juridicamente protegido como pressuposto da fundamentação do dever de reparar o dano (item 3.1.). Isso possui reflexo para a aplicabilidade da teoria do escopo da norma num regime de cláusula geral (item 3.2.). Porém, da expressão *"violar direito"*, contida no artigo 186, é possível inferir uma seletividade dos bens jurídicos ou interesses juridicamente protegidos, ainda que em termos diferentes do direito civil alemão (item 3.3.), o que possui reflexo na funcionalidade da investigação do escopo da norma para o direito brasileiro (item 3.4.).

3.1. Panorama da doutrina sobre o ato ilícito e o problema da teoria do escopo da norma nos regimes de cláusula geral de responsabilidade

Em geral os autores que cuidam da responsabilidade civil por ato ilícito indicam o dano, a culpa e o nexo de causalidade como elementos constitutivos do ilícito ou da

responsabilidade civil, destacando-se, algumas vezes, a ação ou omissão do agente como um quarto elemento.

Nesse sentido SÍLVIO RODRIGUES afirma que, *"para se apresentar o dever de reparar, necessário se faz: que haja uma ação ou omissão, por parte do agente; que a mesma seja causa do prejuízo experimentado pela vítima; que haja ocorrido efetivamente um prejuízo; e que o agente tenha agido com dolo ou culpa"*.[17]

Na mesma linha SÉRGIO CAVALIERI FILHO, embora refira-se a um *"elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária"*, aponta, como pressupostos da responsabilidade por ato ilícito, os três elementos *"apresentados pela doutrina francesa"*: *"a)* conduta culposa do agente, *o que fica patente pela expressão 'aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia'; b)* nexo causal, *que vem expresso no verbo* causar*; e c)* dano*, revelado nas expressões 'violar direito ou causar dano a outrem'"* (destaques no original).[18]

Para finalizar os exemplos, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR assevera serem *"[t]rês [...] os elementos configuradores da responsabilidade civil, segundo a teoria clássica forjada, historicamente, a partir do Direito Romano (*Lex Aquilia*), e aperfeiçoada, nos tempos modernos, pelo Direito francês (*Código de Napoleão*): a) o* dano *suportado pela vítima do ato ilícito; b) a* culpa *do autor do dano; e c) o* nexo causal *entre o dano e o comportamento do agente"*.[19]

3.2. Escopo da norma e cláusula geral de responsabilidade

De fato, o Código Civil de 2002, assim como o de 1916, contém uma cláusula geral de responsabilidade em termos semelhantes aos artigos 1.382 e 1.383 do *Code civil* francês.[20] Segundo a perspectiva francesa, para a responsabilização civil basta, em princípio, a presença dos três elementos indicados pelos autores brasileiros acima citados, não havendo

---

[17] SÍLVIO RODRIGUES, *Direito civil I – parte geral*, 32 ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 309.
[18] SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, 9 ed. São Paulo, Atlas, 2010, pp. 17-18.
[19] HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Responsabilidade civil – noções gerais, responsabilidade objetiva e subjetiva*, p. 21, in OTAVIO LUIZ RODRIGUES JÚNIOR, GLADSON MAMEDE e MARIA VITAL DA ROCHA (coords), *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 17-39.
[20] Nesse sentido cf., dentre outros, CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Cem anos de Código Civil alemão – o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro*, pp. 30-31, in *RT* 741 (1997), pp. 11-37.

na lei uma enunciação pré-seletiva dos bens jurídicos protegidos, como o fez o legislador alemão.

Neste contexto, a opção do legislador brasileiro por uma cláusula geral de responsabilidade inviabilizaria a aplicação da teoria do escopo da norma no direito civil nacional, segundo entendimento dominante na doutrina francesa. Para comparar os posicionamentos prevalecentes na França e na Alemanha, alguns doutrinadores deste país[21] mencionam um antigo caso da *Cour de cassation*, semelhante ao caso *Kegeljung*.[22]

A corte decidiu que o patrão que mantém um operário menor em sua oficina além do limite legalmente fixado para a duração da jornada de trabalho comete uma *faute* que está em relação necessária com o acidente sofrido pelo trabalhador durante o prolongamento irregular de sua jornada. Por conseguinte, o primeiro não pode ser exonerado da responsabilidade *"sob o pretexto de que o acidente teria sido causado por uma imprudência da própria vítima"*, estando, porém, os juízes autorizados a reduzir o valor da indenização em razão da culpa do menor.[23]

PLANIOL considerou a decisão *grave*, e sustentou ser indispensável encontrar uma fórmula que exprima com precisão os limites da responsabilidade delitual possibilitando discernir com segurança se uma *faute* encontra-se *en relation de cause à effet* com o acidente que se pretende considerar como sua consequência. Segundo o autor, *"[a] verdade é que toda* faute *é relativa, no sentido de que seu alcance como evento lesivo é determinado pelos motivos da regra da qual ela é a violação"*.[24] Ainda de acordo com PLANIOL, *"para que uma contravenção a uma lei possa ser considerada como causa de um acidente, é necessário que a ordem ou a vedação da lei tenha tido como objetivo proteger as pessoas contra o perigo que se realizou"*.[25]

A doutrina associa a tese de PLANIOL à teoria da *relativité aquilienne*. LIMPENS, um dos principais críticos da aplicação desta nos regimes de cláusula geral, não considera

---

[21] Por exemplo: WAGNER, *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, p. 254, in ZIMMERMANN (org.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 189-340.
[22] Cf. item 3.2.3. do capítulo 3 *supra*.
[23] Cf. *Dalloz I* (1896), pp. 81-82, com comentários de PLANIOL.
[24] In *Dalloz I* (1896), p. 81: *"[l]a verité est que toute faute est relative, em ce sens que as portée, comme évènement dommageable, est déterminée par les motifs de la règle dont ele est la violation"*.
[25] *Ibidem*, p. 81: *"pour que la contravention á une loi puisse être considérée comme cause d'um accident, il faut que l'ordre ou la dèfence de la loi ait eu pour but de proteger les personnes contre le danger qui s'est réalisé"*.

surpreendente haver PLANIOL defendido ideia semelhante, já que este jurista define a *faute* como *"la violation d'une obligation préexistante"*.[26]

A observação possui sua razão de ser e diz respeito com a circunstância de a ilicitude ou antijuridicidade não ser elemento autônomo da fundamentação do dever de reparar o dano nos ordenamentos filiados ao modelo de responsabilidade do *Code civil* francês. De modo geral os autores franceses e belgas consideram que a teoria do escopo da norma tomou emprestado da *lex Aquilia* a ideia segundo a qual as normas asseguram a proteção específica de determinados interesses, de sorte que a sua violação possibilita a reparação apenas em relação a seu escopo de proteção.[27] Para a doutrina majoritária francesa,[28] a *faute* é uma noção *absolue*, sendo, pois, ilusória a tentativa de se investigar antecipadamente o seu domínio de aplicação, seja em relação às pessoas protegidas ou ao dano indenizável.[29]

Por isso a opção pela denominação "pejorativa"[30] de *relativité aquilienne*, associada a uma pré-seleção pelo legislador dos interesses tuteláveis pelo direito delitual. A configuração da culpa ou *faute* basta para fundamentar o nascimento do dever de indenizar,[31] observação que vai ao encontro da afirmação de WAGNER sobre o papel da antijuridicidade no direito delitual germânico, consistente em selecionar quais interesses são ou não tuteláveis independentemente de o autor do dano haver agido com negligência;[32] ou melhor, independentemente da previsibilidade e da evitabilidadade do prejuízo.[33]

De fato, em artigo publicado em 1965, LIMPENS concluiu não haverem a jurisprudência belga e a francesa acolhido a teoria: *"desde o instante em que o dano está*

---

[26] J. LIMPENS, *La théorie* cit., p. 572.
[27] Cf. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité em droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010, p. 141.
[28] Em sentido contrário cf. PLANIOL, in *Dalloz I* (1896), pp. 81-82.
[29] G. VINEY e P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 3 ed., Paris, LGDJ, 2006, pp. 365-366. Também rejeitando a teoria cf. J. LIMPENS, *La théorie* cit., *passim*; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Librarie générale de droit et de jurisprudence, 1973, pp. 277-308; C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité* cit., pp. 145-153.
[30] WAGNER, *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, p. 255, in ZIMMERMANN (org.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 189-340.
[31] Cf. referências em C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité* cit., p. 141, nt. 1.
[32] WAGNER, *Grundstrukturen* cit., p. 217.
[33] Por exemplo, o profissional liberal cuja melhor cliente é assassinada não possui direito à indenização dos lucros cessantes, ainda que esta circunstância fosse ou devesse ser de conhecimento do(a) criminoso(a) (*e.g.* a mulher do profissional mata a cliente, acreditando que eles viviam uma relação extraconjugal). O dano era previsível, mas não será indenizável, pois não houve, em relação ao profissional liberal, lesão a bem jurídico ou interesse tutelado pelo direito da responsabilidade civil. No Brasil, a doutrina e a jurisprudência provavelmente negaria a responsabilidade afirmando cuidar-se de dano incerto.

provado e o vínculo de causa e efeito estabelecido, a vítima poderá indiscutivelmente se dirigir aos tribunais para obter reparação".[34] Embora reconhecendo alguma utilidade da teoria para as *dispositions légales précises* como uma *monnaie d'appoint* para a noção de causalidade, o autor belga negou-lhe qualquer aplicabilidade em relação ao *devoir général de prudence*, pois este dever existe em favor de todos: é impossível determinar antecipadamente quais são os seus beneficiários, sendo muito mais rápido e simples investigar diretamente o vínculo de causalidade.[35]

Recusar genericamente qualquer utilidade à teoria do escopo da norma para os regimes de cláusula geral é um posicionamento não aceito por muitos autores de origem germânica. RABEL, o fundador da teoria no direito alemão, já sinalizara neste sentido,[36] enquanto VON CAEMMERER, considerando situações como a do alfaiate que demanda perdas e danos daquele que provocou culposamente a morte de seu melhor cliente, criticou a jurisprudência francesa por tentar solucionar hipóteses desta natureza com o requisito do *dommage certain*.[37]

Também sustentando o valor dogmático da teoria do escopo da norma, WAGNER assinala que a própria doutrina francesa reconhece não ser possível levar o conceito de *faute absolue* às últimas consequências, procurando restringir a responsabilidade no plano da causalidade. Porém, eventual necessidade de responsabilização estrita deve ser solucionada com base em critérios apropriados a tal finalidade, não se devendo atrelar arbitrariamente elementos de responsabilidade estrita a suportes fáticos cujo preenchimento exija a contrariedade a um dever de conduta (*Pflichtwidrigkeitstatbestände*). [38]

3.3. A expressão "violar direito" e a seletividade dos bens jurídicos ou interesses juridicamente protegidos

Quanto ao direito brasileiro, essa seletividade dos bens jurídicos ou interesses juridicamente protegidos é indicada pela expressão *violar direito*, contida no artigo 186 do diploma civil vigente. A doutrina brasileira não oferece uma compreensão clara e uniforme

---

[34] J. LIMPENS, *La théorie* cit., p. 576: *"[d]ès l'instant où le dommage est prouvé et le lien de cause a efffet établi, la victime pourra indiscutablement s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation"*.
[35] J. LIMPENS, *La théorie* cit., pp. 576-581. Criticando a intromissão da investigação do escopo da norma no problema causal cf. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité* cit., pp. 149-151.
[36] RABEL, *Das Recht* cit., p. 505 e segs.
[37] VON CAEMMERER, *Das Problem* cit., p. 14.
[38] WAGNER, *Grundstrukturen* cit., p. 255.

sobre o sentido do termo. Em princípio, ele pode ser interpretado na acepção genérica de violação de um dever, mas sem se especificar a natureza deste dever (descritivo de um resultado vedado – por exemplo, não violar a propriedade alheia; ou de uma conduta específica prescrita ou proscrita – por exemplo, não trafegar acima da velocidade *x*). Todavia, também pode ser lido na acepção de mera lesão a bem jurídico ou interesse juridicamente protegido. É este o sentido correto da expressão – ela indica a necessidade de interposição, entre a conduta lesiva e o dano ou prejuízo sofrido pelo lesado, da lesão de um bem jurídico ou interesse protegido pelo direito da responsabilidade civil, o que é confirmado pela conjunção aditiva *"e"* na expressão *"violar direito* e *causar dano a outrem"*.

Portanto, ato lesivo, culpa, dano e nexo de causalidade não são os únicos pressupostos para o nascimento do dever de indenizar. Em sentido semelhante, FERNANDO NORONHA, em razão das limitações das explicações causais para delimitar as fronteiras dos danos indenizáveis, indica ser necessária a lesão de um bem jurídico *"que tenha cabimento no âmbito de proteção, ou escopo, da norma violada"*,[39] e, de forma coerente com este ponto de vista, distingue entre dano e lesão a bem ou interesse juridicamente tutelado. Nas palavras do jurista, *"[d]ano é o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada"*, sendo que *"qualquer dano, tanto a coisas como à pessoa, só será objeto de reparação se corresponder a um interesse que seja socialmente tido como sério e útil"*.[40]

Com isso se atende ao pressuposto, indicado por WAGNER como indispensável à aplicabilidade da teoria do escopo da norma, da interposição, entre o dano e a culpa, de uma violação a bem jurídico ou interesse juridicamente protegido. Também há semelhança com a tese defendida por STOLL, o qual distingue a imputação da violação ao direito, seja a primária ou a subsequente, da fase de dimensionamento do dano indenizável. Assim como o autor alemão, FERNANDO NORONHA entende que o dano *"não é propriamente a violação [do bem violado], e sim a consequência prejudicial resultante dessa violação"*.[41]

---

[39] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., pp. 500-501.
[40] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., pp. 497 e 498.
[41] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 580.

A perspectiva do jurista brasileiro encontra apoio no texto do artigo 186, como indicado acima, e condiz com a interpretação feita por PONTES DE MIRANDA quanto à expressão *"violar direito, ou causar prejuízo"*, contida no artigo 159 do Código de 1916.

Sua compreensão pressupõe uma breve contextualização com os debates da doutrina alemã no início do século XX acerca do sentido do § 823 I do BGB, os quais foram utilizados pelo brasileiro como referência para suas investigações.

PONTES DE MIRANDA aponta duas correntes sobre o § 823 I do BGB.

A primeira, por ele rejeitada, considerava não serem a vida, o corpo, a saúde e a liberdade – todos enunciados no referido dispositivo – direito subjetivo, mas meros "bens jurídicos". E, de fato, afirma-se que a categoria do direito subjetivo indica um preciso conteúdo de domínio atribuído exclusivamente ao seu titular, como ocorre, por exemplo, no direito de propriedade, no direito ao crédito, nos direitos reais de garantia *etc*.[42] Para esta concepção, é a propriedade que serve como referência para o preenchimento da expressão "outro direito", embora a posterior evolução jurisprudencial alemã haja inserido na proteção do § 823 I do Código alemão o Direito Geral da Personalidade e o "direito com caráter real concretizado num comércio instalado e explorado" (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*).

A segunda corrente, indicada e perfilhada por PONTES DE MIRANDA, é defendida por VON LISTZ e denominada pelo brasileiro como *teoria da exemplificatividade*.[43] Em obra publicada em 1898, VON LISTZ seguiu uma interpretação oposta à que prevaleceu no direito civil alemão.[44] Além de sustentar que a vida, o corpo, a saúde e a liberdade não exaurem o âmbito da proteção da personalidade conferido ao indivíduo pelo § 823 I do BGB, VON LISTZ pugna pela aplicabilidade do dispositivo *"a todo interesse de alguma forma juridicamente protegido"*, argumentando inexistir razão para limitar a tutela delitual da norma aos direitos de personalidade.[45] Para o autor, a palavra *direito* (*Recht*), na acepção do dispositivo mencionado, deve ser compreendida como *bem jurídico* (*Rechtsgut*): *"[t]ambém os direitos estabelecidos e garantidos pelo direito público, como a constituição, pertencem, por*

[42] Cf. item 2.2.1. em capítulo 1 *supra*.
[43] PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado, t. II*, 2 ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 199.
[44] Cf. capítulo 1 *supra*.
[45] VON LISZT, *Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlim, 1898, pp. 26: *"[...] alle irgendwie rechtlich geschützten Intereßen"*.

conseguinte, [ao conceito de 'direito' do § 823 I]".[46] Para ilustrar sua conclusão, o autor cita um exemplo: *"[s]e A impede que o candidato (*Wahlmann*) B dirija-se ao local da votação com os comboios férreos segundo seu plano de viagem e, por conseguinte, B veja como necessário tomar um comboio extra, então A deve suportar este prejuízo"*.[47-48]

Portanto, é no sentido de violação de direito ou de interesse juridicamente protegido que PONTES DE MIRANDA interpretou a expressão *"violar direito, ou causar prejuízo a outrem"* do artigo 159 do Código Civil de 1916. O autor o afirma expressamente:

> *"O ato ilícito absoluto pode ir contra direitos subjetivos, contra direitos não-subjetivados e pois contra interesses juridicamente protegidos sem a categoria de 'direitos subjetivos'; de jeito que as expressões 'causar prejuízo a outrem', que vêm após 'violar direito', revelam que, no sistema jurídico brasileiro, se adotou a extensão maior de bens da vida, abrangendo bens da vida de que cogita a lei penal e de que cogitam outras leis de direito público"*.[49]

Com isso, afasta-se, para o direito brasileiro, a tese de que o legislador adotou o que PONTES DE MIRANDA denomina *teoria da taxatividade*.[50] Em termos práticos isso significa uma acentuada liberdade aos magistrados, os quais não estão vinculados a uma pré-seleção pelo legislador dos bens jurídicos tuteláveis pelo direito da responsabilidade civil. Entretanto, não implica uma total discricionariedade ou que todo e qualquer prejuízo pode fundamentar a responsabilidade. A referência de PONTES DE MIRANDA às leis penais e a *"outras leis de direito público"* deixa isto claro. Os interesses juridicamente tutelados não constitutivos de direito subjetivo ou de bem jurídico devem ser inferidos do direito positivo: sua violação, ao contrário do que ocorre com os direitos subjetivos ou bens jurídicos, não é perceptível ao

---

[46] VON LISZT, *Die Deliktsobligationen* cit., p. 26: *"[a]uch die durch das öffentliche Recht, etwa durch die Verfassung, eingeräumten und gewährleisteten Rechte gehören mithin hierher"*.

[47] VON LISZT, *Die Deliktsobligationen* cit., p. 26: *"[w]enn A. den Wahlmann B. verhindert, sich mit dem fahrplanmäßigen Eisenbahnzuge an den Wahlort zu gebegen und B. sich infolgedessen genötigt sieht, einen Extrazug zu nehmen, so muß B. dafür aufkommen"*. Deve-se interpretar o exemplo de forma a entender que o impedimento foi provocado por culpa em sentido estrito. Neste caso o autor do dano não responde segundo a concepção que afinal prevaleceu na doutrina e na jurisprudência alemã, como visto no capítulo primeiro *supra*. No caso de dolo a responsabilidade é assegurada pelo § 826, desde que haja, outrossim, contrariedade aos bons costumes.

[48] Porém, VON LISZT, *Die Deliktsobligationen* cit., pp. 26-27, ressalva, em seguida, que o dever de reparar o dano somente decorre no caso de violação do *direito de outrem*, não bastando a violação *interesses gerais* (*allgemeine Interessen*).

[49] PONTES DE MIRANDA, *Tratado II* cit., p. 198.

[50] PONTES DE MIRANDA, *Tratado II* cit., p. 199.

primeiro exame, devendo ser apontada, *deducta*.[51] De fato, o simples prejuízo ou dano, ainda que previsível, evitável e provocado por ato contrário ao direito, não basta para o nascimento do dever de indenizar por ato ilícito – é necessária a violação de um bem jurídico ou de um interesse juridicamente protegido.

3.4. Escopo da norma e proteção de interesses de personalidade de natureza imaterial ou de interesses puramente patrimoniais

É neste contexto que a teoria do escopo da norma exerce sua *primeira funcionalidade*, qual seja, a de identificar ou estabelecer a proteção delitual de determinado interesse, quando não se cuidar de direito ou bem jurídico protegido abstratamente pelo ordenamento jurídico.

Isso é relevante para os casos de prejuízos puramente patrimoniais ou de interesses imateriais da personalidade. A lesão à propriedade, à vida, à saúde, à imagem, ao nome *etc*., na medida em que positivados pelo legislador ou reconhecidos pelas cortes como direitos subjetivos ou bens jurídicos, legitima *a priori* a incidência do regime de responsabilidade civil, ao passo que outros interesses, em especial o puramente patrimonial e os interesses da personalidade de natureza imaterial, na medida em que não reconhecidos, pela legislação ou pela jurisprudência, como bens jurídicos autonomamente protegidos pelo direito da responsabilidade civil, somente são tuteláveis se houver violação de norma jurídica ou dever contratual específico visando à sua proteção.[52]

Nestas situações, é o escopo da norma que serve ou atua como determinante da existência ou não de interesse juridicamente protegido. Sem a violação de norma de conduta cujo escopo seja proteger determinada espécie de interesse de natureza puramente patrimonial ou imaterial, não há se falar em fundamentação da responsabilidade.

3.4.1. Interesses de personalidade de natureza imaterial

Quem infringe regra de trânsito, provocando acidente que interrompe a circulação por algumas horas, ocasionando o atraso de um casal que iria embarcar em viagem para o exterior a lazer, não responde pelo dano imaterial relativo à frustração do planejamento de

---

[51] PONTES DE MIRANDA, *Tratado II* cit., p. 204.

[52] Para uma perspectiva semelhante em relação ao direito comparado em nível europeu cf. WAGNER, *Grundstrukturen* cit., p. 249. Defendendo uma cláusula geral de dano para o direito brasileiro, cf. ANDERSON SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 5 ed., Atlas, São Paulo, 2013, *passim*.

suas férias. Não há fundamentação da responsabilidade.[53] O mesmo ocorre se, em razão do engarrafamento, o ônibus do time do Corinthians não chegar a tempo à final e perder o campeonato. A profunda frustração de seus torcedores não justificará a responsabilização por danos morais do autor do ilícito (frente aos torcedores), embora haja culpa, dano e nexo de causalidade.

O consumidor, frustrado, por exemplo, com a demora do fornecedor que há semanas, e apesar de muita insistência, não lhe envia o orçamento solicitado, não possui direito à indenização por danos morais, por mais que a situação lhe provoque sofrimento, angústia, insatisfação *etc*. Eventual fundamentação da responsabilidade em razão da demora do atendimento dependerá da violação de regra específica cujo escopo seja tutelar o interesse imaterial relativo ao bom aproveitamento de seu tempo.

A título ilustrativo, discute-se na jurisprudência brasileira a responsabilidade por danos morais quando a agência bancária desrespeita lei impondo limite máximo de tempo para o atendimento dos consumidores. Embora invocando a noção de defeito do serviço, a discussão nas cortes muitas vezes se dá nos termos propostos pela teoria do escopo da norma. Em outras palavras, investiga-se se a regra tem como objetivo tutelar apenas o interesse da coletividade ou também interesses individuais, em especial o imaterial consistente em ser atendido rapidamente.

A título ilustrativo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou decisão que negou pedido de indenização por danos morais fundamentado em infração de lei impondo o limite máximo de espera de 35 minutos. Na sentença o magistrado entendeu que a inobservância da norma possui como única consequência a aplicação de penalidade administrativa. A corte estadual interpretou-a em outro sentido. Embora não o afirme nestes termos, o tribunal investigou o escopo de proteção da norma específica, destacando a relevância social do problema e contextualizando-o nas normas do CDC sobre práticas abusivas, e concluiu pela existência de finalidade de proteção de interesse individual;[54] no

---

[53] Outra questão é saber se há responsabilidade pela impossibilidade de cumprimento do contrato de transporte ou de turismo. Ou seja, se a violação por culpa de direito subjetivo relativo enseja a responsabilidade civil do artigo 186 c.c. artigo 927 *caput*. A doutrina brasileira aborda o problema da perspectiva do princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Sobre o assunto cf. OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *A doutrina do terceiro cúmplice – autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos*, in *RT* 821 (2004), p. 80 e segs.

[54] TJSP, Apel. 00047611-32.2010.8.26.0129, 5ª Cam. de Direito Privado, rel. Des. J. L. Mônaco da Silva, j. em 22.10.2014, v.u. Destaque-se o seguinte fundamento do julgado: *"[...] respeitado o entendimento do MM.*

caso, o de não precisar aguardar por horas para realizar um depósito, uma operação financeira *etc.*, imprescindíveis no contexto da vida cotidiana moderna.

De fato, para a fundamentação da responsabilidade neste caso é forçoso analisar o escopo da norma violada, ainda que esta exigência não aponte uma solução prática concreta *a priori*. Trata-se de indicar a questão correta, com o que já se avança no plano argumentativo. Outro problema consiste em saber se, apesar da infração e da lesão ao interesse do consumidor, este não sofreu prejuízo considerável, como, por exemplo, caso eventualmente tenha esperado um ou dois minutos a mais. De qualquer forma, aqui já não se está mais na investigação do escopo da norma violada, e sim no plano do 'preenchimento' da reponsabilidade.

Voltando ao problema da responsabilização daquele que, ao infringir regra de trânsito, ocasiona atraso que impede um casal de embarcar em viagem de férias, impende destacar, agora, a relevância da responsabilidade contratual.

Se uma agência de turismo presta serviço defeituoso e o consumidor perde o avião, não conseguindo usufruir suas férias como planejado, é justo conceder a este indenização relativa ao interesse imaterial ao lazer,[55] o qual, embora não consubstanciado juridicamente num direito subjetivo ou num bem jurídico, é tutelado pelo escopo contratual. O *plus* mencionado em alguns julgados do STJ para justificar a reparação do dano moral na responsabilidade contratual[56] não diz propriamente com o dano, mas com a fundamentação da responsabilidade com base no escopo contratual.[57]

Juiz a quo, *é caso de procedência do pedido. Com efeito, em razão da postura dos bancos, foram editadas diversas leis municipais para estabelecer tempo máximo de espera para o atendimento de consumidores nas agências bancárias. A edição de tais normas sinaliza a necessidade de que o tempo para atendimento do consumidor em agência bancária seja pautado pelo critério da razoabilidade"*. Em sentido contrário a mesma corte já decidiu que *"a existência de lei limitando o horário de espera na fila não impõe à instituição financeira o dever de indenizar moralmente os consumidores por eventual atraso no atendimento"* (TJSP, Apel. 0009660.23.2010.8.26.0129, 5ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Erickson Gavazza Marques, j. em 1.10.2014, v.u.).

[55] Ou seja, o consumidor não receberá apenas o valor atualizado do valor pago pelo pacote turístico, com eventual multa contratual.

[56] Por exemplo cf. STJ, REsp 656.932/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 24.04.2014, DJe 02.06.2014. Outros julgados exigem situação excepcional que transcenda a *"esfera psicológica e emocional do mero aborrecimento ou dissabor, próprio das relações humanas"* (STJ, AgRg no AREsp 200.514/RJ, 3ª Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, j. em 28.05.2013, DJe 13.06.2013).

[57] Todavia, os reflexos da lesão do interesse podem ser diferentes, de acordo com as peculiaridades de cada vítima. Por exemplo: um casal viaja em lua de mel e realizaria sua primeira (e talvez única) viagem ao exterior, o outro não está em lua de mel e viaja ao exterior com regularidade, onde possui casa de veraneio, *etc*.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu em 16 de setembro de 2014 caso que ilustra a hipótese.[58] Um casal programara um cruzeiro marítimo para celebrar o seu noivado. Em razão de falha na prestação dos serviços, a noiva, cujo nome fora preenchido incorretamente no *voucher*, não pôde embarcar. Naturalmente o noivo desistiu do cruzeiro. Ambos exigiram indenização por danos patrimoniais e morais. O tribunal julgou o pedido procedente, com razão. A peculiaridade do caso é que a genitora do varão, a qual acompanhava o casal juntamente com outros familiares, também pleiteou indenização por dano moral. A corte também lhe deu razão. A fundamentação foi a seguinte:

> *"Se ela [a genitora do noivo] embarcou no navio e se usufruiu ou não dos serviços disponíveis na embarcação, esse não pode ser o fundamento legal para negar a pretensão pelo dano moral. A questão que se coloca é que, a viagem, programada em família, tinha além de outras razões que dispensam comentários, comemorar o noivado de* G *e* O. *Genitora do noivo, evidente que a autora* Y *mantinha justa expectativa sobre o evento que não se realizou por sua vontade, mas por falha na prestação dos serviços provocados pelas rés. Para tipificação da dor moral reflexa não se pode exigir extremo sofrimento psicológico do familiar ou cônjuge. Considerar-se-ão os laços afetivos existentes, a partir dos quais as frustrações e sentimentos de angústias e sofrimentos deflagrados pelo ato ilícito. [...]. Segundo a prova documental colhida, a autora* Y *precisou se socorrer de calmantes durante o cruzeiro para suportar a dor. Mãe do noivo, teve frustrada sua legítima esperança de participar do noivado programado para a viagem, cujo casal, posteriormente, contraiu núpcias. Cuida-se de sofrimento suportado por ricochete".*

O contrato firmado não tutela apenas o interesse patrimonial do casal correspondente ao valor econômico da prestação dos serviços de transporte, alimentação, lazer *etc.*, como também seu interesse imaterial ao lazer, o que abrange eventual festividade ou situações semelhantes. Por isso, a fundamentação da pretensão indenizatória por danos morais do casal. Como já referido, se o casal não houvesse embarcado em razão de atraso provocado por intenso congestionamento ocasionado por acidente de trânsito, o responsável pelo ilícito não

[58] TJSP, Apel. 1043241-47.2013.8.26.0100, 31ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Adilson de Araújo, j. em 16.09.2014.

responderia pela frustração dos noivos. A norma de trânsito não possui como escopo tutelar o interesse imaterial em questão. O decisivo para a fundamentação da responsabilidade não é o fluido critério do limite do mero aborrecimento, mas a investigação do escopo da norma violada. A dor, o sofrimento, a afetividade *etc.* podem eventualmente ser decisivos para o dimensionamento da indenização, não para a fundamentação do dever.

O mesmo vale para a pretensão indenizatória da genitora do noivo. O tribunal socorreu-se do sentimentalismo e do inseguro argumento do laço afetivo, quando, em verdade, era preciso investigar se houve lesão de um interesse da genitora protegido pelo dever violado, qual seja: o de preencher corretamente o *voucher* da noiva ou de tomar as providências cabíveis para remediar a situação. Deixando de lado o problema da relatividade dos efeitos do contrato[59] e aceitando, como pressuposto, a tese segundo a qual o CDC unificou a responsabilidade contratual e a delitual no conceito de defeito do produto ou do serviço,[60] a regra de conduta violada pelas prestadoras do serviço não tutela eventual interesse de familiares, parentes ou terceiros que nutriam a esperança de participar do noivado. O critério é normativo, não 'afetivo'. Destarte, a pretensão da genitora deveria ter sido rejeitada.

Ainda quanto aos interesses imateriais, não se ignora haver o Código previsto a indenização do dano exclusivamente moral (CC, art. 186). Porém, é sempre imprescindível a violação de um interesse juridicamente tutelado – para o dispositivo é preciso *"violar direito e causar dano"*. Por exemplo, a jurisprudência brasileira é pacífica ao conceder indenização por danos morais na hipótese de morte de parente próximo, independentemente da violação da saúde psíquica do sobrevivente. Todavia, esta solução pode ser fundamentada no artigo 948, *caput*, do Código Civil,[61] em conjunto com as regras e os princípios do direito

---

[59] Até porque seria possível imaginar haver toda a família celebrado um único contrato com a agência de turismo.

[60] O exemplo escolhido também não pode ser criticado por se tratar de responsabilidade pelo fato do serviço, pois, de qualquer forma, a fundamentação da responsabilidade se deu com base na análise de regras de conduta: a prestação do defeito foi defeituosa, pois não houve o correto preenchimento do nome da noiva. Seja como for, deve-se registrar a seguinte ressalva: a responsabilidade por defeito dos serviços dificilmente se resolve apenas com o critério do risco, sendo, em muitos casos, imprescindível investigar a ilicitude ou antijuridicidade da conduta do fornecedor, independentemente de apreciações subjetivas ou de imputação moral. O caso citado é um exemplo disto. Para uma crítica da disciplina unitária da responsabilidade pelo defeito dos serviços no CDC cf. JAN PETER SCHMIDT, *Dienstleistungsverträge im brasilianischen Recht*, pp. 191-192, in ZIMMERMANN, *Service contracts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 181-192. O autor assinala inexistirem na maioria das prestações de serviço os elementos característicos que legitimam a responsabilidade civil do produtor, em especial a produção em massa, a falha no controle final e o anonimato.

[61] Em especial na expressão *"sem excluir outras reparações"*. Sobre o tema, comparando a redação do correspondente artigo 1.537 do Código de 1916 com a do dispositivo atual, cf. PAULO DE TARSO VIEIRA

de família – a vida de um cônjuge, companheiro ou parente próximo é, do ponto de vista da existência social e afetiva do indivíduo, um interesse juridicamente protegido, cuja violação fundamenta a responsabilidade. E isto independentemente, em princípio, do escopo ou da finalidade da norma de conduta concretamente violada.

Por outro lado, o sofrimento e a dor resultantes da impossibilidade do exercício da afetividade não fundamentam *per se* a responsabilidade, ainda que verificada a culpa do agente lesivo e o nexo de causalidade. Outras espécies de lesão, ainda que graves, à saúde ou integridade física da vítima direta também não deveriam ensejar indenização por danos morais, mesmo em favor dos familiares próximos.[62] Outrossim, também não se deve conceder indenização, ainda que em caso de morte da vítima direta, a não familiares, independentemente do grau de afetividade entre os envolvidos e da intensidade da dor ou do sofrimento daí resultante.[63] Para isso, é necessária a violação de uma norma ou disposição negocial cujo escopo seja, dentre outros, tutelar tal interesse. É preciso fixar um limite. Procurá-lo na dor, no sofrimento ou na afetividade é mergulhar num oceano de subjetivismo.[64] Entretanto, é preciso reconhecer serem a doutrina e a jurisprudência brasileira flexíveis neste tema.[65]

SANSEVERINO, *Princípio da reparação integral* cit., p. 294: *"[n]o CC/2002, a abertura estabelecida pela parte final do* caput *do art. 948, admitindo a reparação de outros prejuízos ensejados pelo dano-morte, tornou induvidosa a indenizabilidade dos prejuízos de afeição suportados pelas vítimas por ricochete"*.

[62] Faltaria o apoio do artigo 948, *caput*, que cuida apenas do caso de homicídio. A indenização dependeria de lesão psíquica verificada segundo os critérios da ciência médica. A violação do bem jurídico saúde serviria como fundamento para a responsabilização. Mas, mesmo assim, seria necessário investigar os outros pressupostos da responsabilidade e, em especial, o problema específico da causalidade psíquica. Em outras palavras, não se excluiria, portanto, a reparação do dano em outras hipóteses, além da morte, mas o fundamento seria outro: a lesão à saúde, constatada por perícia médica. A lesão sofrida pela vítima direta não é, em si, suficiente para tanto.

[63] Situação diversa ocorre quando a vítima 'indireta', ao receber a notícia da grave lesão, sofre dano, ou melhor, lesão em sua própria saúde, imergindo, por exemplo, em grave quadro depressivo. Deve-se tratar de lesão verificada mediante laudos e perícia médica. O sofrimento gerado pela trágica situação do amigo, namorado *etc.*, ainda que grave e profundo, ou a redução da 'felicidade' em razão do sentimento de dó ou comiseração pelo próximo, não justificam, em si, a responsabilidade. De qualquer forma, no primeiro caso se teria um problema de causalidade psíquica, a qual exige investigação autônoma, não enfrentada no presente trabalho.

[64] Embora em outro contexto, HANNAH ARENDT, *The human condition*, 2 ed., The University of Chicago Press, Chicago, 1958, pp. 50-51, considera ser a dor (*pain*) o sentimento mais íntimo e menos comunicável de todos: *"[p]ain, in other words, truly a borderline experience betwenn life as 'being among men' (*inter homines esse*) and death, is so subjective and removed from the world of things and men that it cannot assume na appearance at all"* (*ibidem*, p 51). Ainda segundo a autora, *"[p]ain is the only inner sense found by introspection which can rival in independence from experienced objects the selfevident certainty of logical and arithmetical reasoning"* (*ibidem*, p. 310). A autora cogita principalmente na dor corporal. O exemplo da espada é ilustrativo: a dor causada por uma espada não nos diz absolutamente nada sobre a existência material da espada (*idibem*, p. 114). No entanto, em princípio não há razão para diferenciar, neste aspecto, entre a dor corporal e a psíquica ou psicológica.

[65] Cf. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, *Princípio da reparação integral* cit., pp. 293-296.

3.4.2. Interesses puramente patrimoniais

Da mesma forma, não há fundamentação da reponsabilidade quanto a eventual prejuízo puramente patrimonial daquele que, por não conseguir chegar a tempo a uma negociação, perde oportunidade para concluir um negócio. Caso contrário, ter-se-ia uma responsabilidade irrestrita: quem provoca culposamente acidente numa rodovia movimentada responderia por prejuízo resultantes de eventual atraso de centenas de pessoas que ficaram retidas no congestionamento decorrente do fato.

O problema dos danos puramente patrimoniais e a importância, neste contexto, da investigação do escopo da norma merecem destaque no direito concorrencial. Não é qualquer infração de regra de conduta que fundamentará a responsabilização por eventuais prejuízos de natureza puramente patrimonial sofrido por um concorrente. A título ilustrativo, é possível cogitar-se na hipótese de publicidade abusiva ou enganosa. A empresa que viola a determinação do CDC provoca, muitas vezes, prejuízo a seus concorrentes. Se a fundamentação da responsabilidade dependesse apenas dos três tradicionais elementos da cláusula geral de responsabilidade (culpa, dano e nexo de causalidade), a responsabilidade seria necessária, ou seria preciso justificar a negativa com a ausência de certeza quanto ao nexo de causalidade. Todavia, é melhor fundamentar com base na teoria do escopo da norma: é preciso investigar se a norma violada tutela, além do interesse da coletividade ou dos consumidores, os individuais dos empresários concorrentes. Razões de ordem prática podem ser invocadas para reforçar ou justificar a segunda solução: número indeterminado de prejudicados que poderiam exigir indenização, mesmo em se tratando de *lucros cessantes* insignificantes do ponto de vista do mercado. Esta espécie de argumentação não é incompatível com a teoria do escopo da norma. Pelo contrário, uma das vantagens desta é exigir dos magistrados que sejam claros e expressos quanto aos verdadeiros fundamentos materiais de sua decisão.

No direito português, ADELAIDE MENEZES LEITÃO destaca a relevância das "normas de proteção"[66] para a reparação dos danos puramente patrimoniais.[67] Questão interessante consiste em saber se as cortes podem formular regras de condutas (deveres do tráfego)

[66] Correspondente às "leis de proteção" do direito alemão. No presente trabalho, preferiu-se a tradução literal da expressão em alemão.
[67] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra, Almedina, 2009, *passim*. Em especial, cf. conclusão 12 em *ibidem*, p. 836.

visando à tutela de interesses puramente patrimoniais, ao que a citada autora responde negativamente, para o direito português.[68] O problema também é relevante para o direito brasileiro.[69]

4. Existência de uma regra de conduta violada

O segundo aspecto relativo à interpretação do artigo 186 do Código Civil relaciona-se com a necessidade de uma regra de conduta como referência para a investigação proposta pela teoria do escopo da norma. O problema se coloca, pois não faz sentido interpretar o escopo da norma quando se parte de uma concepção delitual orientada pelo resultado, ou seja, em que a antijuridicidade, ilicitude ou contrariedade ao direito resulta da intervenção na esfera jurídica alheia, não pressupondo a violação de uma regra de conduta.

Neste caso, eventuais ponderações de interesses são centralizadas em hipóteses excepcionais e delimitadas pelo legislador, as denominadas excludentes de ilicitude ou antijuridicidade e, em princípio, o fator risco resolver-se-ia, a partir da concepção clássica de ação, com base na teoria da causalidade adequada – uma ação somente é considerada lesiva se for causa adequada para a produção do resultado lesivo, ou seja, se favorecer genericamente a sua realização. Todavia, este segundo aspecto sequer teria relevância prática, pois, segundo esta mesma concepção, geralmente se exige, para a responsabilização, a culpa em termos de previsibilidade e evitabilidade do resultado lesivo.

Neste contexto, a investigação do escopo da norma somente é possível se atendido um pressuposto: que o desvalor da conduta dependa da infração de uma regra específica de conduta (*e.g.* não transitar acima de 100 Km/h, trancar o veículo quando estacionar na via pública *etc.*), esteja esta norma prevista em lei, ou haja sido estabelecida pela jurisprudência.

---

[68] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção* cit., p. 835: *"[n]ão se admite a formulação originária (*ad hoc*) por via jurisprudencial de deveres do tráfego para a proteção de interesses patrimoniais puros, pois terá de ser o legislador, através de normas de proteção, a autonomizar essa proteção, ainda que os deveres do tráfego possam servir para a sua* explicitação *ou* concretização*"* (destaques no original).

[69] Mas não será enfrentado no presente trabalho, por pressupor estudo aprofundado sobre o problema da reparação dos prejuízos puramente patrimoniais.

4.1. O entendimento da doutrina brasileira

Na doutrina brasileira é comum mencionar-se a violação de dever como elemento constitutivo da ilicitude ou contrariedade ao direito.

Esta indicação pode sinalizar a passagem de uma concepção 'subjetiva' para uma 'objetiva' de ilicitude ou contrariedade ao direito.[70] Para a concepção subjetiva, em princípio todo dano é ilícito ou antijurídico, a não ser que o agente lesivo possa invocar uma autorização legal específica que o legitime ao ato lesivo (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito reconhecido *etc.*). Para a concepção objetiva, a antijuridicidade repousa necessariamente na violação de uma norma. Desta forma, não basta, em princípio, causar dano para o nascimento do dever de indenizar, havendo uma seletividade dos interesse protegidos.

Porém, a norma violada não precisa consistir, necessariamente, numa norma de conduta específica. É possível que se tenha em vista um dever cujo conteúdo consiste na descrição de um resultado a ser evitado, como, por exemplo, não matar, não violar propriedade alheia *etc.*, contexto no qual as excludentes também seriam relevantes (*e.g.* lesar propriedade alheia em estado de necessidade, matar outrem em legítima defesa *etc.*). Por isso, a indicação da necessidade de violação de dever, do modo como apontado pela doutrina brasileira, não permite inferir haver sido adotada a teoria da conduta ou da ação injusta. No máximo, ela indica a referida orientação 'objetiva'.

De qualquer forma, a doutrina pátria, pelo menos no plano teórico, tende a abordar o problema de uma perspectiva orientada ao resultado. Mas, em verdade, não se verifica possuírem os autores ciência da oposição entre as teorias do resultado e da ação injusta e de sua relevância dogmática.

---

[70] WIDMER, *The concept of 'unlawfulness' – functions and relevance under Swiss Law*, p. 119, in KOZIOL (org.), *Unification of tort law – wrongfulness*, Haia, Kluwer Law, 1998, pp. 115-127, indicando haver a Corte Federal Suíça adotado expressamente a orientação objetiva. Sobre o problema, comparar as discussões sobre a adoção ou não do modelo de cláusula geral no direito alemão indicadas no item 2.2. do capítulo 1 *supra*, em especial no que diz com a ideia inicial de que a provocação do dano já deveria ser considerada, por si e em si, um delito, salvo justificação específica da conduta.

4.2. Clóvis Beviláqua, Agostinho Alvim e Pontes de Miranda

Por exemplo, para CLÓVIS BEVILÁQUA, *"[a]to ilícito é [...] o que praticado sem direito, causa dano a outrem"*,[71] sendo, outrossim, ilícito o *abuso de direito*, ou seja, o *"exercício irregular ou anormal do direto, de modo a prejudicar alguém"*.[72] Seu entendimento não é muito claro, mas é possível verificar uma tendência para a perspectiva da teoria do resultado injusto: pratica ato ilícito quem provoca dano *sem direito*, ou seja, sem uma causa justificativa, como o exercício regular de um direito, a legítima defesa e o estado de necessidade.

Ainda sobre CLÓVIS BEVILÁQUA, vale lembrar, quanto ao Código Civil de 1916, que o autor discordava da introdução da culpa no conceito de ato ilícito, *profunda* alteração que, segundo jurista, proveio de emenda do Senado.[73] Todavia, o autor tinha em mente a culpabilidade, ou imputabilidade moral do descumprimento do dever. Em sua teoria geral do direito civil, ele definiu culpa como *"a violação de um dever preexistente"*,[74] não referindo o elemento subjetivo. Em outro excerto afirmou expressamente que *"[a] culpa aquiliana, compreendida na sua extensão atual, corresponde ao ato ilícito, o qual para*

---

[71] CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria geral do direito civil*, 2 ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Rio, 1980, p. 270. Segundo o autor, o conceito de ato ilícito não havia sido claramente definido pela doutrina anterior à codificação do direito civil brasileiro (cf. idem, *Código Civil I* cit., p. 425). Quanto ao Código Civil de 1916, criticou a localização do dispositivo que cuidava do ato ilícito na parte geral. Para CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria geral* cit., p. 271, nt. 1, trata-se de *"um gênero de atos que só no direito das obrigações se deve apreciar como causa geradora delas"*. Por esta razão, seu Projeto primitivo o trazia no livro das obrigações. Quanto a este aspecto vale ressaltar que, em seus comentários, CLÓVIS BEVILÁQUA indica como correspondente o 1.369 de seu Projeto (cf. *Código Civil I* cit, p. 425). Em sua teoria geral do direito civil, indica o artigo 1.641 (cf. *Teoria geral* cit., p. 271). Na publicação em *Código Civil Brasileiro – trabalhos relativos à sua elaboração*, v. 1, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 279, o artigo é o 1.639, com a seguinte redação: *"[t]odo aquelle que por acção ou omissão voluntaria, por negligencia ou por imprudência, ofende o direito de outrem, fica obrigado a reparar o damno causado"*.

[72] CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria geral* cit., p. 276, para o qual o direito brasileiro segue a doutrina de Saleilles: *"[o] exercício anormal do direito é abusivo. A consciência publica reprova o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral"* (cf. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil I* cit., pp. 433-434).

[73] Cf. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil I* cit., p. 426. Todavia, a alteração não diz respeito ao texto correspondente à primeira parte do artigo do Código de 1916. Cf. em nota *supra* o texto do artigo 1.639 do Projeto primitivo conforme publicação em *Código Civil Brasileiro – trabalhos relativos à sua elaboração*, v. 1, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 279. No Projeto revisto o dispositivo foi de fato transposto para a parte geral, em seu artigo 180, com a seguinte redação: *"[a]quelle que, por acção ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ofende direito de outrem fica obrigado a reparar o dano. A determinação da violação ou ofensa e avaliação da responsabilidade regulam-se pelas disposições dos tits. VII e IX, cap. II, do liv. III da parte especial deste código"* (*ibidem*, p. 687). De fato, na segunda parte do dispositivo do Projeto revisto não consta menção à culpa.

[74] CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria geral* cit., p. 274

determinar o dano dispensa o elemento subjetivo da negligência ou da imprudência".[75] A afirmação indica dispensar o autor a reprovabilidade subjetiva da conduta.[76]

E, de fato, CLÓVIS BEVILÁQUA foi criticado por AGOSTINHO ALVIM por não indicar o elemento subjetivo para a configuração da culpa.[77] De qualquer forma, no que interessa diretamente ao problema agora enfrentado, o segundo jurista entende ser o *dever violado* elemento objetivo da culpa. Para ele, o dever violado não apresenta dificuldade quando há lei ou contrato, pois *"[a] lei deve ser por todos obedecida"*, não se podendo alegar sua ignorância, escusa também inaceitável para a infração de dever contratual.[78] O problema são *"as hipóteses em que o elemento objetivo da culpa existe, sem que corresponda a um texto expresso de lei, ou imposição de vontade"*, salientando o autor que o artigo 159 do Código de 1916 não empregou a expressão *violar lei*, mas *violar direito*.[79]

Para responder a questão AGOSTINHO ALVIM socorre-se de uma formulação orientada ao resultado: *"[d]e modo geral, pode dizer-se que o dever de não lesar a ninguém corresponde ao direito, também de ordem geral, de não ser lesado"*.[80] Essa perspectiva fica evidente no seguinte exemplo do autor:

> *"[S]e um indivíduo, por descuido, deixa derramar a tinta que leva num vidro e mancha a roupa do companheiro de ônibus, ele atenta, certamente, contra o direito deste, porque, no direito de ordem geral que a este assiste, de ir e vir, decorre o direito de poder fazê-lo de modo incólume, sem dano"*.[81]

Em outras palavras, há violação de dever porque se interveio em direito alheio. A violação do dever é estabelecida em termos de *choque de direitos*, conforme expressão

---

[75] CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria geral* cit., p. 274.
[76] Com efeito, ao comparar o delito penal ao civil CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria geral* cit., p. 273, observa que, enquanto no primeiro se procura estabelecer a imputabilidade, no direito civil basta o vínculo de causalidade entre o agente e o prejuízo. Por essa razão conclui que *"[o]s menores de 14 anos, que obrarem sem discernimento, os alienados, os que na ocasião do delito se acham em estado de completa perturbação dos sentidos, e os violentados [...] são civilmente responsáveis, isto é, são obrigados a indenizar o prejuízo que causarem, seja por atos classificados crimes, seja por atos estranhos ao direito penal [...]"*.
[77] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução* cit., p. 246: *"Beviláqua, ao conceituar a culpa, não põe em destaque o seu elemento subjetivo, mas, apenas, o objetivo, isto é, a violação do dever"*.
[78] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução* cit., p. 248.
[79] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução* cit., pp. 248-249.
[80] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução* cit., p. 249.
[81] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução* cit., p. 249.

utilizada pelo próprio autor.[82] Há aqui semelhança com a concepção delitual clássica do direito alemão: quem intervém em bem jurídico de outrem age contrariamente ao direito, salvo se demonstrado, por meio de uma causa justificativa, o seu "direito" de intervenção na esfera jurídica alheia.

Reconhecidas, ademais, a violação de dever por infração de lei e de disposição contratual,[83] também com correspondentes no BGB, AGOSTINHO ALVIM defende ainda que *"a infração de dever compreende o dever moral determinado"*,[84] valendo-se agora da perspectiva da ação ou conduta, em termos semelhantes ao § 826 do BGB. Não é mera coincidência haver o autor ilustrado a hipótese com um exemplo típico da aplicação do dispositivo do Código alemão, qual seja, o da informação falsa ou inexata. Segundo o jurista há aqui *"violação de dever moral determinado"*, sustentando que, *"em hipóteses desta natureza, o informante somente responde por dolo"*,[85] o que reforça a semelhança com a solução germânica.[86]

De modo geral, porém, não se encontra nos autores que cuidaram do tema na vigência do Código de 1916 uma concepção clara sobre ilicitude. As discussões centraram-se na polêmica sobre ser o elemento subjetivo (imputabilidade e culpa *in concreto*) elemento indispensável à configuração do ilícito.[87] A exceção é PONTES DE MIRANDA, o qual,

---

[82] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução* cit., p. 251.
[83] Cf. *supra*.
[84] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução* cit., p. 253.
[85] AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução* cit., p. 254.
[86] Cf. capítulo 1 *supra*, em que foi indicado que a responsabilidade do § 826 do BGB pressupõe dolo.
[87] Cf., por exemplo, ALVINO LIMA, *Culpa e risco*, 2 ed., São Paulo, RT, 1998, p. 58, para o qual é a culpa o *elemento específico* do ato ilícito. Ou seja, ela é a responsável pela passagem, à órbita da responsabilidade civil, da violação de direito de outrem causadora de um dano. Para ele, a culpa é o *fiat* dos demais elementos constitutivos do ato ilícito, rejeitando o autor as tentativas de definir a culpa com base no elemento objetivo da *lesão do direito de outrem* (*ibidem*, p. 52). Concordando cf. MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Curso de direito civil V (fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil)*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, p. 207. Também defendendo que *"a culpa não pode dispensar o elemento moral"* cf. JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil I*, 5 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 138.

Segundo ALVINO LIMA, a culpa é um *"um erro de conduta, um desvio da normalidade no agir ou abster-se"* (*ibidem*, p. 52), ao passo que *"viola-se o direito de outrem todas as vezes que se fere a sua pessoa ou o seu patrimônio"*. Se da violação culposa do direito de outrem resultar dano, daí haverá ato ilícito e, logo, responsabilização civil, distinguindo ALVINO LIMA, outrossim, entre dano e violação de direito (*ibidem*, p. 48). Todavia, não se extrai de sua obra uma exata distinção entre estas duas noções, nem se infere um conceito preciso e autônomo de ilicitude ou contrariedade ao direito. ALVINO LIMA simplesmente afirma que a violação de direito de outrem *"pode estar protegida por um direito, como a legítima defesa; pode ser consequência da culpa da própria vítima, ou ser o fruto de uma fatalidade, superando a previsão e as cautelas humanas"* (*ibidem*, p. 53). De fato, a preocupação do autor não é definir ilicitute, antijuridicidade ou contrariedade ao direito, mas sim a culpa como requisito subjetivo essencial à responsabilidade delitual, ou seja, aquela prevista no artigo 159 do Código Civil. Cf. ressalva expressa em ALVINO LIMA, *Culpa e risco* cit., p. 44.

influenciado pela doutrina alemã, efetivamente dedicou-se ao problema da ilicitude ou contrariedade ao direito no direito positivo brasileiro.

O autor trata do ato ilícito no contexto da classificação dos fatos jurídicos, voltando-se contra *"o hábito de se excluírem, no conceito e na enumeração dos fatos jurídicos, os fatos contrários ao direito"*.[88] Pouco intuitiva, esta classificação e os problemas nela envolvidos não precisam ser investigados aqui.[89] O importante é destacar algumas notas características da noção de ilicitude ou contrariedade ao direito subjacentes às distinções defendidas pelo autor.

A primeira diz com a cisão entre ilicitude e reparação do dano. Segundo PONTES DE MIRANDA o dever de reparar o dano não é a única consequência possível da qualificação de um fato jurídico como contrário ao direito. Nesse sentido, o autor aponta a existência dos atos ilícitos caducificantes, os quais importam em perda de direitos, pretensões, ações ou exceções,[90] e dos atos ilícitos nulificantes, cuja consequência se dá no plano da validade.[91] Outrossim, reconhece a existência de hipóteses de obrigação de indenizar sem ilicitude do ato ou da conduta.[92] Porém, aqui o autor cogita naquelas situações em que a ilicitude da produção do prejuízo é afastada por uma causa de *pré-exclusão da contrariedade ao direito*, como o estado de necessidade. Com efeito, para PONTES DE MIRANDA outras hipóteses, como a responsabilidade pelo risco, por dano provocado por animal, pela ruína de prédio *etc.*, configuram casos em que o dever de reparar o dano, embora não pressupondo o requisito da culpa, fundamenta-se na contrariedade ao direito.

---

[88] PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado, t. II*, 2 ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 184. Desta forma, inclui a dicotomia licitude *versus* ilicitude como critério distintivo das subcategorias de fato jurídico *lato sensu*. Todavia, não aceita a tradicional classificação da ilicitude ao lado do ato lícito ou como sua subcategoria. Para ele, além dos atos ilícitos existem os ato-fatos ilícitos e os fatos ilícitos *stricto sensu* (cf. *ibidem*, p. 193 e segs). Ademais, os atos ilícitos *lato sensu* subdividem-se, segundo o jurista, em atos ilícitos *stricto sensu*, atos ilícitos caducificantes, atos ilícitos nulificantes e, finalmente, atos ilícitos relativos (cf. *ibidem*, p. 201 e segs.).

[89] Para uma crítica sobre a inclusão da licitude ou ilicitude com critério classificatório dos fatos jurídicos cf. ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)*, 1986, pp. 33-34, nt. 33, em que se afirma: *"[a] licitude e a ilicitude, por não estarem diretamente na realidade, não podem compor o suporte fático dos tipos* primários *de atos humanos. A licitude do ato é uma* qualificação*; portanto, algo próprio do mundo do direito, e não, da realidade"*. Observe-se que o autor não exclui os atos contrários ao direito do 'mundo jurídico', apenas nega a dicotomia licitude *versus* ilicitude como adequada à classificação dos fatos jurídicos segundo o seu suporte fático. Para uma classificação semelhante à de PONTES DE MIRANDA cf. MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico – plano da existência*, 20 ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 293 e segs.

[90] PONTES DE MIRANDA, *Tratado II* cit., p. 216.

[91] PONTES DE MIRANDA, *Tratado II* cit., p. 202.

[92] PONTES DE MIRANDA, *Tratado II* cit., p. 200.

É nesse contexto que o jurista invoca o que denomina de *contrariedade transubjetiva a direito*. Esta ideia decorre da circunstância de o autor haver dissociado as noções de responsabilidade e culpa, sem, entretanto, desvincular-se de uma concepção de ilicitude ou antijuridicidade totalmente orientada ao resultado lesivo.[93]

PONTES DE MIRANDA contrapunha-se ao que indicava como *teoria romano-francesa*, rejeitando a *"confusão velhíssima"* entre contrariedade a direito e delito,[94] consistente em se exigir a culpa, ainda que a objetiva, como pressuposto ou elemento nuclear da ilicitude ou da contrariedade do direito. De fato, para a tradição francesa a ilicitude não é elemento distinto da culpa. As duas noções se confundem.[95] Este ponto de vista é compreensível no contexto do *Code civil* francês, cujos artigos 1.382 e 1.383 dizem respeito especificamente ao dever extracontratual de reparar o dano e centram-se na noção genérica de *faute*, ao lado do dano e do nexo de causalidade. Muito discutido na doutrina francesa é ser ou não a imputabilidade elemento da *faute*.[96] Sem embargo deste problema, o cerne do delito, para o direito francês, é a violação de uma norma ou de um dever imposto ao agente,[97] sendo, em princípio, irrelevante considerá-lo como constitutivo ou exterior à noção de *faute*.

Apesar de distinguir culpa e contrariedade a direito, PONTES DE MIRANDA manteve-se fiel a uma visão que alguns anos depois começaria a ser criticada na doutrina alemã. Para ele em princípio toda lesão de um direito ou de um bem jurídico é ilícita, qualificação esta somente afastada mediante a demonstração de uma causa justificativa ou de exclusão da antijuridicidade, denominada pelo jurista de *pré-excludente da contrariedade ao direito*.

Compreende-se melhor a concepção de ilicitude de PONTES DE MIRANDA quando cotejada com seu posicionamento acerca da responsabilidade das estradas de ferro e outros meios de transporte quanto a terceiros, ou seja, não passageiros. Trata-se de hipótese de responsabilidade pelo risco, o que é reconhecido pelo próprio autor. Contudo, mesmo assim

---

[93] Impende observar que o segundo tomo de seu tratado, no qual cuida, dentre outros temas, da ilicitude, foi publicado antes dos dois marcos das discussões sobre a antijuridicidade no direito alemão: o primeiro artigo em que NIPPERDEY criticou a concepção de antijuridicidade então vigente, e a decisão do BGH no caso *BGHZ 24, 21*. Cf. capítulo 1, item 1.4., *supra*.

[94] Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado II* cit., p. 196.

[95] Cf. G. VINEY, *Le 'wrongfulness' en droit français*, p. 57, in KOZIOL (org.), *Unification of tort law – wrongfulness*, Haia, Kluwer, 1998, pp. 57-64; G. VINEY e P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 3 ed., Paris, LGDJ, 2006, pp. 367-369.

[96] Sobre o problema cf. G. VINEY e P. JOURDAIN, *Les conditions* cit., pp. 370-373; M. PUECH, *L'illicéité* cit., pp. 56-73. Para o direito brasileiro cf. MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO, *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 27 e segs.

[97] Nesse sentido cf. G. VINEY e P. JOURDAIN, *Les conditions* cit., p. 369.

o jurista brasileiro a considera como fundada numa contrariedade ao direito, criticando o posicionamento de ENNECCERUS e LEHMANN sobre a matéria, os quais defendiam tratar-se de responsabilidade independente de contrariedade ao direito. Segundo PONTES DE MIRANDA, os autores alemães *"não viram a diferença entre permitir o direito (tautologia) e permitir-se o ato danoso, excepcionalmente: essa última permissão ocorre quanto aos atos em legítima defesa e em estado de necessidade; não, porém, no tocante à responsabilidade pelo risco"*.[98]

PONTES DE MIRANDA cogita, outrossim, na responsabilidade por fato do animal e na do dono de edifício ou construção por danos resultantes de ruína que provém de falta de reparos cuja necessidade fosse manifesta,[99] contrapondo todas estas hipóteses à da responsabilidade por dano praticado em estado de necessidade. Relativamente ao primeiro grupo, conclui que *"[f]oi ao elemento culpa, elemento do suporte fático, que se fêz ablação, e não ao elemento contrariedade a direito"*.[100] O fato de considerar que somente uma excludente pode afastar a ilicitude do fato lesivo é o que explica a ideia de *contrariedade transubjetiva a direito*:

> *"Temos, pois, a solução: a contrariedade a direito sem culpa, se obriga a indenizar, ou é ato ilícito* relativo, *ou fato jurídico* ilícito, *ou ato-fato ilícito, que, por sua alusão* histórica *à atividade de guarda, de vigilância, de direção, pode ser expresso como fato ('ato') jurídico ilícito, porém,* sistematicamente, *a nenhum ato alude: a forma a que se ascendeu, com a civilização, é a da contrariedade transubjetiva a direito, mais próxima da contrariedade objetiva do que da subjetiva, ou da contrariedade objetiva. O 'ato', entre parênteses, pode não ter existido"*.[101]

Desta última frase infere-se algo não expresso na obra de PONTES DE MIRANDA, mas que pode ser lido em suas entrelinhas. Sem se desvencilhar da contrariedade ao direito como pressuposto para a responsabilização para determinadas hipóteses de responsabilidade sem culpa, o autor demonstra, porém, receio em abandonar totalmente a conduta ou o *ato* como referencial do juízo de ilicitude ou antijuridicidade. É o que se verifica comparando a sua

---

[98] PONTES DE MIRANDA, *Tratado II* cit., pp. 195-196.
[99] PONTES DE MIRANDA, *Tratado II* cit., pp. 197-198.
[100] PONTES DE MIRANDA, *Tratado II* cit., p. 197.
[101] PONTES DE MIRANDA, *Tratado II* cit., p. 198.

tese à atualmente vigente no direito suíço, cuja doutrina majoritária entende ser a antijuridicidade, a qual encontra-se expressamente indicada no artigo 41 do Código das Obrigações Suíço, uma condição também da responsabilidade objetiva.[102] Segundo WIDMER, focar no resultado é o único meio possível de se distinguir claramente entre, de um lado, a contrariedade ao direito (*unlawfulness*) como uma condição genérica e objetiva da responsabilidade e, de outro lado, a culpa (*fault*), a qual é um critério subjetivo pelo qual se torna possível imputar o dano a determinado indivíduo.[103]

Atualmente no direito alemão a distinção entre teoria do resultado injusto e da ação injusta não é apresentada desta forma. Ambas cuidam em qualificar uma *conduta* (não um resultado) como conforme ou contrária ao direito. Ou seja, seu objeto é necessariamente um ato humano,[104] razão pela qual o problema não se coloca, por exemplo, na responsabilidade pelo risco, embora seja possível cogitar-se em responsabilidade objetiva sem que seja necessariamente pelo risco. A divergência entre as duas tendências diz com o critério de avaliação: a teoria do resultado injusto afirma decorrer a antijuridicidade da intervenção no bem jurídico tutelado, enquanto a da ação injusta exige sempre a infração de uma regra de conduta.[105]

Neste contexto, a *transubjetividade* de PONTES DE MIRANDA não indica uma clara concepção de contrariedade ao direito, ilicitude ou antijuridicidade. Portanto, não deve ser aceita.[106] Entretanto, mesmo se compreendida como qualificante do resultado lesivo, e não propriamente da conduta lesiva, a contrariedade ao direito assume apenas o papel de indicar uma seletividade dos interesses passíveis de tutela delitual – determinadas hipóteses de dano, mesmo quando previstas ou previsíveis pelo agente lesivo, não devem ser indenizadas.[107] A contrariedade ao direito ou ilicitude exprimiria, pois, a existência ou não de bem ou interesse juridicamente protegido, não exatamente uma contrariedade da conduta ao ordenamento

---

[102] Cf. WIDMER, *The concept* cit., p. 115.
[103] WIDMER, *The concept* cit., p. 122.
[104] Neste sentido cf. KÖTZ e WAGNER, *Deliktsrecht* cit., p. 49.
[105] Voltando à crítica dirigida por PONTES DE MIRANDA, *Tratado II* cit., p. 196, a ENNECCERUS e LEHMANN, deve-se destacar o seguinte excerto da obra do brasileiro: *"[p]erguntam eles que regra jurídica foi infringida. A regra jurídica* – responde PONTES DE MIRANDA – *de cuja incidência, produzindo fato jurídico, resultou direito ofendido"*. Ora, da exposição fica claro não cogitar PONTES DE MIRANDA numa regra específica de conduta, mas numa regra genérica de não violar determinado direito ou bem jurídico.
[106] Em sentido contrário cf. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 106.
[107] No direito suíço é o que ocorre como regra geral com os danos puramente patrimoniais. Cf. WIDMER, *The concept* cit., p. 117: *"[a]s a matter of fact, 'unlawfulness' is a problem only in those cases that can be resumed under the notion of 'pure economic loss'"*.

jurídico.[108] É melhor afirmar, simplesmente, haver ou não bem jurídico ou interesse juridicamente protegido pelo direito da responsabilidade civil, reservando-se a ilicitude ou antijuridicidade à qualificação da conduta lesiva como contrária ao ordenamento.

4.3. Fernando Noronha: contrariedade a direito e escopo da norma

Em razão de adotar a teoria do escopo da norma, mas também por oferecer a mais clara ou, pelo menos, uma das mais claras e aprofundadas exposições sobre o conceito de ato ilícito no Código Civil de 2002, FERNANDO NORONHA merece especial destaque.

O autor ressalva as *"limitações das explicações causais, que sempre se mostraram insuficientes para delimitar o problema dos danos indenizáveis"*[109] e, coerentemente, aponta serem cinco os pressupostos da responsabilidade civil: *i)* um *fato antijurídico*, ou seja, um fato que afete negativamente qualquer situação juridicamente tutelada; [110] *ii)* sua *imputabilidade* a alguém pelo critério da culpa ou do risco da atividade; *iii) dano*; *iv)* nexo de causalidade entre o fato antijurídico e o dano, salvo na hipótese em que seja suficiente que o dano constitua risco próprio do responsável;[111] e, por fim, *v) "é preciso que o dano esteja contido no âmbito da* função de proteção *assinada à norma violada"*.[112]

Em relação ao último, assevera ser o exame da norma jurídica violada, ou melhor, de sua *ratio legis*, o que indica os valores e interesses tutelados. Neste sentido, conclui que *"[a] ação de reparação deve ser reservada às pessoas que a norma violada visa proteger e deve ter por objeto apenas os valores visados pela norma. Fala-se, a este respeito, no princípio,*

---

[108] Sobre este aspecto cf. *supra* as considerações do autor sobre das expressões *"violar direito, ou causar prejuízo a outrem"*, a qual não encontra total correspondência com no artigo 186 do Código vigente, no qual consta *"violar direito e causar dano a outrem"*.
[109] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 500.
[110] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 493.
[111] De fato, o nexo de causalidade, desde que compreendido em seu sentido 'naturalístico', somente se dá entre fatos. Rigorosamente não faz sentido falar-se em nexo de causalidade entre um resultado e uma atividade. O resultado é ou não qualificado como concretização do risco, não como sua consequência. Segundo DEUTSCH, *Gefahr* cit., p. 884, a palavra "risco" ou "perigo" designa, em seu uso linguístico comum, *"uma possibilidade de modificação para pior"* (*"eine mögliche Veränderung zum Schlechten"*). De acordo com a fórmula de Frank, citada pelo mesmo autor, *ibidem*, p. 888, trata-se de *"um estado anormal do qual resulta, para o juízo de um perito, a possibilidade próxima de uma lesão"* (*"ein abnormer Zustand, aus dem sich für ein sachkundiges Urteil die naheliegende Möglichkeit einer Verleztung ergibt"*). Apesar da responsabilidade pelo risco não ser objeto deste trabalho, poder-se-ia afirmar que a investigação da concretização do risco se dá em relação ao próprio fato lesivo que fundamenta a responsabilidade. Para eventuais lesões ou prejuízos daí resultantes deve-se, em princípio, analisar a relação de causalidade, além de eventuais outros critérios de imputação objetiva.
[112] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 492.

ou na teoria, do escopo da norma violada, *ou da* relatividade aquiliana*"* (destaque no original).[113]

Seguisse FERNANDO NORONHA a clássica enunciação da culpa, dano e nexo de causalidade como pressupostos suficientes para a responsabilização, provavelmente não teria pugnado pela investigação do escopo da norma violada para o direito positivo brasileiro. Todavia, este ponto já foi abordado no item 3 *supra*, no qual se consignou a opinião do citado jurista no sentido da distinção entre dano e lesão a bem ou interesse juridicamente protegido.

Resta, porém, uma questão a ser enfrentada. A aplicabilidade da teoria do escopo da norma pressupõe a violação de uma regra de conduta específica, sendo incompatível no plano da fundamentação da responsabilidade com a perspectiva delitual orientada ao resultado lesivo. Daí a importância de investigar a noção de contrariedade ao direito defendida pelo jurista citado.

4.3.1. Antijuridicidade, ilicitude subjetiva e ilicitude objetiva

FERNANDO NORONHA distingue entre antijuridicidade, ilicitude subjetiva e ilicitude objetiva. Neste sentido, sua explicação vai além da referência, tradicional em nosso direito, ao *duplo aspecto* da ilicitude: em sentido estrito, como o conjunto de pressupostos da responsabilidade; em sentido amplo, como *"a mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente"*.[114]

Para o autor, a ilicitude subjetiva, ou seja, o ato ilícito em acepção estrita, corresponde ao artigo 186 do Código Civil.[115] Seguindo orientação dominante na doutrina brasileira, o jurista indica dois elementos componentes. O objetivo é denominado, por ele,

---

[113] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 501.

[114] SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Programa* cit., pp. 10-11. Outros autores indicam ser a ilicitude, em princípio, elemento distinto da culpa. Por exemplo, FRANCISCO AMARAL, *Direito civil – introdução*, 6 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 537, assevera que *"[a] ilicitude significa contrariedade a um dever jurídico, consistindo na ofensa a direito subjetivo absoluto ou na infração de preceito legal, que protege interesses alheios, ou ainda no abuso de direito"*. Porém, ao conceituar a culpa como a *"violação de um dever que o agente podia conhecer e observar"*, afirma serem seus pressupostos *"um dever violado (elemento objetivo) e a culpabilidade ou imputabilidade do agente (elemento subjetivo)"* (ibidem, p. 539).

[115] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., pp. 383-384: *"Conforme a* acepção restrita, *ou* ilicitude subjetiva, *atos ilícitos são somente as ações de violação de direitos de outrem que sejam subjetivamente reprováveis: são as ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa, de quem se possa afirmar ter procedido de forma intencional ou meramente culposa (cf. art. 186). Nesta acepção, será ilícita somente a ação ou omissão que reúne dois elementos: a violação de um direito (elemento objetivo), que seja resultante de uma ação culposa (elemento subjetivo)"*.

como *antijuridicidade*; o subjetivo, como *culpabilidade*. Esta *"aponta para o lado interno da ação, ou seja, para o processo psicológico presente no comportamento do agente"*.[116] O autor refere-se ao dolo e à culpa, asseverando haver culpabilidade *"[q]uando o agente sabe ou tem a obrigação de saber que a sua ação contraria um comando jurídico, e mesmo assim age, pratica um ato ilícito (isto é, antijurídico e culposo)"*.[117] Quanto ao elemento objetivo refere-se à noção de fato antijurídico, analisada na categoria mais genérica dos fatos jurídicos.

É este aspecto da definição de ato ilícito de FERNANDO NORONHA que merece maior atenção.

Primeiramente, o próprio autor reconhece a irrelevância da distinção entre ilicitude objetiva e antijuridicidade para o direito das obrigações.[118] Neste ponto, é preciso refletir se a tendência da doutrina brasileira[119] de abordar a ilicitude ou o ato ilícito na classificação dos fatos jurídicos não implica o risco de descontextualização da funcionalidade da noção de contrariedade ao direito. O decisivo é saber se a ilicitude pode ser definida em termos úteis à aplicação de diferentes institutos do direito privado, como a pretensão indenizatória, a inibitória, a de remoção (do ilícito) e as medidas de autodefesa ou autotutela. Como os autores brasileiros geralmente abordam o tema na classificação dos fatos jurídicos, raramente (ou melhor, jamais!) fica claro se perfilham a teoria do resultado injusto ou a da ação ou conduta injusta.

Feita esta ressalva, cumpre, agora, compreender a distinção teórica, proposta pelo autor, entre ilicitude *objetiva*[120] e *antijuridicidade*.

Somente fatos humanos, ou seja, atos ou condutas, podem ser qualificados como ilícitos. Por outro lado, até mesmo um fato natural pode ser qualificado como *antijurídico*,

---

[116] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 391.
[117] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 391, ressalvando, porém, que o tema será examinado no volume segundo de sua obra, ainda não publicada.
[118] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., pp. 384-385: *"[u]ma noção de ato ilícito que seja quase sinônima de ato antijurídico [...] pode ter interesse para outras finalidades, mas não quando se trate de saber quais são os fatos geradores de obrigações"*. Para a utilidade em outras áreas, o autor refere, como exemplo, a ilicitude do objeto do negócio jurídico (CC, arts. 104, II, e 166, II). Em nota de rodapé menciona, outrossim, a fraude contra credores (*ibidem*, p. 385, nt. 6).
[119] É preciso enfatizar: não se trata de uma peculiaridade do pensamento do autor comentado, o qual segue a orientação predominante no direito brasileiro.
[120] Aqui o autor não cogita na ilicitude denominada *subjetiva*, mas na *objetiva* ou ampla, ou seja, *"qualquer ação que não seja conforme o direito"*, no que incluiu os atos lesivos praticados por inimputáveis. Cf. FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 383.

segundo FERNANDO NORONHA. Com efeito, o autor define como antijurídicos *"os fatos que se colocam em contradição com o ordenamento, deste modo afetando negativamente quaisquer situações que eram juridicamente tuteladas"*.[121]

A distinção, da qual resulta uma noção muito genérica de antijuridicidade e que a esvazia de qualquer sentido funcional, explica-se pela circunstância de o autor não desvincular as noções de responsabilidade e contrariedade ao direito, questões, todavia, que se interseccionam, mas são independentes.[122] Nessa esteira, defende haver antijuridicidade mesmo nas hipóteses de responsabilidade pelo risco e também nos casos de responsabilização por ato *justificado*,[123] como, por exemplo, a prevista no artigo 929 do Código Civil, relativo ao estado de necessidade.[124]

O problema dessa perspectiva consiste em se empregarem dois conceitos muito próximos para qualificar elementos de natureza distinta. A antijuridicidade, para FERNANDO NORONHA, é, em verdade, uma qualificação do próprio resultado lesivo; enquanto a ilicitude objetiva é uma qualificação do ato ou conduta humana, cujo critério, porém, é, em princípio e ao menos para a responsabilidade civil, o próprio resultado lesivo. Em outras palavras, a antijuridicidade, nos termos em que empregada pelo autor, exprime a seletividade dos interesses merecedores de tutela na esfera da responsabilidade civil, seja a subjetiva ou objetiva, a por ato ilícito ou a pelo risco. É algo próximo do sentido de antijuridicidade empregado no direito suíço, mas com ela não se confunde, pois, no final das contas, a antijuridicidade, segundo o brasileiro, reduz-se a uma *expressão que sintetiza* a observância dos pressupostos, sejam eles quais forem, para o nascimento do dever de reparar o dano, não um critério autônomo de seleção de interesses tuteláveis pela responsabilidade civil.

O autor assevera, por exemplo, que a lesão sofrida pelo terceiro em caso de ato lícito praticado em estado de necessidade é antijurídica. Mas, *a contrario sensu*, não o seria se quem criou a situação de perigo foi o próprio prejudicado. *Exempli gratia*: o responsável

---

[121] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 369.
[122] Sobre o tema cf. MÜNZBERG, *Erfolg* cit., pp. 72-75, para o qual *"[a] necessidade de uma rígida separação entre a antijuridicidade e a questão da responsabilidade resulta de existir, em grande extensão, responsabilidade independentemente de conduta antijurídica"* (*"[d]ie Notwendigkeit einer strengen Trennun der Rechtswidrigkeit von der Haftungsfrage ergibt sich daraus, daß es im großem Umfang eine Haftung ohne Rücksicht auf rechtswidriges Verhalten gibt" – ibidem*, p 72).
[123] Por isso o autor não usa a expressão *excludente de antijuridicidade*, pois, ainda que justificado o ato, pode haver antijuridicidade.
[124] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 371.

pela guarda de uma criança paquera uma mulher e, em razão disto, esquece-se de sua incumbência. A infante corre para o meio da via pública, e um motorista vê-se compelido a abalroar um veículo estacionado para não a atropelar. Contudo, para azar do galanteador, é seu o veículo atingido por aquele que agiu em estado de necessidade. Há lesão a direito, mas não há responsabilidade. E, para FERNANDO NORONHA, também não há antijuridicidade. Mas, a única explicação para isso é a vinculação da antijuridicidade à noção de responsabilidade: sempre que há responsabilidade há antijuridicidade, para o autor.

4.3.2. Uma perspectiva teórica orientada ao resultado

Desta forma, no contexto terminológico do jurista, é a *ilicitude* que verdadeiramente expressa uma contrariedade da conduta ao direito. É em relação a ela que interessa investigar se o autor segue uma concepção orientada ao resultado (teoria do resultado injusto) ou à ação (teoria da ação injusta). E a abordagem que confere aos *atos justificados* indica a adoção da primeira perspectiva:

> *"A denominação 'atos justificados' tem como razão de ser a circunstância de as intervenções danosas em esfera alheia só serem permitidas (ou como se diria melhor, só serem toleradas) devido à existência das causas que as legitimam, excluindo a ilicitude"*.[125]

Valendo-se novamente do direito civil alemão, cumpre lembrar que, segundo a concepção delitual tradicional daquele ordenamento, a ponderação de interesses somente é permitida nos quadros das excludentes de antijuridicidade: a contrariedade da conduta ao direito é inferida da intervenção no bem jurídico tutelado, sendo, neste sentido, residual em relação à tipicidade. Se a lesão concreta for previsível e evitável, pressuposta a imputabilidade do agente, este responderá pelos danos daí resultantes. Eis a progressiva concretização do injusto: tipicidade, antijuridicidade e culpa. A antijuridicidade[126] somente é apreciada negativamente, no delimitado contexto das excludentes, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de direito *etc*.

Na prática, as excludentes afastam a responsabilidade malgrado a previsibilidade e a evitabilidade do resultado lesivo. Como ressaltado no capítulo primeiro deste trabalho, este

---

[125] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 395.
[126] Ilicitude objetiva para FERNANDO NORONHA.

modo de pensar somente é possível para as "lesões diretas", uma vez que a evolução do direito alemão demonstrou a indispensabilidade da *Pflichtwidrigkeit*, ou seja, da contrariedade a um dever de conduta, para a configuração da antijuridicidade das "lesões indiretas", sem embargo das discussões relativas ao papel da culpa e do dever de cuidado neste novo contexto.

Como os autores brasileiros não abordam a temática a partir da oposição entre as teorias do resultado e da ação injusta, raramente oferecem um posicionamento claro sobre a matéria. Neste contexto, FERNANDO NORONHA é, dentre os autores investigados, o que cuida do problema de forma mais nítida. Isso ocorre em excerto encontrado em título dedicado à teoria finalista da ação, no qual o autor indica expressamente o *locus* do que denomina *"aspecto subjetivo da conduta do agente"*, mas que, deixadas de lado as dúvidas sobre o papel da imputabilidade no direito e sobre a natureza abstrata ou concreta da culpa, pode ser lido como relativo à apreciação da contrariedade ou não da conduta lesiva a uma regra ou dever de conduta.

Neste contexto, o autor aponta casos em que a atuação *contrária a uma norma* pressupõe a investigação de *elementos objetivo-exteriores* e *subjetivo-interiores*. Um deles é o dos *atos justificados*, definidos pelo autor como situações em que ações ofensivas de direito alheio deixam de ser contrárias ao direito, passando a ser lícitas. Impende, mais uma vez, relembrar o que já foi assinalado quanto à concepção clássica de delito: as ponderações de interesse concentram-se em hipóteses excepcionais, delimitadas e previstas em lei, como a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício de regular de um direito reconhecido. O segundo caso, e o jurista lhe confere especial destaque, é o *abuso de direito*: *"este só existe se o direito for usado com objetivos que estejam em contradição com a finalidade para a qual ele é atribuído (e mesmo que o ato abusivo não tenha de ser sempre subjetivamente ilícito [...])"*.[127]

Esta última ressalva é importante, pois indica que os *elementos subjetivos-interiores* apontados pelo autor não possuem necessariamente natureza moral ou psicológica.

Sintetizando as considerações quanto à concepção do autor de contrariedade ao direito, é possível concluir por indícios de uma orientação pelo resultado lesivo (teoria do

[127] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 390.

resultado injusto), o que, em princípio, é incompatível com a aplicabilidade da teoria do escopo da norma, ao menos na interpretação que se dá à teoria no presente trabalho. Porém, o fato é que a perspectiva do resultado injusto é meramente teórica, uma vez que a doutrina brasileira não discute o problema com ciência de sua existência ou de sua relevância dogmática, talvez em consequência de uma origem histórica em que o elemento subjetivo da imputabilidade moral suprimia a relevância prática da discussão.

4.4. O abuso de direito e a formulação de regras de conduta

Na prática judiciária e numa leitura contextualizada das abordagens doutrinárias sobre o ato ilícito no direito brasileiro constata-se, todavia, a importância da formulação de regras de conduta como pressuposto para a contrariedade ao direito. Isto fica mais evidente quando se analisa o tema do abuso de direito a partir de um novo ponto de vista.[128]

Compreendida a ilicitude ou antijuridicidade como resultante da intervenção em bem jurídico ou interesse juridicamente protegido, ela somente é afastada por uma das excludentes, dentre as quais interessa, para o abuso de direito, a do *"exercício regular de um direito reconhecido"* (CC, art. 188, I). Nesse cenário teórico, o problema da antijuricidade ou ilicitude é colocado em termos de *choque de direitos*:[129] parafraseando PONTES DE MIRANDA, em princípio é vedado lesar direito alheio, salvo se o ordenamento jurídico permitir o ato danoso.

Porém, a excepcionalidade do *exercício regular de um direito* seria, na prática, enganosa, se ele fosse compreendido num sentido formal: agir (ou não agir) nos limites formais das faculdades atribuídas pelo ordenamento jurídico ao titular do direito ou da posição jurídica. Daí a importância do abuso de direito para a responsabilidade civil. Ele consolidou-se contra o entendimento tradicional sintetizado no brocardo *qui suo jure utitur neminem laedit*,[130] atuando como um "limitador" da referida excludente,[131] pois configura-

[128] Não se consideram outras possíveis facetas do abuso de direito para o direito civil. A investigação concentra-se na responsabilidade civil.
[129] Cf. item 4.2 *supra*.
[130] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., p. 392.
[131] Os tribunais brasileiros possuem julgados nesse sentido. Por exemplo cf. STJ, REsp 1294474/DF, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 19.11.2013, DJe 12.02.2014: *"Embora o art. 188, I, do atual Código Civil - que corresponde parcialmente ao art. 160 do CC/1916 - proclame não constituir ato ilícito 'os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido', o exercício de qualquer direito deve-se adstringir ao âmbito da proporcionalidade, de sorte que aquele que, conquanto exercendo um direito reconhecido, atinja injustamente bem jurídico de outrem, causando-lhe mal desnecessário, comete abuso de direito, indenizável o dano também em resposta aos excessos do causador"*.

se *"no exercício de direito próprio contrariando os valores prezados pelo sistema, em especial, a lealdade, a boa-fé, prejudicando de alguma forma terceiros"*.[132] Valendo-se novamente de FERNANDO NORONHA, *"[o] princípio geral, nesta matéria, só pode ser o de que não é possível lesar interesses de outrem, salvo na medida em que tal seja necessário para a satisfação de interesses próprios, que sejam legítimos"*.[133]

Contudo, na prática o que o magistrado faz é formular uma regra de conduta, com base na qual qualifica a conduta do agente lesivo como contrária ao direito, em termos muito semelhante aos deveres (de proteção) do tráfego, do direito alemão. Quem constrói uma ponte em sua propriedade utilizando-se de madeira apodrecida ou inapropriada para tal fim responde por eventual acidente sofrido por terceiro. É preciso, para tanto, afirmar que o titular abusou de seu direito de propriedade? Quem deixa seu automóvel destrancado em via pública (caso aceito o ponto de partida da jurisprudência alemã) responde por dano sofrido por terceiro durante a utilização do veículo por criminoso para fugir de perseguição policial. Faz sentido, ou melhor, é necessário considerar que o responsável abusou de seu direito de propriedade ou de sua liberdade ao decidir não fechar o carro com a chave? O jornalista que noticia fatos potencialmente ofensivos a outrem sem observar o dever, reconhecido pela jurisprudência do STJ, de diligenciar, com cautela, sobre a veracidade dos fatos responde pelos danos daí resultantes.[134] Seria de fato imprescindível justificar esta regra numa exceção (abuso de direito) de uma exceção (exercício regular de direito)?[135]

A resposta para estas questões é negativa. Geralmente trata-se de casos em que o ato ou a omissão do agente lesivo cria uma situação de risco ou perigo para direitos ou interesses de terceiros, os quais devem ser considerados para eventual restrição da liberdade de iniciativa do primeiro. Para não suprimi-la, impõe-se a ponderação de interesses e valores a fim de estabelecer quais as medidas preventivas ou de cuidado devem ser consideradas necessárias e razoáveis, do que pode resultar uma regra de conduta – utilizar madeira

---

[132] TERESA ANCONA LOPEZ, *Exercício de direito* cit., p. 61.
[133] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., pp. 392-393.
[134] Dentre outros, cf. STJ, REsp 1294474/DF, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 19.11.2013, DJe 12.02.2014.
[135] Não se excluem, porém, outras espécies de ponderações de interesses para a proteção dos direitos imateriais de personalidade, como, por exemplo, nos casos de divulgação de fotos íntimas de celebridades com pessoas não famosas. O direito de personalidade desta pode ter sido violado; o da primeira não, o que não diz exatamente com a formulação de uma regra de conduta, mas com a própria concretização do 'impreciso' direito em questão. O fotógrafo pode ter agido de forma contrária ao direito, mas somente violando a personalidade imaterial de uma das duas pessoas envolvidas.

adequada para construir pontes em sua propriedade em consideração ao interesse de integridade de eventuais transeuntes que a utilizem; fechar o carro com a chave, considerando o risco de terceiro o utilizar sem autorização e, neste contexto, provocar dano outrem; verificar com diligência a veracidade de fatos potencialmente ofensivos antes de publicá-los *etc*.

Estas regras de conduta são formuladas pelos tribunais em vista de determinados interesses. De modo geral as cortes o fazem no momento da decisão do litígio. Na prática, é sempre ou quase sempre irrelevante distinguir entre a fase de formulação da regra e a de investigação de seu escopo: elas andam juntas. Mas em algumas situações o magistrado já encontra a regra 'estabelecida' na jurisprudência,[136] não precisando formulá-la *ab ovo*, embora não esteja a ela vinculada. Caso a aceite – e na maioria das vezes assim o fará –, o juiz eventualmente precisará investigar se há congruência entre o desvalor da conduta (ilicitude ou antijuridicidade) e o do resultado (lesão ao interesse protegido).[137]

O artigo 187 do Código Civil é sedutor, pois, ao contrário dos dispositivos nos quais foi inspirado,[138] emprega a expressão *ato ilícito*, e, além disso, é referido no artigo 927, *caput*. Eis um valioso ponto de apoio para a doutrina afastar a exigência da imputabilidade moral para a configuração da responsabilidade delitual. Nesse sentido o Enunciado 37 das Jornadas de Direito Civil dispõe que *"a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico"*. A jurisprudência o ratifica.[139]

Não se recusa, aqui, a possibilidade de responsabilização por ato ilícito (ou seja, contrário ao direito) independentemente da reprovabilidade subjetiva da conduta (culpa *in concreto* e/ou imputabilidade). Para isso, basta aplicar o conceito abstrato ou objetivo de culpa. Outro problema, também não enfrentado aqui, é a distinção entre ilicitude (ou antijuridicidade, ou contrariedade ao direito) e culpa, já que enquanto aquela pode ser

---

[136] Ou mesmo se vale das "regras da técnica" estabelecidas por instituições profissionais ou sociais, como conselhos profissionais *etc*.
[137] Para exemplos cf. próximo item.
[138] Cf. TERESA ANCONA LOPEZ, *Exercício de direito* cit., p. 62.
[139] Citando o enunciado cf. STJ, REsp 811.690/RR, 1ª Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, j. em 18/05/2006, DJ 19/06/2006, p. 123. *A contrario sensu* cf. STJ, REsp 885.119/RJ, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 14/09/2010, DJe 05/11/2010: *"em regra, excluídas as hipóteses de responsabilidade civil objetiva ou ato ilícito por abuso de direito, o o ilícito, em seu aspecto subjetivo, pressupõe, não o dolo, mas a simples culpa do agente para se caracterizar"*.

considerada suficiente (e, talvez, necessária) para a tutela inibitória ou de remoção (do ilícito), esta, ainda que segundo o critério abstrato ou objetivo, é, de acordo com o entendimento tradicional, requisito indispensável à responsabilização por ato ilícito.[140]

A crítica dirige-se à perspectiva apontada pelo texto do Código e seguida pela doutrina majoritária brasileira – disfarçar, sob o véu do abuso de direito, uma verdadeira regra de conduta formulada pelas cortes, muitas vezes invocando para isso o princípio da boa-fé objetiva, cuja aplicação pressupõe, todavia, uma "relação jurídica especial" (*rechtliche Sonderverbindung*) [141] geralmente inexistente nos casos de responsabilidade extracontratual.[142] A dispensa da formulação de uma regra de conduta, trabalhando-se apenas no contexto da excludente do exercício regular de direito, somente seria viável nas lesões diretas.

De qualquer forma, na prática a jurisprudência e a doutrina brasileira chegam a resultado muito próximo ao do direito alemão. As cortes formulam regras de conduta em vista da proteção de bens e interesses juridicamente tuteláveis, restringindo, desta forma, a liberdade daqueles que exercem atividades, praticam atos, ou detêm coisas das quais resultam risco de dano a terceiros.[143] Porém, de uma perspectiva 'tradicional' esta 'restrição'

---

[140] Um exemplo prático esclarece o problema: o proprietário de um imóvel contrata um botânico para examinar uma árvore. O especialista verifica não haver risco de queda, quando, em verdade, ela estava podre. Dias depois, a árvore cai sobre o terreno vizinho. No direito alemão, este não poderá invocar a tutela (ou melhor: pretensão) indenizatória, por ausência de culpa do proprietário, seja ela objetiva ou subjetivamente aferida. Poderá, contudo, exigir que retire a árvore de seu imóvel? O caso é discutido por VON CAEMMERER, *Die absoluten Rechte* cit., p. 570, e LARENZ, *Rechtswidrigkeit* cit., p. 191 e segs. A pretensão de remoção (do ilícito) (*Beseitigunsanspruch*) independe da culpa (subjetiva ou objetiva) do proprietário. Para alguns autores, ela depende, contudo, da antijuridicidade da conduta. Neste caso, a procedência ficaria subordinada à aceitação, para o caso, da teoria do resultado injusto (a intervenção objetiva indicia a antijuridicidade), ou, o que seria mais correto, à formulação de uma regra de conduta que não se confunda com a diligência exigida de um proprietário médio: a previsibilidade do risco deveria ser investigada não pelo critério de um proprietário comum, mas de um especialista em botânica. Outra alternativa, é reconhecer tratar-se de pretensão decorrente não da antijuridicidade, mas de outro fundamento, como, por exemplo, uma espécie de "responsabilidade pelo estado da coisa" (*Zustandshaftung*).

Defendendo, com base no artigo 187 do Código Civil uma concepção objetiva de ilicitude, e, outrossim, desvinculada da noção de dano, para justificar a tutela (ou melhor: pretensão) inibitória (não a de remoção, que não é referida pela autora) cf. MARIA CLÁUDIA CACHAPUZ, *A ilicitude e as fontes obrigacionais – análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro*, p. 221, in *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul* 96 (2004), pp. 205-224.

[141] LARENZ, *Schudrecht I* cit., p. 127. No mesmo sentido cf. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10 ed., Heidelberg, C. F Müller, 2010, p. 63.

[142] Pode ser feita a mesma crítica dirigida por HEINRICH LANGE à jurisprudência do BGH quando invocou a boa-fé para flexibilizar a fórmula da causalidade adequada: a ausência de uma "confiante comunidade de dano" (*vertrauensvolle Schadensgemeinschaft*). Cf. capítulo 2, item 4.3. *supra*.

[143] Não se está falando de responsabilidade pelo risco. O risco também pode ser a razão ou o motivo de uma responsabilidade cujo requisito ou pressupoto não é, porém, a sua concretização, mas a inobservância de um padrão de conduta.

pressupõe uma ampliação da liberdade de iniciativa, pois, segundo a doutrina majoritária brasileira ou a antiga doutrina alemã, qualquer intervenção na esfera jurídica alheia seria considerada contrária ao direito. Quem fabrica automóveis, facas, machados e produtos similares praticaria ato ilícito, já que daí resultará, numa relação de causalidade adequada, lesão a direitos de terceiros. Porém, tais atos ou atividades são lícitos e permitidos pela lei, desde que observado o dever de cuidado imposto pelo tráfego jurídico.[144] A antijuridicidade da conduta dependerá, portanto, da infração do dever geral de cuidado, ou melhor, de uma regra de conduta, seja ela concretizada pelas cortes segundo as circunstâncias concretas ou pré-estabelecida pelo legislador.

Eis, portanto, um ponto de apoio para a investigação proposta pela teoria do escopo da norma.

4.5. Incongruência entre o desvalor da conduta e o do resultado lesivo

Nos casos em que pressuposta a violação de uma regra de conduta, é possível que a investigação de seu escopo indique a incongruência entre o desvalor da conduta (conduta contrária ao direito) em relação ao resultado lesivo concreto (direito ou bem jurídico abstratamente tutelável pelo ordenamento jurídico).

A casuística alemã é rica em exemplos, a maioria dos quais poderiam ser transpostos para o direito brasileiro. Eventual diferença de solução decorreria da contextualização da regra violada nos valores fundamentais do ordenamento jurídico.

O famoso caso *Kegeljung*, no qual um menor permaneceu no trabalho além do limite máximo de horas permitido por lei, pode ser seguramente transposto para o direito brasileiro em situações semelhantes, desde que não configurada hipótese de responsabilidade pelo risco. Por exemplo, o empregador que exige de seu empregado que permaneça na empresa por período superior ao estabelecido por lei infringe norma legal, mas não responde se eventual acidente não se relacionar, por exemplo, à fadiga ou extenuação do empregado, como no exemplo do *Kegeljung*.

[144] Outra questão é saber se há responsabilidade fundamentada no risco, nos termos, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor.

O caso da violação de norma impondo sejam devidamente fechados poços, fossos *etc*. também poderia ser aplicado no direito brasileiro. Quem infringe a regra, age com culpa, mas não responde, por exemplo, pelo perecimento de um animal de estimação que cair eventualmente no poço. Em princípio, o escopo da norma é evitar que seres humanos caiam, ou mesmo derrubem objetos, em poços, fossos *etc*., por não os haver percebido. Poder-se-ia alegar culpa da vítima que deixa seu animal de estimação solto. Além do argumento ser duvidoso, ele não resolveria situações em que terceiro provoca a fuga do animal.

Outro exemplo: uma senhora lava as escadarias de sua casa, mas não as enxuga devidamente. Eventual visita ou prestador de serviço que escorregar e sofrer lesão terá direito à reparação do dano sofrido, pois a mulher não tomou a devida cautela em vista da segurança de terceiros. Todavia, o ladrão que sofre lesão ao invadir sua propriedade não terá o mesmo direito. Não se pode alegar culpa da vítima, pois ela não se refere especificamente à lesão sofrida com a queda. A questão resolve-se com a investigação do escopo da norma violada, que não abrange eventual invasor.

Observe-se que se trata de casos de violação de uma regra de conduta específica, a qual pode ter sido prevista pelo legislador ou ser reconhecida pela jurisprudência, em termos semelhantes aos deveres do tráfego do direito alemão.

No direito brasileiro, FERNANDO NORONHA cita o exemplo de um pedestre atropelado abandonado na estrada em estado de inconsciência. Se ele for vítima de um furto, o autor do acidente responderá também pelo furto.[145] Entretanto, eventual terceiro que omite a prestação de socorro somente será civilmente responsável pelo agravamento das lesões, mas não pelo posterior furto. Segundo FERNANDO NORONHA, *"embora o furto ainda seja consequência adequada da situação de abandono do sinistrado, [...] a verdade é que a responsabilidade civil [...] do terceiro que omite socorro tem por finalidade salvaguardar a saúde da vítima, não os seus bens"*.[146] Isso se explica, pois somente o agravamento das lesões fundamenta, como lesão primária, a responsabilidade.[147]

---

[145] Porém, a responsabilidade pelo furto não decorre do critério do escopo da norma, que se esgotou na lesão primária: a lesão à saúde. Ele pode ser explicado pelo critério da causalidade adequada ou pelo princípio do risco, por exemplo.

[146] FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações* cit., pp. 645-646.

[147] Por exemplo: a vítima, com a perna quebrada, está imobilizada e o terceiro não presta socorro. Em razão disso ela fica inconsciente. O terceiro responderá, neste caso, por eventual furto, facilitado pelo agravamento das lesões.

Quanto à casuística brasileira, impende destacar um caso de responsabilidade contratual e solucionado pela doutrina nacional com base na teoria do dano direto e imediato. Trata-se de julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro citado por GUSTAVO TEPEDINO.

A proprietária de um veículo o deixou em estacionamento de um aeroporto e viajou para outra cidade, levando o respectivo comprovante. Seu filho, juntamente com alguns companheiros, retiraram o veículo no mesmo dia, alegando que haviam conduzido a mãe ao aeroporto e perdido o *ticket* do estacionamento, o que foi confirmado pela avó paterna. À noite eles envolveram-se em acidente, provocando perda total do automóvel e lesões físicas aos passageiros. A mãe ajuizou demanda contra a administradora do estacionamento exigindo ressarcimento dos danos materiais e despesas com a lesão sofrida pelo filho. A corte negou a responsabilidade com base na ausência de causalidade adequada, invocando outrossim o artigo 1.060 do Código Civil de 1916:

> *"[N]ão foi o fato de terem [os rapazes] dele se apossado que deu causa ao evento, mas sim fatores, não apurados, que levaram à colisão. Vale dizer, ainda que houvesse a ré inadimplido o contrato de depósito e guarda do veículo, não foi o descumprimento a causa do evento, mas sim circunstâncias não apuradas, que não vieram aos autos"*.[148]

Para GUSTAVO TEPEDINO não houve relação de necessariedade entre o inadimplemento contratual e o acidente.[149]

Todavia, desde que aceita como certa a infração do dever contratual do estacionamento de somente devolver o veículo à sua proprietária,[150] o problema resolve-se com a investigação do escopo do dever violado. A solução correta é responsabilizar o estacionamento pelos danos materiais, independentemente da interposição de concausas ou da natureza adequada ou inadequada da relação de causa e efeito. O risco concretizado foi exatamente um daqueles que o dever violado visava evitar, qual seja, que terceiro se apropriasse do veículo sem autorização de sua proprietária, furtando-o ou provocando-lhe dano. Todavia, as despesas com o tratamento do filho arcadas pela mãe, consequência do

---

[148] TJRJ, Apel. Civ. 2000.001.06528, 7ª Câmara, rel. Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes, j. em 8.8.2000.
[149] GUSTAVO TEPEDINO, *Nota sobre o nexo de causalidade*, p. 79, in *Temas de direito civil II*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 63-81.
[150] Este é um pressuposto para a investigação do escopo do dever violado.

descumprimento do contrato, não se inserem no escopo de proteção contratual, já que não dizem com a integridade do veículo em si. Ao analisar o problema do ponto de vista da causalidade a corte precisou dar solução unitária para ambas as pretensões, quando, em verdade, elas se fundamentam em interesses de natureza diversa – um, protegido pelo escopo contratual, e o outro não.

A mesma espécie de investigação soluciona o problema da responsabilidade do Estado em caso de fuga de penitenciária, também discutida por GUSTAVO TEPEDINO.[151]

Trata-se do Recurso Extraordinário 130.764-1, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 12 de maio de 1992.[152] Os autores ajuizaram demanda indenizatória em face do Estado do Paraná em razão de assalto à sua residência praticado por criminosos, dentre os quais dois eram evadidos de prisões estaduais. O STF decidiu que a responsabilidade do Estado, embora objetiva, não dispensa o requisito do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros, invocando a teoria do dano direto e imediato. Para o tribunal, *"o dano decorrente do assalto por quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública [...], mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão"*.

GUSTAVO TEPEDINO concorda com a decisão, entendendo que a causa indireta, qual seja, a omissão do Estado, não se vincula ao resultado lesivo por um liame de necessariedade.[153]

Antes de passar à crítica à fundamentação do STF impende fazer uma ressalva. O Ministro relator entendeu tratar-se de hipótese de responsabilidade objetiva, ou melhor, pelo risco. Porém, nos votos dos demais Ministros fez-se menção à tese da necessidade de culpa (ou melhor, de infração de dever de conduta da administração pública) como pressuposto

---

[151] GUSTAVO TEPEDINO, *Nota sobre o nexo de causalidade* cit., p. 80.
[152] 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.1992.
[153] GUSTAVO TEPEDINO, *Nota sobre o nexo de causalidade* cit., p. 80-81: *"Resta claro que a fuga da penitenciária, em alegada omissão do Estado do Paraná, não leva necessariamente à prática do assalto. Ou, dito diversamente, a prática do assalto não decorre necessariamente da omissão do Estado. Não há dúvida que tenha ocorrido, faticamente, o ato omissivo. Mas a causa indireta, nessa espécie, não se vincula ao resultado danoso por um liame de necessariedade. Outros fatos contribuíram para o assalto, interrompendo o nexo de causalidade em relação à fuga dos detentos. E, ainda que assim não fosse, mesmo que se considerasse, neste caso, a interferência de inúmeras causas relevantes mais próximas, em conexão direta com o dano, imporiam a isenção de responsabilidade do Estado réu"*.

indispensável à responsabilização do Estado por ato omissivo. Este problema não será examinado aqui.[154] Sua menção explica-se, pois o tema do presente trabalho circunscrever-se à responsabilidade por ato ilícito. No entanto, isso não prejudica o intuito da análise do julgado, pois, exigindo-se ou não a infração de uma regra de conduta pela administração pública, a questão concreta consiste, em todo caso, em verificar se o risco visado pela norma violada ou pela norma de responsabilidade foi concretizado na espécie.[155]

Quanto à fundamentação do julgado, não se trata de um problema de causalidade, pois se o Estado houvesse tomados as providências necessárias para evitar a fuga do presidiário, este não estaria livre e, logo, não poderia ter praticado o crime. Apontar a interposição de concausas supervenientes também não é uma boa solução, pois encontram-se na casuística diversas hipóteses em que o autor do ilícito responde mesmo naquela situação. Por exemplo: quem provoca lesão grave a outrem responde por eventual acidente de trânsito sofrido pela vítima durante o transporte de emergência, assim como por eventual erro médico durante a cirurgia ou por infecção hospitalar facilitada por seu estado de saúde debilitado.

A questão é de natureza normativa, não de causalidade, como já observado. No caso em tela, não houve responsabilização, pois o risco que a norma visava evitar não se concretizou: se o fugitivo houvesse invadido a casa da vítima para se esconder de agentes penitenciários que o perseguiam, ou roubado o automóvel daquela para facilitar a fuga, a responsabilidade do Estado estaria fundamentada. Porém, não há dever de indenizar se o fugitivo comete o delito anos após a evasão; ou, ainda mesmo, se, por ocasião da fuga, rouba, de um florista, um buquê de rosas, pensando no reencontro com a namorada – o ato não facilitou a fuga nem era necessário à sua realização (e estas condutas não são aquelas as quais a norma de vigilância violada visa evitar).

Desta forma, a investigação do escopo da norma violada pode indicar ou não a incongruência entre o desvalor da conduta (omissão do Estado em tomar as cautelas necessárias para evitar a fuga) e a do resultado (o crime praticado contra a vítima). É possível cogitar se esta espécie de análise conduziria necessariamente à responsabilização, pois a

---

[154] Sustentando a necessidade de "descumprimento de dever legal" na responsabilidade por omissão do Estado cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 27 ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 1012 e segs.

[155] Sobre o papel da teoria do escopo da norma na responsabilidade pelo risco cf. capítulo 3, item 6.1. *supra*, e item 5. *infra*.

norma infringida visa justamente prevenir que o criminoso pratique novos delitos. Porém, é mister lembrar que se cuida de uma espécie de "transposição" de uma norma de direito público para o direito da responsabilidade civil, processo no qual aquela deve sofrer uma "releitura" de acordo com o novo contexto normativo. A finalidade da prevenção específica não dá o tom à interpretação da norma no contexto da responsabilidade civil. Do ponto de vista da proteção de terceiros, o escopo da norma representa proteção de eventuais cidadãos que, em razão de habitarem, trabalharem ou simplesmente estarem na proximidade do presídio, sofram lesão à sua pessoa ou ao seu patrimônio por ocasião e por conta da fuga que deveria ter sido evitada pelo Estado.

5. Escopo da norma, responsabilidade pelo risco e responsabilidade contratual

A teoria do escopo da norma também é aplicada à responsabilidade pelo risco no direito alemão, como observado no item 6.1. do capítulo anterior. Nele se consignou que a solução proposta pela doutrina alemã é próxima da defendida no direito brasileiro para a responsabilidade pelo risco – avalia-se se a lesão concreta representa a realização do risco da atividade, embora muitas vezes sob a rubrica da excludente do fortuito externo ou da "ruptura" do nexo de causalidade. O caso *RE 130.764-1*, analisado acima, também indica a referida semelhança de perspectivas, pois, em princípio, pode ser analisado tanto da perspectiva da responsabilidade pelo risco quanto da por infração de uma regra de conduta, por se tratar de omissão do Estado.

Entretanto, por opção metodológica indicada na introdução, decidiu-se por não abordar a aplicabilidade da teoria do escopo da norma na responsabilidade pelo risco. Vale lembrar que a teoria do escopo da norma foi desenvolvida, originalmente, para a responsabilidade contratual e a por ato ilícito. Sua importância para a responsabilidade pelo risco demanda investigação autônoma.

Um segundo aspecto a ser salientado diz com a responsabilidade contratual. Questões relativas ao tema foram investigadas no presente trabalho, mas seu foco principal foi a responsabilidade aquiliana. Alguns casos de responsabilidade contratual foram analisados, tanto no capítulo terceiro quanto no presente. Mas o problema de sua limitação demandaria diversos outros questionamentos.

No entanto, é mister enfrentar aqui um problema diretamente relacionado com a aplicabilidade da teoria do escopo da norma nesta seara. Como observado no item 1 deste capítulo, o Código Civil indica alguns critérios de limitação da responsabilidade, dentre eles a expressão *direto e imediato* do artigo 403, a culpa concorrente da vítima e a desproporção entre o dano e a gravidade da culpa. Critérios dedutíveis de outros dispositivos legais ou utilizados pela jurisprudência para a concretização do princípio da reparação integral também podem ser relevantes.

Neste contexto, uma teoria muito invocada é a da causalidade adequada. Ela não se aplica, como defendido aqui, à fundamentação da responsabilidade por infração de regra de conduta. Eventual valor de sua fórmula pode ser encontrado na imputação das lesões ou danos subsequentes. No direito contratual, à teoria da causalidade adequada contrapõe-se geralmente o critério da previsibilidade. Ela foi adotada no direito francês e no direito inglês, e possui grande prestígio em instrumentos internacionais, devendo-se destacar a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, promulgada, no Brasil, pelo Decreto Presidencial 8.327, de 16 de outubro de 2014. Seu artigo 74, ao cuidar das perdas e danos, determina que a *"indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento, como consequência possível do descumprimento do contrato"*.

No item 4.1. do capítulo 3, destacou-se a importância de RABEL para uniformização do direto da compra e venda internacional.[156] A solução proposta pelo jurista para a limitação da responsabilidade para o contrato de compra e venda mercantil foi por ele denominada de "teoria da distribuição do dano segundo o critério do escopo do crédito", a qual se aproxima, mas não se confunde com o critério da previsibilidade. De acordo com RABEL, *"[o] contrato declara os deveres, ele indica quais interesses do credor devem ser satisfeitos e desta forma esclarece quais consequências do inadimplemento no patrimônio do credor incumbem ao devedor reparar"*.[157]

A questão que se coloca é saber quais os limites da investigação do escopo do dever violado na responsabilidade contratual como critério delimitativo da responsabilidade. A

[156] Expressamente neste sentido cf. VON CAEMMERER, *Probleme des Haagers Einheitlichen Kaufrechts*, p. 25, in LESER (org.), *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften III*, Tübingen, Mohr, 1983, p. 23-51.
[157] RABEL, *Das Recht* cit., p. 496.

solução correta é restringi-la à violação de um dever de conduta específico, geralmente um dever de proteção, e à imputação de algo semelhante à "lesão primária" a que se alude na responsabilidade extracontratual. O tema relaciona-se à crítica, tecida por THOMAS RAISER, à amplitude da tese de RABEL. RAISER defende a relevância dos critérios empíricos, em especial o da causalidade adequada, para a responsabilidade contratual, sem excluir, porém, a funcionalidade da investigação do escopo contratual.[158]

ZIMMERMANN, ao cuidar do critério da *foreseeability*, assevera que focar na previsibilidade não é o melhor modo de capturar a natureza normativa da limitação da responsabilidade.[159] Para ele, a verdadeira razão para não considerar o devedor responsável por todas as consequências do não cumprimento seria o escopo de proteção (*protective scope*), o que já era indicado por MOLINAEUS no seguinte caso. Um carpinteiro vende uma caixa para o transporte de frutas. O comprador armazena vinho na caixa, o qual, todavia, perece em razão, por exemplo, de um furo na caixa. ZIMMERMANN entende tratar-se de questão de alocação de riscos, a qual não depende do que as partes podiam razoavelmente prever, mas do que convencionaram no contrato.

O autor possui razão. Porém, não se cuida de um problema de limitação da responsabilidade pela investigação do escopo da norma. A questão é de outra natureza: com a entrega da caixa, ainda que com furos, o carpinteiro cumpriu o contrato e não violou nenhum dever de proteção, pois o objeto foi devidamente fabricado para a finalidade a que se destinava. Poder-se-ia afirmar, outrossim, que a coisa vendida não apresenta defeito ou vício, pois atendia às legítimas expectativas do destinatário. Em outras palavras, não houve *"non-performance"*. Portanto, a questão não é de limitação da responsabilidade, a qual pressupõe violação do contrato.

Destarte, a investigação do escopo da norma para o problema da limitação da responsabilidade contratual não exclui, necessariamente, a relevância de critérios empíricos. Fundamentada a responsabilidade pelo vínculo entre o descumprimento de um dever de conduta específico e a lesão de um interesse visado por este dever, em princípio nada exclui investigar, a partir daí, a previsibilidade ou a relação de adequação de eventuais outras consequências lesivas. Outrossim, também é questionável a aplicação do critério do escopo

---

[158] Sobre o tem cf. item 5.3. do capítulo 3 *supra*.
[159] ZIMMERMANN, *Limitation of liability of damages in european contract law*, in *Edinburgh Law Review* 18 (2014), pp. 193-224.

do dever violado quando se tratar de descumprimento da prestação principal descrita pela realização de um resultado (*e.g.* entregar a coisa vendida). A previsibilidade ou a relação de causalidade adequada podem ser relevantes também neste caso,[160] pois não houve propriamente infração de regra de conduta e o interesse que fundamenta a responsabilidade é lesado pela própria não realização da prestação.

[160] Cf. as críticas de THOMAS RAISER no item 5.3. do capítulo 3 *supra*.

Conclusão

As funções da teoria do escopo da norma para o direito da responsabilidade civil por ato ilícito no direito brasileiro são duas. A primeira, relativa aos interesses puramente patrimoniais e aos interesses imateriais de personalidade não consubstanciados em bem jurídico, consiste em estabelecer a própria proteção de determinado interesse no âmbito da responsabilidade civil (item 3.4. do capítulo 4 *supra*); a segunda, em excluir a fundamentação da responsabilidade em razão de eventual incongruência entre o desvalor da conduta e o do resultado lesivo (item 4.5. do capítulo 4 *supra*). Sua aplicabilidade prática dá-se, portanto, no plano da fundamentação da responsabilidade por ato ilícito, para o que não basta a infração de uma regra de conduta, sendo, outrossim, indispensável lesão a direito, bem jurídico ou interesse juridicamente protegido.

Na tradição do direito civil francês, a responsabilidade civil pressupõe três elementos: culpa, dano e nexo de causalidade. De modo geral, a doutrina brasileira segue esta mesma orientação.[1] Porém, isto inviabiliza, em princípio, a aplicabilidade da teoria do escopo da norma, a qual requer a interposição, entre a conduta lesiva e o dano, da violação de um bem jurídico ou interesse juridicamente protegido. Em outras palavras, a teoria do escopo da norma parte do pressuposto de uma seletividade normativa dos interesses tuteláveis pelo direito da responsabilidade civil.

No contexto do século XIX e do início do XX, no qual a responsabilidade civil voltava-se quase que exclusivamente para os interesses patrimoniais, a culpa era tendencialmente apreciada a partir de uma perspectiva individual e psicológica e se tratava com rigor a exigência de demonstração da relação de causalidade entre a conduta lesiva e o dano, a ausência de seletividade normativa dos interesses tuteláveis não era, de certa forma, um problema prático visível ou mesmo relevante. Os pressupostos da culpa, do dano e do nexo de causalidade viabilizavam uma aplicação criteriosa, embora restritiva, do direito da responsabilidade civil. Sem mesmo se passar para a problemática da responsabilidade pelo

[1] Cf. capítulo 4, item 3.1. *supra*.

risco, eles não são mais suficientes para resolver as questões práticas de diversa natureza enfrentadas atualmente pelas cortes brasileiras.

Neste cenário, impõe-se uma releitura da cláusula geral de responsabilidade do artigo 186 c.c. o artigo 927, *caput*, do Código Civil de 2002, para o que a expressão *violar direito* serve como ponto de apoio interpretativo.[2] Além de uma conduta contrária ao direito, do prejuízo sofrido pelo lesado e do nexo de causalidade entre ambos, é indispensável verificar se houve, no caso, lesão a um bem jurídico ou interesse juridicamente protegido. Assim, prejuízos puramente patrimoniais e frustrações de interesses de natureza imaterial não consubstanciados num bem jurídico, embora possam caracterizar dano, não geram por si sós a responsabilização do agente que lhes deu causa.

Além disso, uma conduta contrária ao direito, mesmo se causar lesão a direito ou bem jurídico, também não fundamenta necessariamente a responsabilidade, pois pode haver uma espécie de incongruência entre o desvalor da conduta e o do resultado lesivo que fundamentaria a responsabilidade.

Com isso não se quer afirmar que a tendência da investigação do escopo da norma é sempre conduzir à exclusão da responsabilidade. Trata-se de um "programa de trabalho" (*Arbeitsprogramm*). A teoria do escopo da norma não indica soluções concretas em um ou noutro sentido. Seu grande mérito não é oferecer respostas prontas para os litígios, mas apontar a questão correta para a sua solução, com o que já se ganha muito do ponto de vista dogmático. Nesse sentido, ela contribui para uma aplicação mais criteriosa do direito positivo, sem exigir dos magistrados que procedam, necessariamente, a uma interpretação restritiva do sentido e do alcance da norma de conduta violada. Em verdade, exige que fundamentem suas decisões indicando as razões materiais de seu convencimento, na medida em que a investigação do escopo da norma obriga-os a reconhecer a natureza normativa do critério de imputação.

Neste cenário, as soluções acolhidas pela jurisprudência brasileira com base na teoria podem não ser a mesmas seguidas pelas cortes alemãs para problemas práticos paralelos. Isso depende das referências normativas e valorativas de cada sistema. Por exemplo, a tendência dos tribunais alemães é serem muito restritivos no que diz com a interpretação de

[2] Sobre este aspecto cf. item 3 do capítulo 4 *supra*.

normas cuja violação provoca prejuízo puramente patrimonial a terceiros. De fato, as normas e a estrutura delitual do BGB deixam claro aos operadores haver o legislador alemão adotado uma perspectiva muito restritiva quanto a este tema. A jurisprudência brasileira precisa abordar essa problemática de forma mais direta, no que a teoria do escopo da norma pode contribuir. Todavia, suas decisões não precisam ser (e provavelmente não serão) de teor tão restritivo quanto as dos tribunais alemães.

Para esta e outras espécies de questões, o pensamento tópico exerce importante função. A jurisprudência, na medida em que orientada pela investigação do escopo da norma violada, trilha seu próprio caminho, mas de forma mais segura: cada decisão contribui para o aprimoramento de critérios concretos paulatinamente aglutinados em torno de regramentos de conduta de mesmo conteúdo ou de conteúdo semelhante. A identificação de grupos de casos é um possível caminho para uma casuística mais criteriosa, para o que, contudo, é preciso contar com uma doutrina vigilante e disposta a catalogar os julgados de maneira sistemática.

No entanto, esta perspectiva, orientada à identificação de grupos de casos, não significa casuísmo e 'justiça', a todo custo, para o caso concreto. As cortes precisam zelar pela manutenção das fontes legais e dogmáticas de legitimação da função judicante, sobrepujando os subjetivismos que frequentemente decorrem da aleatoriedade de critérios por elas adotados para a fundamentação da responsabilidade.[3] Neste aspecto, a teoria do escopo da norma não pode ser invocada como uma "fórmula mágica". Por isso, fez-se, neste trabalho, uma leitura restritiva de seu *locus* dogmático, relativo à fundamentação da responsabilidade, e de sua funcionalidade na responsabilidade civil, qual seja, investigar o sentido e o alcance da específica regra de conduta cuja violação é pressuposto para o nascimento do dever de reparar o dano. Seu papel exaure-se aí. A partir da fundamentação da responsabilidade eventual restrição da responsabilidade dependerá da aplicação de outros critérios, como, por exemplo, o a causalidade adequada, a culpa concorrente, a previsibilidade *etc*.

[3] Os magistrados não podem fechar os olhos para um risco: obter justiça no caso concreto a custo da legitimação genérica do próprio sistema de que se valem para justificar suas decisões.

Deve-se fazer uma última consideração, que não diz diretamente como tema do presente trabalho, mas do qual resulta como uma reflexão sobre as tendências do direito da responsabilidade civil no Brasil.

A exposição da matéria no direito alemão demonstra que a compreensão da teoria do escopo da norma pressupõe noções sobre temas fundamentais da responsabilidade civil, como, por exemplo, a diferença entre os regimes enunciativo e de cláusula geral, o papel da causalidade natural na delimitação das fronteiras da responsabilidade, a função e o sentido da antijuridicidade para o ilícito civil, sua diferença em relação à culpa *etc*. Trata-se de assuntos pouco debatidos no direito civil brasileiro, quando comparado com o direito alemão. Os 'antigos' institutos do ato ilícito, da culpa, do nexo de causalidade são considerados, por alguns autores, como ultrapassados e são pouco investigados, numa perspectiva técnica, na doutrina brasileira. O comum é serem criticados ou até mesmo sentenciados à morte, mas sem uma prévia e necessária compreensão de seu atual sentido no direito positivo pátrio e no direito comparado.

A responsabilidade pelo risco, cuja importância é inegável no atual contexto social, recebe quase toda a atenção da doutrina, e não é raro ser considerada a única solução justa e possível para os problemas da responsabilidade civil. Porém, é preciso desvencilhar-se de uma visão, alimentada por décadas de um inicialmente justo, mas incessante, ataque à responsabilidade por ato ilícito, que considera qualquer espécie de apreciação de conduta como retrógrada e relacionada a um ranço individualista e tecnicista. Na verdade, *a priori* nada diz contra um regime de responsabilidade orientada pelo critério da ilicitude da conduta do agente lesivo. Mas, para compreender seu potencial funcional, é preciso investigá-la com cuidado e – talvez não seja exagero dizê-lo no atual cenário – respeito. Além disso, trabalhar dogmaticamente as noções relacionadas ao ato ilícito pode contribuir para uma melhor identificação dos limites e da funcionalidade da responsabilidade pelo risco no contexto do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Defende-se, outrossim, uma cláusula geral de danos, sem considerar que os antigos institutos, desde que devidamente compreendidos ou reinterpretados, podem oferecer pontos de apoios mais seguros para algumas espécies de ponderações de interesses. Sem sombra de dúvida, o dano é de fundamental importância para a compreensão do direito da responsabilidade civil, mas é questionável alçá-lo a seu elemento nuclear. A principal tarefa

da responsabilidade civil continua a ser identificar se há um responsável pelo prejuízo sofrido pelo lesado. A perspectiva do prejudicado sempre deve ser levada em consideração, mas ela não domina, como um princípio absoluto, a responsabilidade civil; e esta não é o único ramo do direito em que ela pode e deve ser levada em consideração.

A teoria do escopo da norma não se apresenta como uma solução revolucionária para o direito da responsabilidade civil. Ela foi desenvolvida a partir de uma releitura dos fundamentos clássicos da responsabilidade civil, florescendo no direito alemão na década de 1950, período em que se iniciaram discussões sobre a concepção delitual do BGB por conta, em certa medida, da influência da doutrina penal. Desde que devidamente contextualizada, ela serve para uma melhor compreensão do regime de responsabilidade civil por ato ilícito do Código Civil, assim como para a contratual e, eventualmente, para a responsabilidade pelo risco. Por outro lado, exige a investigação de temas e institutos até então deixados em segundo plano por parte da doutrina brasileira.

Bibliografia

ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco, *Direito civil – introdução*, 6 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

ARENDT, Hannah, *The human condition*, 2 ed., The University of Chicago Press, Chicago, 1958.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Cadastro de restrição ao crédito. Conceito de dano moral*, in *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 289-299.

_____ , *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

BENÖHR, Hans-Peter, *Die Redaktion der Paragraphen 823 und 826 BGB*, in R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J. P. MEINCKE, *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, pp. 499-547.

BERNERT, Günther, *Die Leerformel von der "Adäquanz"*, in *AcP* 169 (1969), pp. 421-442.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, ed. histórica, Rio de Janeiro, Rio, 1976.

_____, *Teoria geral do direito civil*, 2 ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Rio, 1980.

BRÜGGEMEIER, Gert, *Haftungsrecht – Struktur, Prinzipien, Schutzbereich – Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatsrechts*, Belim, Heidelberg, 2006.

BYDLINSKI, Franz, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1964.

CACHAPUZ, Maria Cláudia, *A ilicitude e as fontes obrigacionais – análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro*, in *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul* 96 (2004), pp. 205-224

CALIXTO, Marcelo Junqueira, *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

CARNAÚBA, Daniel Amaral, *A renovação dos vícios do consentimento – considerações a propósito dos institutos introduzidos no Código Civil de 2002*, in *RTDC* 50 (2012), pp. 3-34.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de responsabilidade civil*, 9 ed., São Paulo, Atlas, 2010.

COHNFELDT, Richard, *Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht – mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung*, Leipzig, Bernhard Tauchniz, 1865.

COING, Helmut, *Europäisches Privatrecht I – Älteres Gemeines Recht, 1500 bis 1800*, Munique, Beck, 1985.

CRUZ, Gisela Sampaio da, *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

DERNBURG, Heinrich, *Pandekten, Band II, Obligationenrecht*, 3 ed., Berlim, 1892.

DEUSTCH, Erwin, *Zurechnungszusammenhang, Rechtswidrigkeit und Verschulden*, in V. BEUTHIEN *et. al*. (orgs.), *Festschrift für Dieter Medicus – zum 70. Geburtstag*, Colônia, Carl Heymanns, 1999, pp. 25-62.

DEUTSCH, Erwin, *Gefahr, Gefährdung, Gefahrerhöhung*, in PAULUS, DIEDERICHSEN, CANARIS (orgs.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, Munique, Beck, 1973, pp. 885-904.

DEUTSCH, Erwinm, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2 ed., Colônia, Carl Heymann, 1996.

DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade civil I*, 5 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1973.

DOMAT, Jean, *Les lois loix civiles dans leur ordre naturel*, 2 ed., Paris, 1695.

DUNZ, Walter; HEIMANN-TROSIEN, Georg; NÜßGENS, Karl; STEFFEN, Erich, *Das Bürgerliche Gesetzbuch – mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band II, 5. Teil (Anhang nach § 823: I. Verletzung des Persönlichkeitsrechts II. Arzhaftungsrecht)*. 12 ed., Berlim e Nova Iorque, Walter de Gruyter, 1989.

EHRENZWEIG, Armin, *System des österreichischen allgemeinen Privatsrechts, zweiter Band, erste Hälfte – Das Recht der Schuldverhältnisse*, Viena, Monz, 1920.

ESSER, Josef, *Kausalität und Rechtswidrigkeitszusammenhang*, in *Karlsruher Forum (Beiheft zu VersR) 1959*, pp. 20-28.

ESSER, Joseph; SCHMIDT, Eike, *Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2 – Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis*, 8 ed., Heidelberg, C. F. Müller.

FIKENTSCHER, Wolfgang; HEINEMANN, Andreas, *Schuldrecht*, 10 ed., Berlim, De Gruyter Recht, 2006.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, 2 ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1943.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha, *Responsabilidade por danos – imputação e nexo de causalidade*, Curitiba, Juruá, 2014.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno, *Responsabilidade civil pelo risco – uma cláusula geral no Código Civil de 2002*, São Paulo, Saraiva, 2009.

GOMES DA SILVA, Manuel. *O dever de prestar e o dever de indenizar*, v. 1, Lisboa, 1944.

GOMES, Orlando, *Contratos*, 17 ed. atualizada e anotada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

_____, *Introdução ao direito civil*, 18 ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

GOTTWALD, Peter, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung – Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, Munique, 1979.

HART, H. L. A.; HONORÉ, Tony, *Causation in the law*, 2 ed., Oxford, Clarendon, 1985.

HIPPERDEY, Hans Carl, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Zivilrecht*, in *Karlsruher Forum (Beiheft zu VersR) 1959*, pp. 3-9.

HOPT, Klaus J.; MERKT, Hanno; ROTH, Markus, *Handelsgesetzbuch*, Munique, C. H. Beck, 2012.

HUBER, Ulrich, *Normzwecktheorie und Adäquanztheorie – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968*, in *JZ* (1969), pp. 677-683.

_____, *Verschulden, Gefährdung und Adäquanz*, p. 328, in MÜLLER e SOELL (orgs.), *Rechtswissenschaft und Gesetzgebung – Festschrift für Eduard Wahl zum ziebzigsten Geburtstag am 29. März 1973*, Heidelberg, Carl Winter, 1973, pp. 301-337.

_____, *Zilvilrechtliche Fahrlässigkeit*, p. 277, in FORSTHOFF, WEBER e WIEACKER, *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973*, Göttingen, Otto Schwarz, 1973, pp. 253-289.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil – die Grundlagen und die Zurechnung*, Berlim e Nova Iorque, de Gruyter, 1983.

KAROLLUS, Martin, *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung – Zugleich ein Beitrag zum Deliktsystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus*, Viena, Springer, 1992.

KASER, Max, *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt – das Altrömische, das Vorklassische und Klassiche Recht*, 2 ed, Munique, Beck, 1971.

_____, *Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt – die Nachklassischen Entwicklungen*. 2 ed. Munique: Beck, 1975.

KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard, *Deliktsrecht*, 11 ed., Munique, Franz Vahlen, 2010.

KOZIOL, Helmut, *Basic questions of tort law from a germanic perspective*, Viena, Jan Sramek, 2012.

_____, *Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil*, 2 ed. Viena, Manz, 1980.

KRAMER, Ernst A, *Schutzgesetze und adäquate Kausalität*, *JZ* 31 (1976), pp. 338-346.

LANG, Rolf, *Normzweck und Duty of Care – Eine Untersuchung über die Grenzen der Zurechnung im deutschen und anglo-amerikanischen Deliktsrecht*, Munique, C. H. Beck, 1983.

LANGE, Heinrich, *Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang*, in *AcP* 156 (1957), pp. 114-136.

LANGE, Hermann, *Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag*, in *Verhandlungen des dreiundvierzigsten Deutschen Juristentages – München 1960, I Teil – Begrenzung der Haftung für Schuldhafte Verursachte Schäden?*, Tübingen, Mohr Siebck, 1960, pp. 3-60.

_____, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster, Böhlau, 1955.

_____; SCHIEMANN, Gottfried, *Schadensersatz*, 3 ed., Tübingen, Mohr, 2003.

LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung – Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Lucka i. Th., Reinhold Berger, 1927.

_____, *Lehrbuch des Schuldrechts II – besonderer Teil*, 11 ed., Munique, Beck, 1976.

_____, *Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivil Recht*, E. VON CAEMMERER; A. NIKISCH e K. ZWEIGERT (orgs), *Vom deutschen zum europäischen Rechts – Festschrift für Dölle, Band I, Deutsches Privat- und Zivilprozessrecht, Rechtsvergleichung*. Tübingen, Mohr, 1963, pp. 169-200.

_____, *Ursächlichkeit der Unterlassung (Zugleich Besprechung des BGH-Urteils v. 25.9.1952)*, in *NJW 6* (1953), pp. 686-687.

_____, *Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht*, in *Festschrift für Richard M. Honig – Zum 80. Geburtstag, 3 Januar 1970*, Göttingen, Otto Schwarz, 1970, pp. 79-90.

LEITÃO, Adelaide Menezes, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra, Almedina, 2009.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário – análise do nexo causal*, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

_____, *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*, São Paulo, RT, 2011.

LIMA, Alvino, *Culpa e risco*, 2 ed., São Paulo, RT, 1998.

LIMPENS, J., *La théorie de la "relativité aquilienne" em droit compare*, in *Mélanges offert à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 559-581.

LINDENMAIER, *Adäquate Ursache und nächste Ursache*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht* 113 (1950), pp. 205-280.

LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil V (fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil)*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961.

LOPEZ, Teresa Ancona, *Exercício do direito e suas limitações – abuso do direito*, p. 62, in *RT* 885 (2009), pp. 49-68.

_____, *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos – a experiência brasileiro do tabaco*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.

_____, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

LÜER, Hans-Jochem, *Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen – eine rechtsvergleichende Studie zum deutschen, englischen und amerikanischen Zivilrecht*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1969.

MACCORMACK, G., *Juristic interpretation of the lex Aquilia*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, v. 1, Milão, Giuffrè, 1982, pp. 255-283.

MARQUES, Cláudia Lima, *Cem anos de Código Civil alemão – o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro*, in *RT* 741 (1997), pp. 11-37.

MARTINS-COSTA, Judith, *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*, in Mário Luiz DELGADO e Jones Figueiredo ALVES (coords.), *Questões controvertidas – parte geral do código civil*, São Paulo, Método, 2007, pp. 505-544.

MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10 ed., Heidelberg, C. F Müller, 2010.

_____, *Id quod interest – Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Colônia, Böhlau, 1962.

MELLO, Celso António Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, 27 ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico – plano da existência*, 20 ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Diogo Naves, *Indenização por equidade – desproporção entre a culpa e o dano*, in *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* 28 (2009), pp. 80-94.

_____, *Análise econômica da responsabilidade civil – o dano e a sua quantificação*, São Paulo, Atlas, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Tratado de direito privado, t. II*, 2 ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

MOMMSEN, Friedrich, *Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abtheilung – zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855.

MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichem Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse*, Berlim, Decker, 1899.

MÜNZBERG, Wolfgang, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1966.

NIPPERDEY, Hans Carl, *Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld*, in *NJW* 10 (1957), pp. 1777-1782.

NORONHA, Fernando, *Direito das obrigações*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

NÖRR, Dieter, *Kausalität im klassischen römischen Recht – ein theoretischer Versuch Labeos*, in Okko BEHRENDS *et. al.* (orgs.), *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Vadenhoeck und Ruprecht, 1978, pp. 115-144

OETKER, Hartmut (org.), *Kommentar zum Handelsgesetzbuh (HGB)*, 3 ed., Munique, C. H. Beck, 2013.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de, *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*, São Paulo, Atlas, 2007.

_____, *Excludentes de responsabilidade civil objetiva*, in Otavio Luiz RODRIGUES JUNIOR, Gladson MAMEDE e Maria Vital da ROCHA (coords.), *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 130-147.

POTHIER, Robert Joseph, *Traité des obligations, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur, Tome Premier*, nouvelle edition, Paris, 1764.

PREUSCHE, Rainer, *Unternehmensschutz und Haftungsbeschränkung im Deliktsrecht*, Berlim, Ducker & Humblot, 1974.

PUECH, Marc, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Librarie générale de droit et de jurisprudence, 1973

PUPPE, Ingeborg, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 92 (1980), pp. 863-911.

QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010.

RABEL, Ernst, *Das Recht des Warenkaufs – eine vergleichende Darstellung*, v. 1, Berlim, Walter De Gruyter, 1936.

RAISER, Thomas, *Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck – Untersuchung über die Tragweite der Theorie von der Haftungsbegrenzung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm im Vertragsrecht* (Dissertação), Stuttgartt, 1962.

RICHTER, Stefan, *Schadenszurechnung bei deliktischer Haftung für fehlerhafte Sekundärmarktinformation*, Tübingen, Mohr, 2012.

RITTER VON RANDA, Anton, *Die Schadenersatzpflicht nach österreichsichem Rechte insbesondere aus Eisenbahn- und Automobilunfällen mit Bedachnahme auf ausländische Gesetzgebungen*, 3 ed., Viena, Manz, 1913.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, *A doutrina do terceiro cúmplice – autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos*, in *RT* 821 (2004), p. 80 e segs.

_____, *Código Civil comentado, v. VI, t. I – compra e venda, troca, contrato estimatório, arts. 481 a 537*, São Paulo, Atlas, 2008.

RODRIGUES, Sílvio, *Direito civil I – parte geral*, 32 ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

ROTHER, Werner, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, Munique e Berlim, C. H. Beck, 1965.

RÜMELIN, Max von, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 90 (1900), pp. 171-344.

RUMPF, *Zum jetzigen Stand der Lehre von der adäquaten Verursachung im Zivilrecht*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 49* (1905), pp. 333-406.

SANDY LOPES PESSOA JORGE, Fernando de. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa, 1968.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso, *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2010.

SCHICKEDANZ, Erich, *Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie*, in *NJW* 24 (1971), pp. 916-920.

SCHIEMANN, Gottfried, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249-254 (Schadensersatzrecht)*, 13 ed., Berlim, Sellier, de Gruyter, 2005.

SCHMIDT, Jan Peter, *Dienstleistungsverträge im brasilianischen Recht*, in ZIMMERMANN, *Service contracts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 181-192.

_____, *Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado*, in Otavio Luiz RODRIGUES JUNIOR, Gladson MAMEDE e Maria Vital da ROCHA (coords), *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 731-739.

_____, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

SCHMIEDEL, Burkhard, *Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht*, Tübingen, Mohr, 1974.

SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKER, Joachim ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, herausgegeben von Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert und Reinhard Zimmermann, Band II – Schuldrecht, Allgemeiner Teil, § 241-432, 1. Teilband: vor § 241-§ 304*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

SCHREIBER, Anderson, *Novos paradigmas da responsabilidade civil – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 5 ed., Atlas, São Paulo, 2013.

SCHULIN, Bertram, *Der natürliche – vorrechtliche – Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht*, Berlim, J. Schweitzer, 1976.

SCHWIMANN, Michael, *ABGB-Praxiskommentar, Band 6, §§ 1293-1502 ABGB*, 3 ed., Viena, LexisNexis, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da, *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, 3 ed., São Paulo, Atlas, 2013.

_____; SANTOS, Aline Ávila Ferreira dos, *Indenização do dano reflexo extrapatrimonial – situação do Direito brasileiro em perspectiva comparativa*, in *Prisma Jur.* 12 (2013), pp. 95-129.

SOURLAS, Paul, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB*, Berlim, Duncker & Humblot, 1973.

SOUZA MENDES, Paulo de, *Sobre a origem dos princípios jurídicos da causalidade e do domínio do facto – a lex aquilia de damno iniuria datum*, in A. MENEZES CORDEIRO, L. MENEZES LEITÃO e J. DA COSTA GOMES (coords.), *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles - 90 anos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 1085-1110.

SPICKHOFF, Andreas, *Folgezurechnung im Schadensersatzrecht*, in E. LORENZ, *Karlsruher Forum 2007 – Folgezurechnung im Schadensersatzrecht – Gründe und Grenzen*, Karlsruhe, Versicherungswirtschaft, 2008.

STOLL, Hans, *Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen*, in ESSER e THIEME (orgs.), *Festschrift für Fritz von Hippel – zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1967, pp. 517-559.

_____, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht – Eine Darstellung auf rechtsvergleichende Grundlage*, Heidelberg, Müller, 1993.

_____, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, in *Recht und Staat* 364/265 (1968).

_____, *Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte*, in *AcP* 162 (1963), pp. 203-236.

TEPEDINO, Gustavo, *Nexo de causalidade – conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira*, in Otavio Luiz RODRIGUES JÚNIOR, Gladson MAMEDE e Maria Vital da ROCHA (coords.), *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 106-119.

_____, *Nota sobre o nexo de causalidade*, in *Temas de direito civil II*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 63-81.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Responsabilidade civil – noções gerais, responsabilidade objetiva e subjetiva*, p. 21, in Otavio Luiz RODRIGUES JUNIOR, Gladson MAMEDE e Maria Vital da ROCHA (coords), *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 17-39.

THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, t. I, 5 ed., Jena, Mauke, 1818.

TOLOMEI, Carlos Young, *A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil*, in Gustavo TEPEDINO (coord.), *A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 355-375.

TRAEGER, Ludwig, *Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B*, 2ª reimp., Marburg, N. G. Elwert, 1929.

VINEY, Geneviève, *Le 'wrongfulness' en droit français*, in Helmut KOZIOL (org.), *Unification of tort law – wrongfulness*, Haia, Kluwer, 1998, pp. 57-64.

_____; JOURDAIN, Patrice, *Le conditions de la responsabilité*, 3 ed., Paris, LGDJ, 2006.

_____, *Introduction à la responsabilité*, 3 ed., Paris, LGDJ, 2007.

VON BAR, Ludwig, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, Leibzig, Bernhard Tauchniz, 1871.

VON BURI, Maximilian, *Über causalität und deren Verantwortung im Strafrecht*, 1878.

VON CAEMMERER, Ernst, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, in *Freiburger Universitätsreden* 23 (1953).

_____, *Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB*, in H. G. LESER (ed.), *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften I – Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Tübingen, Mohr, 1968, p. 554-581.

_____, *Die Bedeutung des Schutzbereich einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersaztansprüchen aus Verkehrsunfällen*, in H. L. LESER, *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften*, v. 3, Tübingen, Mohr, 1983, pp. 345-370.

_____, *Probleme des Haagers Einheitlichen Kaufrechts*, in LESER (org.), *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften III*, Tübingen, Mohr, 1983, p. 23-51.

_____, *Wandlungen des Deliktsrechts*, in H. G. LESER (ed.), *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften I – Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Tügingen, Mohr, 1968, pp. 452-553.

VON KRIES, *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendung desselben*, in *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie* 12 (1888), pp. 180-239.

VON LISZT, Franz, *Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlim, 1898.

_____, *Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlim, 1898.

_____, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25 ed, Berlim e Leipzig, Walter de Gruyter, 1927.

VON VANGEROW, Karl Adolph, *Lehrbuch der Pandekten, Band III*, 7 ed., Marburg e Leipzig, Elwert‘sche Universitäts-Buchhandlung, 1869.

WAGNER, Gehard, *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, in ZIMMERMANN (org.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 189-340.

_____, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6 ed., Munique, Beck, 2013.

WEITNAUER, Hermann, *Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang – Versuch einer Ehrenrettung*, in Max KELLER (org.), *Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts – Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger*, Zurique, Schulthess, 1969, pp. 321-346.

WIDMER, Pierre, *The concept of 'unlawfulness' – functions and relevance under Swiss Law*, in Helmut KOZIOL (org.), *Unification of tort law – wrongfulness*, Haia, Kluwer Law, 1998, pp. 115-127.

WIELING, Hans Josef, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Colônia, Böhlau, 1970.

WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 ed, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1870.

WOLF, Joseph Georg, *Der Normzweck im Deliktsrecht – ein Diskussionsbeitrag*, Göttingen, Otto Schwarz & Co, 1962.

WOLLF, Karl, *Verbotenes Verhalten – Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Privat- und Strafrechtes wie auch zur Rechtslogik*, Viena, Hölder, Pichler, Tempsky, 1923.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Limitation of liability of damages in european contract law*, in *Edinburgh Law Review* 18 (2014), pp. 193-224.

_____, *The law of obligations – roman foundations of the civilian tradition*, Cidade do Cabo, Juta, 1990.