

EVOLUÇÃO DOS TORTS: DO TRESPASS À STRICT LIABILITY
EVOLUTION OF THE TORTS: FROM TRESPAS TO STRICT LIABILITY.

Bruno Leonardo Câmara Carrá¹

RESUMO:

O presente artigo procura efetuar uma análise histórica da Responsabilidade Civil no *Common Law* com o objetivo de fornecer para o leitor nacional um relato de sua estrutura, desenvolvimento e principais institutos. O estudo inicia-se pela contextualização da matéria no âmbito da tradição anglo-saxã e prossegue com a descrição dos três grupos de responsabilidade atualmente aplicados em suas cortes e sistematizados por sua doutrina, a saber: *delitos intencionais*; *delito de negligência*; responsabilidade objetiva.

PALAVRAS CHAVES: Responsabilidade Civil; *Common Law*; Análise Histórica; *Trespass*; Responsabilidade Objetiva.

ABSTRACT:

This article seeks to make a historical analysis of Tort Law in Common Law with the goal of providing, for the national audience, an account of its structure, development and leading institutes. The study begins by contextualizing the subject within the Anglo-Saxon tradition and goes on to describe the three groups of liability currently applied in their courts and systematized by his doctrine, namely: intentional torts; tort of negligence; strict liability.

KEY WORDS: Tort Law; Common Law; Historical Analysis; *Trespass*; Strict Liability.

INTRODUÇÃO

Os manuais jurídicos costumam narrar a evolução da Responsabilidade Civil a partir de duas fontes históricas tão distantes no tempo como díspares em sua conformação sistêmica: a Lei Aquilia e o Código Napoleão. Na verdade, entre esses dois textos jurídicos há drásticas diferenças ideológicas e culturais, que necessitam ser sempre contextualizadas para evitar a apressada conclusão de que Roma e França compartilhavam nessa matéria as mesmas noções elementares.

¹ Doutorando em Direito Civil USP; Mestre em Direito UFC; MBA em Gestão do Poder Judiciário: FGV/RJ; Juiz Federal: 2ª. Turma Recursal no Ceará (Presidente) / Juiz da Turma Nacional de Uniformização – TNU (biênio 2013/2015); Professor da Fa7.

Paralelamente ao Direito continental, a *Common Law* produziu uma rica produção jurídica, talhada sobretudo numa gradual evolução jurisprudencial, sobre os danos e os delitos civis em geral. O estudo dos *torts*, como são denominados, possui bastante relevância na conjuntura presente, porém não se mostra de maior frequência na literatura nacional. De fato, o conhecimento mais aprofundado dos *torts* e a melhor compreensão de seus institutos desenvolvidos de forma quase telúrica podem auxiliar na solução de muitas das questões atualmente divisadas pela Responsabilidade Civil em suas inúmeras dimensões.

Neste artigo buscar-se-á contextualizar o *tort* no próprio âmbito da *Common Law* e, de conseguinte, traçar sua evolução do Direito Inglês ao Direito norte-americano. Com isso se pretende fazer um esboço, anda que rudimentar, da estrutura e funcionamento dos *torts*, possibilitando ao final que se tenha uma ideia contextualizada de suas principais tendências hodiernas.

Uma advertência adicional é que, pelos limites deste trabalho, não se ingressa no estudo dos *torts* em outros países que constituem a *Common Law*, como Índia, Canadá (salvo o Quebec), Austrália etc. As referências aqui realizadas, portanto, são circunscritas apenas aos ordenamentos jurídicos da Grã-Bretanha e norte-americano.

Não há dúvidas, contudo, que o *Tort Law* como presentemente o conhecemos estruturou-se sobretudo em decorrência da produção jurídica levada a efeito no Reino Unido e em sua ex-colônia mais próspera ao longo de todo o Século XIX, razão mais que suficiente para limitar nosso estudo apenas a eles.

1 TORTS E COMMON LAW.

A *Common Law* foi quase sempre refratária a generalizações. Pragmáticos, caracterizam o mesmo estilo austero de sua arquitetura firmada em construções de alvenaria, bem diferente da imponência monolítica que abunda tanto nos edifícios como nas instituições jurídicas da Europa continental. Por isso mesmo, também se lhe denomina de *case law*, o Direito dos precedentes, dos casos concretamente levados a juízo.

Cada *case* constitui um dos tijolos que somados formam o conjunto dos precedentes (*a body of precedent*) que dá forma à *Common Law*. Hoje, o Direito legislado (*Statutory Law*) ocupa importante função no sistema, porém tradicionalmente é a *praxis judiciária* que termina

criando, ou pelo menos referendando, os institutos, princípios e de regras jurídicas.² Essas peculiaridades do sistema anglo-saxão não são indiferentes àquilo que, por lá, pode ser denominado de Responsabilidade Civil.

Foi também através da *praxis judiciária* e só ocasionalmente pela lei que se definiram as hipóteses constitutivas da reparação civil (*civil liability*) no *Common Law*.³ Isso levou Reinhard Zimmermann a afirmar que não há um conceito lógico-unitário de Responsabilidade Civil, “mas sim a soma total da variedade de *torts* que se desenvolveram, sob o sistema escrito, dentro de uma casuística característica e de maneira acidental.”⁴

Cada um desses *torts*⁵ possuiria uma causa independente, cada um contendo seus próprios elementos constitutivos e cada um retratando um interesse especialmente protegido pelo ordenamento jurídico. Essa indefinição, obviamente, impediu que o *Common Law* pudesse divisar um conceito abstrato de dano, do mesmo modo que o Direito Romano, em relação ao qual essa tradição permaneceu em alguma medida mais fiel em relação aos países continentais.⁶

Legalmente, pelo menos, inexistente uma noção unitária de ilícito civil, mas uma série de ilícitos e seus subsequentes danos, que são catalogados como atos ou fatos contrários ao ordenamento jurídico. Prevalecendo a ideia de que os ilícitos encontravam-se agrupados sob determinados modelos tipológicos, tal *fragmentarismo* levou os doutrinadores anglo-saxões,

² A *Common Law* não deve ser vista, na atualidade, como um corpo único, alerta René David, porém a marca da tradição inglesa ainda se faz sentir e deve introduzir o exame de qualquer de suas instituições. Diz David: “Todo estudo da *common law* deve começar por um estudo do direito inglês. A *common law* é um sistema profundamente marcado pela sua história e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII, a do direito inglês. Esta circunstância é determinante, mesmo se for corrigida pelo reparo de que certos direitos – tal como o direito dos Estados Unidos – são atualmente profundamente diferentes do direito inglês, e de que outros – tal como o direito da Índia ou o Sudão – se mantiveram, na matéria do ‘estatuto pessoal’, fiéis a uma tradição diferente da do direito inglês.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. de Hermínio Carvalho. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 279)

³ “The history of these writs is perhaps not well known, but as the statute provided for consultation of Parliament where the clerks were uncertain, some of them had, if not a statutory, at least a parliamentary basis. But it seems clear that they were only extensions of common law notions: the legislature did not create them: at most it made them possible.” (BUCKLAND, William. *Roman Law & Common Law: a comparison in outline*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University, 1952. p. 341).

⁴ No original: “Tort does not constitute a coherent body of law, definable in general and abstract terms, but is no more than the sum total of a variety of individual torts that have developed, under the writ system, in characteristically casuistic and haphazard fashion. Each of these specific torts is still regarded as an independent cause of liability, each has its own constituent elements, and each protects a special interest from being interfered with.” (ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligation. Roman foundations of the civilian traditions*. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 907).

⁵ A palavra *tort* é de étimo latino: *tortus*, que significa literalmente tortuoso e, de modo figurado, o que é indevido.

⁶ “Here a certain perhaps remote parallelism may be found in Roman Law. The field of the action for *iniuria* underwent an extension very like that of the action for trespass. We shall deal with it later; here is enough to say that, beginning as a remedy for minor unjustified assaults, it ultimately became the remedy for a great variety of wrongs. The extension of Aquilian liability to new forms of damage followed only a slightly different technique” (Buckland, William Warwick. *Op. Cit.* p. 341).

inclusive, a se interrogarem se haveria mesmo um fundamento jurídico comum para as várias formas de Responsabilidade Civil,.

Assim, Oliver Holmes Jr. explicava que em razão do caráter fragmentário da Responsabilidade Civil no *Common Law*, a única das regras que pode ser determinada de antemão naquele sistema jurídico, a saber, a que determina que será indenizável a conduta que seja seguida de um dano (*harm*).⁷

Desse modo, a existência de uma lesão a um interesse protegido pelo ordenamento jurídico, material ou imaterial, agruparia o mosaico de *torts*, dando-lhes uma conformação relativamente unitária. Como entidade de gênero os *torts* constituem-se como formas de ilícitos civis (*civil wrong*), excluídas as violações dos deveres de natureza contratual, ocasionando perdas de cunho patrimonial, em lesões à integridade física, ou ainda a direitos de natureza imaterial.⁸

Não há, como já referido, uma compreensão unitária, à semelhança do que ocorre no Direito continental, dos pressupostos para a configuração da Responsabilidade Civil, a qual, como se sabe, é enunciada de forma única por meio da cláusula geral que constitui como atípicos os danos e sua própria antijuridicidade.

A *tipicidade abstrata*, simbolizada universalmente pelo art. 1.382 do Código Civil francês de 1804 – equivalente ao art. 186 de nosso Código Civil - trabalha com um conceito indeterminado. Veicula, assim, um termo não completamente definido, deixando que a cada caso

⁷ No original: “All the rules that the law can lay down beforehand are rules for determining the conduct which will be followed by liability if it is followed by harm [...] that if he escapes liability, it is simply because by good fortune no harm comes of his conduct in the particular event.” (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 73).

⁸ Na tradição do *Common Law* exclui-se do âmbito de incidência dos *Torts* o que, por nós, poderia ser designado como *responsabilidade civil de natureza contratual*. A violação a um dever contratual (*breach of contract*) possui enquadramento autônomo, sendo tratada isoladamente. Não há, portanto, duas modalidades de responsabilidade civil, como se propõe ainda hoje – com críticas é verdade – nos países de tradição dita continental, já que a esfera *extracontratual* é a própria ambiência da *Tort Law*. Essa solução, contudo, gerou, como efeito colateral, a uma extrema dificuldade do processo de compreensão e trato dos danos aquilianos nascidos em decorrência de um contrato, situações que são cada vez mais constantes na atualidade. Daí porque Grant Gilmore, ao concluir pela *morte do contrato*, afirmava que cada vez mais o *contrato* encontra-se sendo reabsorvido na grande corrente dos *torts*: “Speaking descriptively, we might say that what is happening is that ‘contract’ is being reabsorbed into the mainstream of ‘tort’ [...] It should be pointed out that the theory of tort into which contract is being reabsorbed is itself a much more expansive theory of liability than the theory of tort from which contract was artificially separated a hundred years ago.” (GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2 ed. Columbus: Ohio University, 1995. p. 95). Em tradução livre: “Falando de modo descritivo, nós poderíamos dizer que o que está acontecendo é que o ‘contrato’ está sendo reabsorvido dentro da corrente da Responsabilidade Civil [...] Deve-se pontuar que a teoria dos delitos civis dentro da qual o contrato está sendo reabsorvido é ela própria uma teoria da responsabilidade muito mais ampla que a teoria do delito da qual o contrato foi artificialmente separado cem anos atrás”.

venham os interessados a demonstrar-se pontualmente a incidência concreta da previsão abstratamente normativada.⁹

No *Common Law*, teoricamente, não existe essa mesma cláusula geral. Contudo, mais recentemente a doutrina anglo-saxã vem chamando a atenção para a mudança levada a efeito com o reconhecimento do *tort of negligence*. Através dele é que os países do *Common Law* puderam aproximar-se do sistema continental, permitindo, enfim, um grau maior de abstração em seu *Tort Law*.

O caráter fragmentário dos *torts* decorre da tradição da *Common Law* em privilegiar a decisão judicial. Isso tem como causa rêmora a manutenção do sistema de *writs* pelo antigo Direito Inglês. Assim, priorizava-se a forma judiciária sobre o próprio Direito material, assemelhando-a neste aspecto ao Direito Romano.¹⁰

Por força de circunstâncias mais relacionadas a técnicas processuais é que teve origem o fracionamento e a conseqüente segmentação dos *torts* em várias categorias.¹¹ E foi isso que gerou o *déficit* de coerência sistemática que ainda hoje limita em muitos aspectos o *Tort Law*.

Por isso mesmo, o Direito Inglês antes do Século XIX relegava os *torts* a um plano secundário. Conhecido por suas expressivas metáforas, Lawrence Friedman escreve sobre esses idos o seguinte: os *torts* não passavam de um galho na grande árvore do Direito (*a twig on the great tree of law*).¹² Ainda segundo esse autor estadunidense, o primeiro tratado sobre *Torts* surge apenas em 1859, sob o título *The Law of Torts, Or Private Wrongs*, sendo seu autor Francis Hilliard.

De fato, do outro lado do Atlântico, contudo, os juristas norte-americanos que já no Século XIX começaram a questionar a lógica interna e as conveniências sociológicas desse sistema. A insatisfação com o modelo de *writs* e o desejo de buscar uma definição categórica, ou seja, abstrata e sistêmica, para o ilícito civil assim como para os danos passíveis de reparação já teria sido denunciada por Francis Hilliard ao escrever o primeiro tratado de *torts* nos Estados Unidos da América.

⁹ DE CUPIS, Adriano. *Il Danno*. Milano: Giuffrè, 1976. p. 5.

¹⁰ Essa, com efeito, seja uma dos maiores fatores de contato da *Common Law* com o Direito Romano. Diz René David: “O processo seguido nos Tribunais Reais de Westminster varia segundo a maneira como a ação é conduzida. A cada *writ* corresponde, de fato, um dado processo que determina a sequencia dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades de sua administração, e os meios de fazer executar a decisão. Num determinado processo certas palavras devem ser usadas para designar demandante e demandado; e o emprego das mesmas palavras seria fatal em outro tipo de processo”(DAVID, René. *Op. Cit.* p. 289).

¹¹ Contudo, não se deve incidir no erro reducionista de ver no *Common Law* em um sistema jurídico de tradição romana. Nesse sentido, dentre outros, cf.: WATSON, Alan. *Roman Law and Comparative Law*. Athens (Georgia): University of Georgia Press, 1991. pp 250-251.

¹² FRIEDMAN, Lawrence M. Simon. *A History of American Law*. New York: Simon & Schuster, 2005. p. 350.

Segundo Hilliard, por um processo singular de inversão, os atos ilícitos, enquanto elementos substantivos da ação, foram substituídos por requerimentos de ordem procedimental.¹³

A elas, iriam-se somar as incisivas críticas de Oliver Wendell Holmes Jr sobre a falta de precisão teórica do *Tort Law*. Em um artigo escrito no ano de 1871, Holmes faz uma eficiente invectiva sobre a incoerência do sistema de *torts*, proferindo uma frase considerada, hoje, célebre: “a Responsabilidade Civil não é uma matéria apropriada para um livro de Direito” (*Torts is not a proper subject for a law book*).

As causas desse movimento renovador estão associadas, como mencionado antes, à falta de coesão entre os vários grupos de *torts*. Até o Século XIX, mercê de sua evolução haver se dado quase completamente em termos processuais, não havia maiores diferenças entre os *torts* e o *wrong*. Ou seja, os *torts* mais pareciam ser simplesmente *wrongs*, atos ilícitos com alguma espécie de condenação de ordem pecuniária, agrupados em função de um sutil e descontínuo desenvolvimento histórico.

Na análise de G. Edward White, até então não existia qualquer *standard* capaz de uniformizar ou sistematizar os *torts*. Não havia uma teoria apta a definir de forma analítica seus pressupostos e foi por tal razão que comentadores clássicos do *common Law* como Edward Coke ou Blackstone sequer os consideravam como disciplina jurídica autônoma.¹⁴

Também aqui, portanto, é nítida a distinção da evolução da Responsabilidade Civil continental com o *Tort Law* no *Common Law*. Enquanto na Europa continental o estudo da Responsabilidade Civil já se encontrava sistematizada antes mesmo do Código Napoleão nos trabalhos de Domat e Pothier, o mundo anglo-saxão e os países que seguem sua tradição apenas passaram a se interessar pelo tema em meados do Século XIX.

É dos meados do Século XIX, contudo, o principal repertório de decisões que permitiu uma certa generalização em torno dos *torts*. Paradoxalmente todas inglesas. Após o processo de sistematização iniciado com o reconhecimento do *tort of negligence* e a noção de falta de dever de cuidado (*a breach of duty of care*), outras categorias surgem, porém até hoje não há qualquer intento de agrupá-las sob uma única, ou pelo menos sob categorias não tão específicas.¹⁵

¹³ Apud WHITE, G. Edward. *Tort Law in America. an intellectual history*. New York: Oxford Press, 2003. p. 11.

¹⁴ *Op. Cit.* p. 14.

¹⁵ Como exemplo contrário ao que aqui é mencionado: o chamado problema dos *danos etiquetáveis*, como resultado conhecida a questão na Itália. Preocupado com a proliferação de várias espécies de danos morais por parte da doutrina, a Corte de Cassação italiana pronunciou-se no sentido de que haveria apenas uma única (e não várias) categoria de danos extrapatrimoniais. Nos termos do ementário do julgamento proferido pela Corte de Cassação Italiana: “O dano não patrimonial é (uma) categoria geral não suscetível de subdivisão em subcategorias variavelmente etiquetáveis. Não pode, portanto, fazer-se referência a uma subcategoria genérica denominada ‘dano existencial’, porque através dessa se termina por levar também o dano não patrimonial na

Desse modo, continuam os manuais estadunidenses, ingleses, australianos etc. fazendo pontual alusão aos *torts* de *assault*, *battery*, *intentional infliction of emotional distress*, *trespass of land*, *trespass of chattels*, *negligence*, *product liability* etc. Todos são estudados de maneira autônoma, como se fosse o estudo, no Direito Penal, dos delitos em espécie.

Para contextualizar esse processo, a fim de melhor compreender como se deu essa evolução, analisa-se os *torts* em três momentos distintos: a) o surgimento no antigo Direito Inglês, com sua evolução até o Século XIX; b) o reconhecimento do *tort of negligence*; c) as novas modalidades de *torts* no Século XX, para destacar o crescimento da importância da responsabilidade objetiva (*strict liability*), ela própria uma forma de *tort* que não exclui as demais dessa caleidoscópica tradição jurídica.

2 O TRESPASS E DEMAIS INTENTIONAL TORTS.

Atualmente, o *trespass* é associado a uma espécie de *tort* (que correspondente à violação de domicílio ou à propriedade imobiliária - *trespass to a land*), mas no passado seu significado era amplo, representando a bem dizer, qualquer tipo de ilícito intencionalmente provocado.

O mesmo Oliver Wendell Holmes Jr., que ao seu tempo pôs em dúvida a existência de uma *teoria geral* da Responsabilidade Civil (obviamente, extracontratual como já explicado). Dizia esse clássico do *Common Law* que poderia existir apenas uma teoria geral do *trespass*, tamanha era sua importância para o *Tort Law*.¹⁶

Há uma razão para esse quase fetichismo não apenas de Holmes mas de considerável fração dos autores norte-americanos do Século XIX em relação ao *trespass*: foi ele o delito a partir do qual foi concebida e sedimentada a própria noção de *tort* no Direito Inglês medieval.

Isso ocorreu durante o Século XIII, quando a fórmula *quare*, pela qual o autor indagava ao réu porque ele lhe havia causado uma lesão, passou a ter uso generalizado.¹⁷

A Corte real passou a ter interesse também em casos estranhos aos que invocavam apenas os direitos feudais. Interessada em estabelecer uma medida legal para coibir os atos

atipicidade “Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettibile di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. Non può, dunque, farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata ‘danno esistenziale’, perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell’atipicità.” Disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=43677>. Consultada em 09.09.2013.

¹⁶ HOLMES JR., Oliver Wendell. *Op. Cit.* pp. 71-73.

¹⁷ Sobre a evolução do *trespass* e, assim, de sua passagem de conceito amplo de dano para uma de suas formas específicas pode ser encontrado, cf. O aprofundado estudo de: MILSON, Stroud Francis Charles. *Studies in the History of the Common Law*. London: Hambledon Press, 1985. pp. 01-90.

ilícitos cometidos através de força física, de armas, os tribunais reais avocaram para si a incumbência de apreciar essas novas questões, as quais também eram consideradas sob o aspecto criminal, ou do correspondente a uma contravenção penal (*felony*).

Portanto, pelos meados do Século XIII, o *trespass*, então reconfigurado a partir da adição da cláusula *contra pacem* à fórmula *quare (vi et armis, et contra pacem Domini Regis)*, passou a ser utilizada como remédio jurídico contra atos violentos. Inicialmente, não havia uma linha nítida dos aspectos criminais e civis dessa ação, na qual também era possível a condenação do réu em penas extrapatrimoniais. Só no Século XIV, sob o reinado de Eduardo III, é que a distinção teria, finalmente, ocorrido mediante um ato do Parlamento inglês. Diz, a propósito, Theodore Plucknett:

As investigações feitas pelos reformadores do baronato mostram claramente que havia muita opressão e injustiça, as quais as jurisdições locais falharam em controlar e é extremamente provável que a Corte real deliberadamente estendeu as ações *quare*, assim eles poderiam cobrir esses *trespasses* sem o caráter de contravenção de que Bracton falou. Esse expediente foi bem sucedido. Ele acarretou o declínio das cortes locais e estendeu o trabalho da Corte real, mas ele tornou o esquema simétrico de ou um crime ou um *tort* impossível, pois aqueles *trespasses* com quebra da paz (os quais com delitos de menor gravidade) logo passaram a ter natureza civil das demais ações – com a fórmula – *quare* e então finalmente tornaram-se *torts*.¹⁸

Contudo, o *trespass* contemplava apenas os danos decorrentes de um ato voluntário e por meio de força física. Outras formas de danos à honra do indivíduo, também vieram a ser considerados como *trespass*, tal como a calúnia e a difamação (*slander and libel*).

Naturalmente, eram também considerados como *trespass* a invasão de propriedade, assim como a destruição de bens móveis da vítima (*trespass to chattel*). Outras formas de danos podiam decorrer dos delitos de incômodos molestos (*nuisance*), e várias formas de fraude ou engano doloso (*deceit, conversion e conspiracy*).¹⁹

Desse modo, o *trespass* deu origem a inúmeras ações próprias (*writs*) que passaram a disciplinar casos particulares de danos. Assim, a despeito de a expressão *trespass* designar mais comumente os danos cometidos em função da invasão a uma propriedade, o termo ainda é

¹⁸ No original: “The investigations made by baronial reformers show clearly that there was much oppression and injustice which the local jurisdictions failed to check, and it seems extremely likely that the King’s Court deliberately extended its *quare* actions so that they should cover these non-felonious ‘trespasses’ of which Bracton spoke. The expedient was successful. It brought about the decline of the local courts and extended the work of the King’s Court, but it made a symmetrical scheme of either crime or tort impossible, for those trespasses in breach of the peace (which might well resemble misdemeanours) soon partook of the civil nature of the other *quare* actions, and so became finally torts” (PLUCKNETT, Theodore F. T. *A Concise History of The Common Law*. 5 ed. Union (New Jersey): The Lawbook Exchange, 2001. pp. 455-546)

¹⁹ Desde que acarretasse danos concretos, cf.: MILSON, Stroud Francis Charles. *Op. Cit.* p. 10.

utilizado pela doutrina anglo-saxã para denotar, como no passado, os danos intencionalmente cometidos contra pessoas e seus bens, móveis e imóveis.²⁰

Com o tempo observou-se que os pré-requisitos ordinariamente exigidos para a admissão do *trespass* já não mais correspondiam às inúmeras possibilidades enfrentadas na vida diária. Isso porque a fórmula legal do *trespass* exigia que o dano decorresse de uma lesão violenta e direta (*vi et armis*) e ainda que houvesse a intenção de ofender. Foi necessário, portanto, adequar a fórmula do *trespass* às situações onde, sem haver uma ação direta, causava-se de toda sorte danos a terceiros.

Essa nova modalidade de *tort* passou a ser denominada de *trespass on de the case*, *action on the case*, ou, com o tempo, simplesmente *case*. A partir daí começou-se a admitir postulações indenizatórias onde o nexos causal entre o ato perpetrado e o dano sofrido não eram tão evidentes (*coverd situations*). Ou seja, naqueles eventos onde a antijuridicidade da ação (eventualmente da omissão) do réu não eram tão óbvias por decorrerem de uma agressão clara.

Costuma-se a reproduzir o exemplo dado ainda no Século XVIII por William Blackstone de alguém das vítimas atingidas por um pedaço de tronco arremessado por um transeunte. A pessoa diretamente agredida teria a ação de *trespass* enquanto que um terceiro eventualmente atingido apenas poderia manejar a ação de *case*.²¹

Ainda em conformidade com Zimmerman, o *trespass* dispensava a prova dos danos, pois eles já eram considerados *per se*, ou seja, como uma decorrência automática do ato lesivo descrito pelo autor. O *case*, ao contrário, exigia que o autor da demanda comprovasse não apenas os danos que alegava haver sofrido como ainda o dolo ou a culpa do réu.²²

Com o tempo, formalizou-se o processo de desmembramento do *trespass*, que passou a referir-se unicamente aos ilícitos envolvendo a interferência dolosa (*intentional*) na propriedade de outras pessoas, sejam bens móveis (*trespass to chattels*), seja o esbulho e demais turbações à posse ou propriedade imobiliária (*trespass to land*). Juntamente com eles, outras formas de interferência à propriedade são mencionadas na jurisprudência anglo-saxã como as consequências decorrentes de uma interferência indireta na propriedade alheia (*nuisance*) e outras formas modernas de delitos de natureza econômica (*economic torts*).

Os danos intencionalmente infligidos contra as pessoas mereceram tipificação própria e que constituem, atualmente, *torts* como *battery* (formas de agressão física contra a pessoa, eventualmente chamados de *wounding*, *mayhem*, *maiming* na literatura inglesa mais antiga),

²⁰ “ZIMMERMANN, Reinhard. *Op. Cit.* p. 907.

²¹ SCHWARTZ, Victor E; KELLY, Kathryn; PARTLETT, David F. *Prosser, Wade, and Schwartz's torts. cases and materials*. 12ed. New York: Foundation Press/Thomson, 2010. p. 4.

²² ZIMMERMANN, Reinahard. *Op. Cit.* p. 910.

assault (ameaça iminente de lesão corporal), o *false imprisonment* (atentados à liberdade individual) e, mais recentemente, o chamado *Intentional infliction of emotional distress* (infilção propositada de aflição mental).

Duas relevantes observações devem ser anotadas especialmente quanto ao delito de *assault* e o de *Intentional infliction os emotional distress*, pois ambos – e em especial o último – representam ofensas morais puras. Isso prova como é fluida a linha comparativa entre a *Common Law* e os países continentais. Enquanto estes, supostamente mais adiantados no processo de sistematização da Responsabilidade Civil, passaram décadas discutindo a pertinência do dano moral, o pragmatismo anglo-saxão já os reconhecia, ainda que de maneira pontual por meio desses dois *torts*.

No caso do *assault* o delito visava à defesa do interesse de alguém em não sofrer a apreensão decorrente de uma iminente lesão física, ou de um contato ofensivo.²³ Por isso, nesses casos, uma das elementares mais importantes é a análise de *quão iminente* será a lesão, visto que aqueles mediatos não configuram o *tort*.

É considerado um dos *torts* mais antigos do Direito Medieval Inglês. Com efeito, existe registro de seu reconhecimento já no ano de 1348, quando um marido postula os danos decorrentes do medo (*fear*) decorrentes da iminente agressão física

A *Intentional infliction of emotional distress*, também chamado de *tort of outrage* nasce da evolução do *assault*, que, por sua vez, já consistia um avanço em relação sobre o *tort of battery*. Ele foi reconhecido em *Wilkinson v. Downton* pelo 2. QB 57 no ano de 1897.

Até então, o costume judiciário dizia que o *tort* de *assault* não abrangeria a lesão puramente psicológica. Para que houvesse *assault*, como visto, a agressão deveria ser iminente além de corresponder a um possível impacto físico sobre a pessoa da vítima. Não existindo essa correlação, não haveria delito uma vez que a *Common Law* de modo geral também tinha dificuldades em aceitar a existência de uma dano indenizável na infilção de uma lesão puramente psicológica.

Em *Wilkinson v. Downton* esse obstáculo é superado ao se aceitar que a agonia, a dor pura, o abalo psíquico também são lesões, na medida em que abalam a integridade psicossomática do indivíduo. O caso decorreu de uma brincadeira de mau gosto, daí porque ser igualmente conhecido como *outrageous tort*, ou seja, o delito de ultraje.

²³ “The intentional tort of assault protects one’s interest in being free from the apprehension of iminente harmful or offensive contact” (BEST, Arthur; BARNES, David W. *Basic Tort Law. cases, satutes and problems*. 2 ed. New York, Aspen. 2007. p. 39). Algo que, numa escala grande, poderia ser comparado ao que a Doutrina italiana denomina de *lucida agonia in consapevole attesa dela fine*. Sobre o tema, cf.: DI LAURO, Antonino Procida Mirabelle. *La Responsabilità Civile. Strutture e funzioni*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 51

Por pura pirraça, *Downton* diz para a senhora *Wilkinson* que o marido tinha sofrido um grave acidente, do qual teria resultado duas pernas quebradas, e que ela deveria se dirigir ao local do acidente o mais rápido possível. A brincadeira produziu um choque emocional violento na mulher, que ficou semanas sem trabalhar em decorrência de seu estado de nervos.

Essa lesão, que não decorria nem de uma *battery* e nem de um *assault* foi reconhecida como *infliction of emotional distress*. São consideradas, assim, elementares desse *tort* a ação intencional²⁴, que essa ação seja ultrajante e que dela resulte para a vítima um grave sofrimento emocional, mas não é necessário que, dele, resulte alguma consequência corpórea, bastando que seja puramente psicológica.

A consciência do caráter inapropriado da conduta, em todos os *intentional torts*, decorre seja do desejo propriamente dito, o dolo direto como nós comumente o designamos, seja da substancial certeza (*substantial certainty*) de que seus atos teriam consequências ilícitas. Nesse último caso, parece haver uma clara correspondência com o que se designa como dolo eventual na literatura de tradição romanista.

A fórmula da *substantial certainty* remonta, ainda que de forma embrionária, ao julgamento de *Vosburg v. Putney* pela Suprema Corte do Wisconsin, no ano de 1890. Uma criança hemofílica (*Vorsburg*) foi chutada por outra (*Putney*) na escola onde estudavam, resultando na perda funcional da perna da vítima.

Uma das alegações da defesa foi a de que não se poderia razoavelmente esperar que o agressor soubesse que aquele chute iria resultar a consequência sofrida. Segundo o Tribunal não era preciso exigir uma perfeita certeza sobre os efeitos do ato. A simples a possibilidade desse resultado, considerando as peculiaridades do caso, seria suficiente para impor o dever de indenizar.²⁵ Em *Garratt v. Dailey*, a fórmula da *substantial certainty* adquire sua conformação mais atual.²⁶ Assim, se o autor do dano tem a consciência de que seu ato irá resultar alguma lesão para a vítima, o delito estará configurado.

O estudo dos *intentional torts*, ainda hoje, leva consigo esse lado arcaico do *Tort Law*. Cada *tort* tem, a exemplo dos tipos penais, suas próprias elementares, que necessitam ser estritamente e concretamente constituídas para que se possa admitir a correspondente indenização, salvo, claro, a possibilidade de se reconhecer no caso levado à juízo uma *matter of first impression* e, a partir daí, reconhecer a existência de um novo *tort* (*overruling*).

²⁴ Que também poderá ser decorrente de uma conduta extremamente imprudente (*reckless*), ou baseada na quebra do dever de cuidado, a qual será objeto de análise própria dentro do *tort of negligence* e que vem a ser conhecida como *negligente*

²⁵ Fonte: <http://cyber.law.harvard.edu/torts01/syllabus/readings/sd1-vosburgvputney.html>. Consultada em 09.09.2013.

²⁶ Fonte: <http://cyber.law.harvard.edu/torts3y/readings/update-a-01.doc>. Consultada em 09.09.2013.

3 O TORT OF NEGLIGENCE E A SISTEMATIZAÇÃO DO TORT LAW.

Somente em um momento bem posterior é que a *Common Law* começa a enxergar nos *torts* uma categoria jurídica autônoma. Isso irá acontecer, sobretudo, devido ao reconhecimento do *tort of negligence* ao longo dos Séculos XIX e XX.

A prática judiciária inglesa havia passado a admitir a *action on the case* também para as situações onde a dificuldade em encontrar um nexos de causalidade suficiente entre o dano e a conduta lesiva estava associada à culpa (ou simplesmente negligência). De forma gradual, percebeu-se que a alegação de negligência tinha pressupostos diferentes das demais espécies de *torts* e, assim, mereceria enquadramento próprio.

O reconhecimento do *delito de negligência* representou, portanto, o giro copernicano em matéria de *Tort Law*. Mercê de sua natural amplitude, houve um consequencial rompimento com caráter fracionário dos delitos anteriores.²⁷ E, uma vez que *tort of negligence* já não possuía as mesmas elementares fixas dos *intentional torts*, permitiu uma mais clara aproximação teórica da *Common Law* com os modelos continentais.²⁸

Contudo, é somente no julgamento de *Donoghue v Stevenson*, em 1932, pela *House of Lords*, que a revolução iniciada no Século XIX vai ser completada. De fato, é apenas nesse *leading case* que definitivamente são assentadas as bases de um dever genérico de cuidado.

A influência do costume judiciário fez com que se continuasse atrelando a ideia de *action (upon the case)* também para o delito de negligência. Como consequência, não se predicava a existência de um dever geral de cuidado e sim de um dever de cuidado existente para cada situação definida no ordenamento.

Assim, por exemplo, em *Ansell v. Waterhouse*, de 1817, a Corte declara que é “uma conduta negligente ou intencional da parte demandada, em fazer ou omitir alguma coisa

²⁷ WHITE, G. Edward. *Op. Cit.* p. 107.

²⁸ Thomas Atkins Street desenvolve um raciocínio muito semelhante àquele feito quase dois séculos antes por Pothier, procurando ver no *tort of negligence* uma forma de ilicitude que não era propriamente delitativa, pois baseada não na intenção de proceder ilicitamente e sim por força de uma deficiência no dever de cuidados a todos impostos (*Breach of Duty*). É dizer, vendo nela, sem o dizer explicitamente, um verdadeiro *quasi delicto*. No original: “In placing *torts* of negligence in the suggested classification, one would be found that in so far as liability should be conceived as arising from positive acts these wrongs should be placed under the head of Delict, but in so far as liability should be conceived as arising from omission, they should be placed under the head of Breach of Duty. Negligence thus lies along the equatorial belt which divides one hemisphere of legal liability from the other” (STREET, Thomas Atkins. *The Theory and Principles of Tort Law*. (reimp.) Washington, DC: BEARD book, 1999. p. 87).

contrarária ao dever que a lei elenca sobre ele no caso particular”²⁹ Desse modo, durante muito tempo, o que se discutiu nos tribunais anglo-saxões foi o estabelecimento, por meio de *cases*, das situações fáticas onde haveria esse dever preexistente.

Em *Donoghue v Stevenson*, entretanto, a *House of Lords* passa a divisar uma espécie de princípio geral, segundo o qual todos teriam o dever legal de respeitar os interesses das demais pessoas com quem se convive. Denominado de *neighbour principle*, decorreu do argumento utilizado por Lord Atkin para afirmar que, independentemente de qualquer outra relação jurídica anterior, uma pessoa é compelida pela Moral e também pelo Direito a não incidir em qualquer conduta lesiva a terceiros.

Atkin inicia seu voto destacando exatamente como é difícil achar normas de aplicação geral definindo as relações entre as partes que fazem nascer o dever de cuidado. Observa que, como dito acima, os tribunais ingleses e escoceses nada mais fizeram que *classificar deveres* em função de relações jurídicas particulares. Contudo, prossegue o juiz, algum elemento comum deve sobrepor-se a todos eles, de maneira que exista um princípio geral ou uma definição ampla que permita antever nisso tudo um único delito.

A conclusão de Lord Atkin é considerada uma das passagens mais famosas da matéria, sendo uma das pilstras fundamentais do que os autores da *Common Law* denominam de moderna Responsabilidade Civil (*modern tort law*). Pela sua relevância, é de interesse reproduzi-la:

Ao momento eu me contento em pontuar que no Direito Inglês deve existir, e existe, alguma concepção geral de relações dando cabimento ao dever de cuidado, dos quais os particulares casos achados nos livros não são mais que casos raros. A responsabilidade pela negligência, queira-se denomina-la ou tratá-la como em outros sistemas como uma espécie de *culpa*, é indubitavelmente baseada sob um sentimento público de condutas moralmente vedadas pelas quais o ofensor deve pagar. Porém atos ou omissões os quais qualquer código moral censurariam não podem no mundo prático serem tratados como se desse direito a toda pessoal lesionada por eles a postular alguma indenização. Nesse sentido regras jurídicas surgem, as quais limitam o alcance dos demandantes e a extensão das medidas (jurídicas). A regra que diz que você deve amar seu próximo torna-se no Direito, você não deve lesionar seu próximo; e a pergunta do advogado, quem é meu próximo(?) recebe uma resposta objetiva. Deve-se ter prudência para evitar atos ou omissões os quais você pode razoavelmente prever como sendo possíveis de lesionar seu próximo. Quem, então, é (considerado) meu próximo pelo Direito? A resposta parece ser – pessoas que estejam tão perto e tão diretamente afetadas pelo meu ato que eu necessito de modo razoável tê-lo em contemplação [...].³⁰

²⁹ “the negligent or wilful conduct of the party sued, in doing or omittin something contrary to the duty which the law casts on him in the particular case”

³⁰ “At present I content myself with pointing out that in English law there must be and is some general conception of relations, giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances. The liability for negligence whether you style it such or treat it as in other systems as a species of "culpa," is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay. But acts or omissions which any moral code would censure cannot in a practical world be treated so as to give a right to every person injured by them to demand relief. In this way rules of law arise which limit the

É nítida, como se percebe, a associação entre o argumento de Atkin e a concepção romana do *neminem laedere*, postulado esse que terminou, no período justiniano, dando uma conformação mais ampla à *Lex Aquilia*. Com *Donoghue v Stevenson*, finalmente nasce na *Common Law* uma espécie de cláusula geral da Responsabilidade Civil.

Desse modo, além dos *torts intencionais*, havia a possibilidade de se encontrar na quebra do dever de cuidado, agora alçada a condição de *standard* de conduta, um fundamento jurídico autônomo para fins de imposição do dever de indenizar.

Não se deve, todavia, confundir *negligence* com o *tort of negligence*. A negligência é a parte fundamental desse *tort*, referida no *breach of duty*. Contudo, o *tort* em si é composto de mais dos pressupostos: a própria existência de um dever de cuidado (*a duty of care*) e a causação de danos em decorrência da violação desse dever de cuidado (*damages caused by the breach*).

Além disso, a negligência delitiva (*tortious negligence*) não foi tratada sob o ponto de vista psicológico, como estado mental. Essa provavelmente seja, estruturalmente, sua grande diferença em relação à doutrina da *faute* continental. É o que ensina, por exemplo Peter Cane: não se trata de um estado mental, mas antes da incapacidade de alcançar um certo padrão de conduta.³¹ Por isso mesmo, os tribunais anglo-saxões via de regra não aceitavam defesas baseadas na insanidade, ou incapacidade mental.³²

Por fim, *Donoghue v Stevenson* sinaliza no sentido de uma responsabilidade presumida, não, porém, objetiva. Como será esclarecido em vários outros julgados, a negligência deve ser inferida levando-se em consideração o grau de probabilidade de uma conduta praticada ser previsivelmente a causa hipotética do dano. Desse modo, a questão crucial é a de saber se, na

range of complainants and the extent of their remedy. The rule that you are to love your neighbour becomes in law you must not injure your neighbour; and the lawyer's question "Who is my neighbour?" receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who then in law is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation" (fonte: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/100.html>. Consultada em 09.09.2013).

³¹ No original: "A fundamental difference in tort law between deliberation, intention and recklessness on the one hand and negligence on the other is that whereas the former concepts refer to states of mind, negligence refers to a standard of conduct. Tortious negligence is not a state of mind but rather a failure to reach a certain standard of conduct." (CANE, Peter. *The Anatomy of tort Law*. Oxford: Hart Publ., 1997. p 36). No mesmo sentido: FRIEDMAN, Lawrence. *Op. Cit.* p. 351. Isso, todavia, não é pacífico, pois muitos autores revelam uma simbiose da noção de culpa, *faute* também em inglês, por meio da influência da literatura europeia.

³² EPSTEIN, Richard A. *A Theory of Strict Liability*. *The Journal of Legal Studies*. vol. 2, No. 1 (Jan., 1973), p. 152 [151-204] (disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/724030?uid=2134&uid=2473322407&uid=2&uid=70&uid=3&uid=2473322397&uid=60&sid=21102635425243>. Consulta realizada em 09/09/2013)

situação concreta, o risco de causar o dano é relevante a tal ponto que uma pessoa razoável passe a tomar certas precauções para impedi-lo.³³

Esse é o teste fundamental do *tort of negligence*. Contudo, em *Donoghue v Stevenson* examinava-se a responsabilidade um produto industrializado com vício de segurança, a saber, uma cerveja de gengibre engarrafada com pedaços de caracol e suas conclusões, na verdade, foram ainda mais amplas, pois terminou servindo de embrião para o desenvolvimento da responsabilidade objetiva, como se verá adiante.

Nada obstante, a *Common Law* sempre pareceu tender em certa medida à “presunção da culpa” no *tort of negligence*. Com efeito, bem antes de *Donoghue v Stevenson*, ela já havia sido entabulada uma doutrina judicial conhecida como *re ipsa loquitur* (a coisa fala por si mesma). Ela surge em *Byrne v. Boadle*, uma demanda de danos que teve como causa as lesões corporais sofridas pelo autor (*Byrne*). Os fatos eram incontroversos, porém a defesa afirmava que não havia prova da quebra do dever de cuidado.

Sir. Charles Pollock, um dos últimos barões da centenária Corte de Exchequer, propõe um raciocínio tão simples quanto eficaz: “um barril de farinha não rola de um depósito, senão com certa negligência.”

Esse seria, prossegue Pollock, um exemplo no qual a coisa falar por si (*res ipsa loquitur*). Dizer, sob tais circunstâncias que o demandante necessitaria chamar uma testemunha para provar a negligência do armaém “parece ser um desperato”, conclui o juiz.³⁴

Mais recentemente, em *United States v. Carrol Towing Co.*, do ano de 1948, houve uma clara aproximação do *tort of negligence* com a responsabilidade objetiva. Essa decisão constitui, com efeito, verdadeiro *leading case*, inaugurando o uso da ideia de análise de custo-benefício na Responsabilidade Civil, mas não chegou, segundo a doutrina mais arraçoada, a admitir um critério de imputação objetiva na medida em que continua valendo-se da *razoabilidade* como *standard* de contida excludente do dever de indenizar.³⁵

A proposta pelo juiz Learned Hand para determinar se houve, diante de um fato concreto, a quebra de um dever de cuidado tomou por base o teorema de Coase. O custo da

³³ LUNNEY, Mark; OLIPHANT, Ken. *Tort Law. text and materials*. 3 ed. Oxford: Oxford Universty, 2008. p. 161.

³⁴ “A barrel could not roll out of a warehouse window without negligence. This is an example of a case in which *res ipsa loquitur* (“the thing speaks for itself”) applies. It is evident that the barrel was in the custody of Boadle and its falling is *prima facie* evidence of negligence. A plaintiff who is injured in a such a fashion should not be required to show that the barrel could not fall without negligence. A rebuttable presumption is created that Boadle was negligent and he has the burden to prove that he was not.” Summary of *Byrne v. Boadle*, 2 H. & C. 722, 159 Eng. Rep. 299. Exch. 1863. (fonte: <http://www.lawnix.com/cases/byrne-boadle.html>. Consultada em 09.09.2013)

³⁵ Cf. EPSTEIN, Richard. *Op. Cit.* p 154.

prevenção passa a ser o objeto central das preocupações na fórmula de Hand, que ficou assim conhecida:

$B < PL$, onde:

B - os custos para a prevenção dos danos (*burden*);

P – a probabilidade de que ocorram os danos; e

L – a gravidade dos danos.

Assim, os custos devem ser menores que $B \times L$ para que alguém venha a ser considerado como negligente. Ou seja, se para prevenir um evento ilícito os custos que alguém tenha de empreender forem maiores que a probabilidade da ocorrência dos danos vezes sua gravidade, não haveria responsabilidade.

A fórmula de Hand tem sido fortemente criticada pela doutrina, sendo realmente difícil acreditar que ela tenha aplicação prática. Mesmo do ponto de vista estritamente teórico, suas noções são vagas e se deixa de lado que, em muitas ocasiões não há custos a considerar não estão internalizados, ou mesmo sequer os há. De todo modo, o teorema proposto por Hand demonstra de modo incontestante como a tradição anglo-saxã tinha uma concepção nada subjetiva do *tort of negligence*.

O *tort of negligence*, portanto, não apenas outorga um grau sistemático de maior complexidade à Responsabilidade Civil na *Common Law* como ainda o faz em bases bem mais objetivas que sua homóloga continental. Para inibir sua extensão, como muitas vezes se temeu, a tradição anglo-saxã recorrerá a expedientes, que hoje reconhecemos como próprios da responsabilidade com imputação objetiva, o que terminaria contribuindo para seu reconhecimento como forma de reação ao caráter draconiano dessas excludentes.

É o caso da doutrina da *contributory negligence*, que deve ser traduzida não ao pé da letra e sim como verdadeiro uso da excludente da *culpa exclusiva da vítima*. O problema é que um mínimo nível de descuido do lesado servia para que os tribunais não conhecessem da demanda.³⁶ Isso decorria, em muito, das peculiaridades do processo judicial do *Common Law* que, em muitas jurisdições, remete para o júri a decisão final de mérito nas demandas de Responsabilidade Civil.

³⁶ O caso, sempre mencionado pela doutrina norte-americana, de *Haring v. Nwe York and Erie Rr. Co.*

Havia o receio de que os jurados fossem mais sensíveis aos queixosos e não seguissem a estrita técnica jurídica, sobretudo no que dizia respeito à fixação da indenização. Por isso, procurava-se eliminar a pretensão na sua fase de admissibilidade, submetida ao juiz togado. A *contributory negligence* passou a ser considerada como uma das mais draconianas fórmulas do *Tort Law* na medida em que não permitia qualquer grau de ponderação. Uma simples falha da vítima, como dito seria suficiente para comprometer toda a ação.

A necessidade de humanização da Responsabilidade Civil, como dizem os autores anglo-saxões, fez com que houvesse uma manifesta evolução da doutrina da *contributory negligence*, que agora é denominada de *comparative negligence*, estando ao momento estruturada sob bases mais equitativas e proporcionais.

A primeira clara relativização da *contributory negligence* ocorreu em outro célebre caso: *Davies v. Mann*, julgado em 1842 na Inglaterra. O caso dizia respeito a um acidente de um asno, pertencente a Davies, morto em razão do atropelamento levado a efeito pela charrete conduzida por Mann. O quadrupede estava acorrentado para dentro da via, uma manifesta demonstração de *contributory negligence*. Contudo, a Corte considerou que o réu tinha uma efetiva oportunidade de evitar o acidente acaso estivesse dirigindo com razoável cuidado, ao contrário do que foi apurado nos autos.

A doutrina judicial que nasce com *Davies v. Mann* é, por isso mesmo, chamada de *last clear chance*, a última oportunidade real, numa tradução não literal. Se o causador do dano tem a chance de evitá-lo usando de uma diligência ordinária, a eventual *culpa* da vítima não exclui sua responsabilidade.³⁷

A *comparative negligence* é genericamente concebida sob duas distintas modalidades: a) a pura (*pure*); b) *modified* (modificada). Ambas baseiam-se na ideia de gradação, de modo que quanto maior for a interferência causal da vítima para o evento danoso, menos ele terá como indenização. A diferença entre elas é o caráter mais equitativo da primeira em correspondência ao critério mais matemático da segunda.³⁸

Em todo caso, a severidade no uso da *contributory negligence* faz com que, atualmente, seja dito que, salvo situações extremas, a vítima não fica impedida de receber alguma forma de indenização, devendo o júri avaliar seu montante. A tendência, portanto, é de que a participação do autor no delito seja enxergada como forma de culpa concorrente e não exclusiva.

³⁷ Fonte: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/678/>. Consultado em 09.09.2013. Sobre as derivações da doutrina nos Estados Unidos, ver ainda WHITE, G. Edward. *Op. Cit.* p. 47.

³⁸ BEST, Arthur; BARNES, David W. *Op. Cit.* p. 297.

4 *STRICT LIABILITY* E OUTRAS TENDÊNCIAS.

O *Tort of negligence* representou um notável avanço. Se os delitos intencionais (*intentional torts*) continuaram sendo tipificados de modo segumentário, com o reconhecimento da ausência de cuidado como justificativa genérica para todos os casos envolvendo a negligência, praticamente se evoluiu para a construção de uma cláusula geral de Responsabilidade Civil.

Contudo, impunha, a exemplo da *faute* prevista no art. 1.382 do Código Napoleão, que primeiro se buscasse um culpado para que o dano fosse indenizado. A indenização (*recovery*) não tinha lugar apenas porque houve um dano, mas sobretudo porque havia um culpado: alguém que viola um dever jurídico e, assim, torna-se responsável perante a vítima.

Lawrence Friedman explica, sob uma perspectiva econômica, a responsabilidade baseada na culpa era a única que poderia servir ao Século XIX. Qualquer forma de responsabilidade objetiva, diz o professor de Stanford, seria extremamente perigosa, pois poderia ter levado ao estrangulamento completo da economia. “Se as ferroviária e empresas em geral tivessem que pagar por todos os danos causados ‘por acidente’, talvez elas não tivessem sobrevivido ou prosperado.”³⁹

A revolução industrial iniciou-se na Inglaterra e, duranteo Século XIX, teve um inigualável desenvolvimento nos Estados Unidos. Desse modo, antes mesmo que os países de tradição continental, Estados Unidos e a Inglaterra viram-se frente ao fenômeno que iria caracterizar a Responsabilidade Civil atual: os acidentes anônimos.

Os acidentes de larga escala, com efeito, fizeram-se sentir na Inglaterra antes de qualquer outro país. Vários estados norte-americanos já haviam aprovado no início do Século XX uma série leis surgidas no início da

A incongruência entre a realidade e o *standard* legal, que na França levou Gaston Morin a falar de uma revolta dos fatos contra o Código, é a mesma verificada no Direito anglo-saxão e que levará Lawrence Friedman a caracterizar esse período como sendo o de “ninguém para culpar” (*nobody to blame*). Sem “ninguem para culpar”, varios casos eram extintos sem serem

³⁹ A passagem completa, no original: “In the mind of the nineteenth century, absolute liability might have been too dangerous; it might have strangled the economy altogether. If railroads, and enterprise generally, had to pay for all damage done ‘by accident’ perhaps they would not survive, or would not thrive” (FRIEDMAN, Lawrence. *Op. Cit.* p. 351).

levados ao juri, gerando ao longo dos anos comoção social e fomentando, na doutrina, a necessidade de rever as bases conceituais do *tort of negligence*.

Contudo, diferentemente dos modelos continentais, a *Common Law* nunca opôs grande resistências ao reconhecimento de delitos baseados numa simples apreciação objetiva da causalidade lesiva. A noção de *torts per se* encontrada no antigo Direito Inglês, de fato, alude tanto à inexistência de danos físicos propriamente ditos como, ainda, à ausência da perquirição de qualquer intenção (ou culpa) do agressor. Isso, por sinal, foi o que permitiu que na tradição anglo-saxão não houvesse uma concepção estritamente subjetiva do *tort of negligence*.

Por outro lado, o decisionismo inerente à *Common Law* permitiu que, ao lado da solidificação do *tort of negligence*, fossem julgadas questões que manifestamente invocavam princípios de uma forma diversa de responsabilidade, denominada por lá de *strict liability*, responsabilidade estrita, se traduzida literalmente. Também denominada muitas vezes como *absolute liability* (responsabilidade absoluta), caracteriza-lhe precisamente a desnecessidade que a vítima do dano tem de demonstrar qualquer forma de *mens rea*, seja intencional, seja por negligência, vinda do ofensor.

A miríade de fontes da *Common Law*, portanto, fez com que não houvesse um desenvolvimento linear da ideia de responsabilidade objetiva, pois em alguma medida ela já se encontrava latente ao longo de toda a história dos *torts*, desde o nascimento do *trespass*. De forma mais recente, contudo, o reconhecimento da *strict liability* está diretamente associado ao julgamento, também pela *House of Lords*, de *Rylands v. Fletcher* em 1868, oportunidade na qual o *tort of nuisance* foi utilizado para permitir uma responsabilidade por atividades ultra perigosas (*liability for extra hazardous activities*) sem que, para isso, fosse necessário examinar qualquer quebra de dever de cuidado, ou intenção dos envolvidos.

Em seu famoso voto, o Lord Chancellor destaca:

[...] e se em consequencia de ter agido assim, ou em consequencia de uma imperfeição no modo de atuar desse jeito, a água veio a escapar e escorrer para a propriedade do autor, então parece para mim que o que os réus estavam fazendo, eles estavam fazendo por seu risco próprio; e, se no curso do seu agir, surgiu o mal que eu tinha referido, o mal, nomeadamente, do vazamento da agua e sua passagem para a propriedade do autor e lesionando o autor, então em consequencia disso, em minha opinião, os réus devem ser responsáveis.⁴⁰

⁴⁰ “[...] and if in consequence of their doing so, or in consequence of any imperfection in the mode of their doing so, the water came to escape and to pass off into the close of the Plaintiff, then it appears to me that that which the Defendants were doing they were doing at their own peril; and, if in the course of their doing it, the evil arose to which I have referred, the evil, namely, of the escape of the water and its passing away to the close of the Plaintiff and injuring the Plaintiff, then for the consequence of that, in my opinion, the Defendants would

Outro notável avanço foi a progressiva decocarrada da doutrina conhecida como, *the fellow servant rule*. Pronunciada em *Priestley v. Fowler* (1837), ela impedia a um trabalhador reclamar, do empregador, os danos sofridos no local de trabalho em decorrência da negligência de outro empregado. Permitia-se, assim, tão-somente a ação de um contra o outro, mas o dono da empresa, ou a empresa mesma, ficava excluída da relação. Sua gradual supressão, por óbvio, também pavientou o caminho para o reconhecimento de uma *strict liability* no âmbito das relações de trabalho.

Nos Estados Unidos, surgiram as primeiras manifestações legais da responsabilidade objetiva já na segunda metade do Século XIX exatamente para restringir a aplicação da *fellow servant rule* no âmbito do transporte ferroviário. Até o fim da primeira década do Século XX, ela já estaria completamente abolida, em decorrência em boa medida de uma inovadora lei federal sobre o tema: a *Federal Employers Liability Act* (FELA), de 1908.

Justamente por não envolver atividade mental, ou padrão de conduta, não se diz que exista um *tort* de *strict liability*. Ela, embora sendo um capítulo necessário do *Tort Law* supera essa visão de simples ilicitude. Portanto, trata-se de uma forma diferente de responsabilidade em relação ao secular direito dos *Torts*.

Com a contribuição posterior da Análise Econômica do Direito, a compreensão da *strict liability* passou a ser vista sob uma dimensão distinta. As eventuais dúvidas morais ou reservas em relação à imputação objetiva, que se enuncia na *Common Law* de modo idêntico ao que se faz nos países de tradição continental, encontram-se bastante arrefecidas mercê das apropriadas elucidacões levadas a efeito pela doutrina atual.

Ainda assim, subsiste certa resistência a um uso indiscriminado da *strict liability*. Em um provocador artigo, Richard Posner desafia as vantagens da escolha do modelo de responsabilidade objetiva também sob uma perspectiva nomeadamente econômica.⁴¹ Tais considerações são reforçadas por outros autores de relevo atual, como Cass Sunstein e não raro alguns tribunais, como a Corte Suprema do Illinois que recentemente afirmou que se não lhe forem postos freios, poderia converter-se em verdadeira Caixa de Pandora pelo grau ilimitado de responsabilidade.

be liable.” (*Rylands v. Fletcher*. Fonte: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1868/1.html>. Consulta realizada em 09.09.2013).

⁴¹ Cf. POSNER, Richard A. *The Journal of Legal Studies* Vol. 2, No. 1 (Jan., 1973), pp. 205-221. (disponível em <http://www.jstor.org/stable/724031>. Consulta realizada em 09.09.2013).

Atualmente, a *strict liability* tem uso em uma série de setores da economia, como no caso dos danos decorrentes de produtos industrializados, de atividades perigosas, com sério potencial de dano ou alto grau de risco, efeitos nocivos sobre a propriedade alheia (*nuisance*) e animais selvagens.⁴² Mais recentemente, o direito ambiental tem, também na *Common Law*, sido um terreno amplo para a aplicação da *strict liability*.

Saber quais os limites – supondo que eles existem - para a aplicação da *strict liability* constitui, assim, uma pergunta ainda sem resposta. Ou, por outras palavras, onde termina a *negligence* e começa a *strict liability*. A sinalização tem sido, a exemplo dos antigos *torts* intencionais, mais casuística que prospectiva. Contudo, não resta dúvidas, desde de *Rylands v. Fletcher* que sua admissão encontra-se plenamente justificada pela noção da assunção de um risco em determinadas condições.

O que não se deve é incorrer na ilusória e algo ingênua suposição de que um sistema de Responsabilidade Civil, seja na *Common Law*, seja no plano continental, possa ser firmado, hoje em dia, sob uma única base conceitual. *Intentional Torts*, *Negligence* e *Strict Liability* são modais que terminam confluindo para fins próximos e, através de construções mutualistas, convivem em satisfatória harmonia.

Isso porque, como deixa claro Guido Calabresi, apenas um sistema mixto, que comungue elementos de responsabilidade subjetiva como objetiva, como ainda outros de restrição específica é se obterá um sistema de controle de acidentes não apenas eficaz como justo.⁴³

05 CONCLUSÃO

De um Direito fragmentário e medieval, que tinha institutos mais próximos do Direito Penal que do que do Direito Privado, a *Common Law* apenas começa a sistematizar sua Responsabilidade Civil no Século XIX, com o reconhecimento do *tort of negligence*. Contudo, essa evolução histórica, não elimina a noção de *intentional torts*, nascido com *trespass to the*

⁴² Mas em alguns casos, considera-se que a responsabilidade é devida apenas pela falta do dever de cuidado, ou seja, incide o *tort of negligence* e não a *strict liability*. É o caso das questões envolvendo o processo de produção desses produtos e ainda a publicidade adequada das advertências de segurança desses produtos.

⁴³ CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents. a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University, 1970. 312.

person e que ainda hoje tem uma dinâmica de tipificação normativa desses ilícitos possuidores, cada um, de elementares próprias.

Entretanto, a partir da *negligence* passou a existir certa tendência de aproximação do modelo do *Common Law* com o Direito continental a partir da construção de um conceito mais amplo de ilicitude. Isso foi motivado pelo aumento sensível do número de eventos lesivos ocorridos após a Revolução Industrial. Não é por acaso, portanto, que esse movimento de amplitude da noção de ilicitude, que rompe com a antiga sistemática, tenha ocorrido justamente na Inglaterra e nos Estados Unidos, justamente no auge de seu processo de industrialização.

O *tort of negligence* segue o *standard* do homem prudente, sentido que se pode ser inferido da tradução da expressão *reasonable man*. Provando que agiu de modo *razoável*, não seria o autor do dano imputável. As fontes norte-americanas e inglesas revelam, portanto, uma clara correspondência entre o *careless* e a *faute* sobre a qual também foi assentada a responsabilidade nos países continentais, salvo o fato de que na tradição da *Common Law* ela é vista realmente como uma conduta padronizada e não como um estado psicológico como ocorreu com sua homóloga continental.

As doutrinas judiciais que se desenvolveram em torno do *tort of negligence* constituem, ainda hoje, uma das expressões mais ricas da *Common Law* para fins comparativos. Com efeito, os institutos que nascem da partir da *negligence* como o *per se*, o *re ipsa loquitur* e a própria fórmula de Hand podem servir de fonte inspiradora para a criação de institutos assemelhados em países de tradição continental, como o Brasil, que ainda possuem questões para aprofundar nesses temas.

Ainda nesse turbilhão de eventos, construiu-se uma forma de imputação idêntica à responsabilidade aqui denominada de objetiva. A exemplo dos antigos *torts*, com efeito, seu âmbito de aplicação, como seu nome, ainda é relativamente estrito. A *strict liability* ainda desafia os esforços de sistematização da doutrina para sua melhor compreensão, ou pelo menos, para que possa ter uma incidência mais genérica.

De acordo com a opção ideológica de cada autor ou jurisdição, que no *Tort Law* de hoje possui um conteúdo econômico cada vez mais explícito, haverá maior ou menor espaço para a *strict liability*. Não restam dúvidas, contudo, de sua vocação redimensionadora do *Tort Law*, que

com seu uso passa a ficar mais próximo das vítimas e menos abastados, bem como de sua importância como fator de alocação de custos em uma sociedade global de mercado.

REFERÊNCIAS:

BEST, Arthur; BARNES, David W. *Basic Tort Law. cases, statutes and problems*. 2 ed. New York, Aspen. 2007.

BUCKLAND, William. *Roman Law & Common Law: a comparison in outline*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University, 1952.

CANE, Peter. *The Anatomy of tort Law*. Oxford: Hart Publ., 1997.

CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents. a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University, 1970.

DE CUPIS, Adriano. *Il Danno*. Milano: Giuffrè, 1976.

DI LAURO, Antonino Procida Mirabelle. *La Responsabilità Civile. Strutture e funzioni*. Torino: Giappichelli, 2004.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. de Hermínio Carvalho. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

EPSTEIN, Richard A. *A Theory of Strict Liability*. *The Journal of Legal Studies*. vol. 2, No. 1 (Jan., 1973), p. 152 [151-204] (disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/724030?uid=2134&uid=2473322407&uid=2&uid=70&uid=3&uid=2473322397&uid=60&sid=21102635425243>)

FRIEDMAN, Lawrence M. Simon. *A History of American Law*. New York: Simon & Schuster, 2005.

GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2 ed. Columbus: Ohio University, 1995.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

LUNNEY, Mark; OLIPHANT, Ken. *Tort Law. text and materials*. 3 ed. Oxford: Oxford University, 2008.

PLUCKNETT, Theodore F. T. *A Concise History of The Common Law*. 5 ed. Union (New Jersey): The Lawbook Exchange, 2001.

STREET, Thomas Atkins. *The Theory and Principles of Tort Law*. (reimp.) Washington, DC: BEARD book, 1999.

WATSON, Alan. *Roman Law and Comparative Law*. Athens (Georgia): University of Georgia Press, 1991.

WHITE, G. Edward. *Tort Law in America*. an intellectual history. New York: Oxford Press, 2003.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligation*. roman foundations of the civilian traditions. Cape Town: Juta & Co., 1992.