

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Fernando Gaburri

Indenização de danos por atividades perigosas lícitas

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO-SP
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Fernando Gaburri

Indenização de danos por atividades perigosas lícitas

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito – Direito das Relações Sociais – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da professora doutora Maria Helena Diniz.

Banca Examinadora

SÃO PAULO-SP
2008

RESUMO

O escopo do presente trabalho é analisar a situação legal, jurisprudencial e doutrinária em que se encontram os critérios de fundamentação e imputação da responsabilidade civil extracontratual. A culpa como principal fonte de responsabilidade tornou-se, indiscutivelmente, insuficiente frente aos avanços industriais e tecnológicos experimentados em todo o mundo. Os acidentes causados em estradas de ferro, pessoas engolidas por máquinas, acidentes aéreos, dentre outros fatores, fizeram com que, em certos casos viesse a ser adotada a teoria da responsabilidade fundada no risco, sem verificação de culpa. Alargou-se a idéia de risco no século passado, no entanto há situações nas quais esta já se vê insuficiente. Daí falar-se em procura de um novo critério de imputação de responsabilidade civil, além da culpa e do casuísmo objetivo. Trata-se de se buscar a realização de um sistema de cláusulas gerais de responsabilidade objetiva para conviver junto ao já existente sistema de responsabilidade por culpa. Tenta-se desprender-se das algemas do casuísmo legal, propugnando-se por um perfil otimizado daquilo que seria um critério para a realização de um preceito legal como uma regra geral, um grande sistema geral de responsabilidade objetiva para conviver ao lado do sistema geral de responsabilidade subjetiva. É válido ressaltar que apenas os critérios objetivos e subjetivos não mais são suficientes para suprir toda uma necessidade de enquadramento, numa ou noutra teoria, os casos de reparação oriundos da evolução tecnológico-industrial contemporânea.

Palavras-chaves: responsabilidade objetiva – atividade perigosa – normalmente desenvolvida – riscos aos direitos de outrem – danos – socialização de riscos – cláusula geral – direitos fundamentais – dignidade humana – ponderação – eficácia horizontal.

SUMMARY

The objectives of this research is trying to analyse the legal, academic and lawful decisions situations in which are embended the civil responsibility criteria of fundamentation and imputation. The blame as a major source of responsibility has become, undoubtedly, unworthy facing the industrial and tecnological advances experimented all over the world. The accidents happened in railroads, people been swallowed by machines, air crashes, among many other factors, made become adopted the teory of the responsibility based on the risc, without previous analysis of blame. The idea of risc has spread during the last century, however there are many situations in which this idea is insufficient. That is why there is the need of researching a new criteria to imput de civil responsibility, beyond de blame and objective casuistics. It all concerns searching for a sistem of general clauses of objectiv responsibility that can co-exist with the existent sistem of responsibility by blame. Trying to get rid from the legal casuism prision, facing a optimized profile of what would be a criteria to the formation of a legal precept as a general rule, a big general system of objectiv responsibility to live together with the general system of subjectiv responsibility. It is important to give attention that only objective and subjective criteria are no longer enough to fullfill all the need of adjustment, in one or other teory, the cases of indenization from tecnological and industrial development of the early days.

Keywords: objectiv responsibility – dangerous activity – normally developed – riscs to other peoples rights – riscs socialization – general clauses – fundamental rights – human dignity – ponderation – horizontal efficacy.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	08
CAPÍTULO 1 – APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DA EVOLUÇÃO E CONCEITUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL: SÍNTESE DO DIREITO EXTERNO E INTERNO	12
1.1 SÍNTESE HISTÓRICA E NOÇÕES FUNDAMENTAIS: O DIREITO EXTERNO	12
1.1.1 Origem do termo responsabilidade	13
<i>1.1.2 Síntese da evolução histórica da responsabilidade civil</i>	14
1.2 A CULPA NO DIREITO BRASILEIRO	21
<i>1.2.1 Noção de culpa</i>	21
<i>1.2.2 O direito pré-codificado</i>	24
<i>1.2.3 O Código Civil de 1916</i>	28
<i>1.2.4 Os anteprojetos de códigos de obrigações</i>	33
1.2.4.1 O Anteprojeto de 1941	33
1.2.4.2 O anteprojeto de 1964	35
<i>1.2.5 O Código Civil de 2002</i>	36
CAPÍTULO 2 – O FENÔMENO DA OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	39
2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS	39
2.2 A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA SUBJETIVA E O SURGIMENTO DA TEORIA OBJETIVA	40
2.3 A EXTENSÃO DO CONCEITO DE CULPA E O SISTEMA DE PRESUNÇÕES	50
2.3.1 As presunções relativas	56
2.3.2 As presunções absolutas	59
2.4 A TEORIA DO RISCO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916	62
2.5 A TEORIA OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	62
2.5.1 Teoria da irresponsabilidade	63
2.5.2 Distinção entre atos de império e atos de gestão	63
2.5.3 Culpa administrativa	65
2.5.4 Risco administrativo	67
2.6 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	70

2.7 A TEORIA OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	76
---	----

CAPÍTULO 3 – AS ATIVIDADES PERIGOSAS NO DIREITO BRASILEIRO **79**

3.1 A CRISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A MUDANÇA DE PARADIGMAS	79
3.2 A ATIVIDADE LÍCITA COMO FONTE GERADORA DE OBRIGAÇÃO	84
3.3 A TEORIA OBJETIVA PURA DE ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO	88
3.3.1 Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente	91
3.3.2 Responsabilidade civil por danos nucleares	96
3.4 AS CLÁUSULAS GERAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	100
3.5 A SEGUNDA PARTE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL	112
3.5.1 Independentemente de culpa	112
3.5.2 Atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano	113
3.5.3 Por sua natureza	115
3.5.4 Riscos para os direitos de outrem	117
3.5.5 Hipóteses de aplicação da regra da segunda parte do art. 927 do Código Civil	121
<i>3.5.5.1 Os danos oriundos de relações de trabalho</i>	121
<i>3.5.5.2 Os prejuízos decorrentes de atividades profissionais</i>	128
<i>3.5.5.3 A atividade de imprensa</i>	133
3.6 A RESPONSABILIDADE DA UNIÃO POR ATENTADOS TERRORISTAS, ATOS DE GUERRA OU CORRELATOS	135
3.7 A RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA	136

CAPÍTULO 4 – AS ATIVIDADES PERIGOSAS NOS ORDENAMENTOS ITALIANO E PORTUGUÊS: UMA AMOSTRAGEM DO DIREITO EUROPEU **139**

4.1 SEMELHANÇAS E DIVERGÊNCIAS	139
4.2 A EXPOSIÇÃO AO PERIGO DO ART. 2.050 DO CÓDIGO CIVIL ITALIANO	140
4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PERIGOSAS PREVISTA NO ART. 493º, 2 DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS	151

CAPÍTULO 5 – O DANO DECORRENTE DE ATIVIDADES LÍCITAS E SUA REPARAÇÃO	156
5.1 O DANO E OS DIVERSOS SENTIDOS DO DEVER DE INDENIZAR	156
5.1.1 Sentido compensatório	162
5.1.2 Sentido pedagógico	164
5.1.3 Sentido punitivo	165
5.2 A IDENTIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL PELO DEVER DE REPARAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DE ATIVIDADES PERIGOSAS LÍCITAS	167
5.3 SOCIALIZAÇÃO DO RISCO E SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	169
5.3.1 Conceito	169
5.3.2 Natureza jurídica do seguro de responsabilidade no direito brasileiro	170
5.3.3 Fundamentos do seguro de responsabilidade civil	171
5.3.4 Críticas ao seguro de responsabilidade civil	177
5.3.5 O Seguro obrigatório	178
5.4 ASPECTOS JURÍDICO E MORAL DO DEVER DE REPARAÇÃO	181
CAPÍTULO 6 – O NEXO CAUSAL NAS ATIVIDADES PERIGOSAS	192
6.1 A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE	192
6.2 O NEXO CAUSAL NA TEORIA OBJETIVA	195
6.3 TEORIAS SOBRE O NEXO CAUSAL	198
6.3.1 Teoria da causa próxima	199
6.3.2 Teoria da equivalência causal	201
6.3.3 Teoria da causalidade adequada	204
6.4 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO NEXO CAUSAL	208
6.5 O ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL NAS ATIVIDADES PERIGOSAS	209
CAPÍTULO 7 – O PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL	215
7.1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA	215
7.2 O VALOR CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA DIVERSIDADE DE DEFINIÇÕES	218
7.3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	224

7.4 O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: SISTEMA DE PONDERAÇÕES	232
7.5 DELIMITAÇÃO DA FRONTEIRA ENTRE O REGULAR EXERCÍCIO E O ABUSO DE UM DIREITO	235
CONSIDERAÇÕES FINAIS	244
REFERÊNCIAS	248

PREFÁCIO

A responsabilidade civil, sob o enfoque individualista, fundamenta o dever de indenizar na idéia de culpa. Desta forma, esse dever orienta-se pela vontade individual do sujeito causador do dano, configurada em uma ação ou omissão ilícita.

É a noção de culpa que fundamenta a reparação de um dano, causado pela vontade do agente, seja mediante uma conduta comissiva ou omissiva.

Entretanto, novas situações levaram à necessidade de se substituir, em casos específicos, o fundamento da responsabilidade civil, até então orientado por aquela idéia de ilicitude da ação ou omissão, traduzida na noção de culpa.

Surge então a doutrina objetivista, em suas mais variadas feições, mas sempre no intuito de aniquilar, ou ao menos minimizar as injustiças ocasionadas pela teoria subjetiva, mormente no que pertine à dificuldade, ou mesmo à impossibilidade da vítima em fazer prova da culpa do agente ofensor.

Para a teoria objetiva ou do risco, não se faz necessário indagar se houve ou não culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente, sendo bastante que tenha criado o risco, para que sobre si pese o dever de indenizar.

A teoria objetiva, inicialmente, foi admitida para fazer frente a determinadas hipóteses, expressamente previstas em lei, o que apontava para seu caráter excepcional em relação à teoria subjetiva.

Entretanto, já no segundo quartel do século XX fez-se sentir, por influência da promulgação do Código Civil italiano de 1942, a tendência de generalização da responsabilidade objetiva, por meio da adoção de uma cláusula geral de responsabilização, capaz de abranger situações presentes e de adequar-se a hipóteses futuras, ainda desconhecidas, mas que possam ser compreendidas na noção de atividade de risco, ou seja, que expõe as pessoas ao perigo.

O método de abordagem adotado é o dialético, pois o trabalho será desenvolvido a partir de artigos e obras jurídicas sobre o tema, que tratam do instituto desde a sua origem até a sua atual feição devido a vigência da nova legislação civil.

O método jurídico utilizado é o sociológico, pelo fato de se focar o direito e a

sua aplicação, comparados a real necessidade de adequação às tendências atuais, mediante acontecimentos que levam à uma reavaliação de suas normas.

Será desenvolvido um estudo do tema tomando-se por base a técnica de pesquisa bibliográfica e documental no ramo da responsabilidade civil, bem como os artigos e legislações esparsas que tratam do assunto.

O propósito do presente trabalho é analisar a evolução do instituto da responsabilidade civil e a mudança de paradigmas que desemboca no Direito Civil contemporâneo, estudado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, mormente guiado pelos rumos fixados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia material e da função social da propriedade, encarada em contraposição ao princípio da livre iniciativa.

No Capítulo 1 cuidar-se-á de se proceder a um sistemático apanhado histórico sobre a evolução do instituto e do termo Responsabilidade, antes de se adentrar propriamente na discussão sobre a insuficiência dos critérios existentes de imputação da responsabilidade civil extracontratual. Para tanto, estudar-se-á o instituto partindo-se das concepções da vingança privada, passando pelas primitivas codificações, enfocando os ideais romanistas de reparação de dano, e enfatizando a contribuição francesa, que sem dúvida, foi a mais importante para a evolução da responsabilidade civil, até abranger o ponto atual em que se encontram os mais notáveis estudos a este respeito.

Enfim, o tema da evolução da responsabilidade civil será analisado segundo o ordenamento jurídico brasileiro, tomando-se como ponto inicial o direito pré-codificado, partindo-se do Código Criminal do Império de 1830.

No Capítulo 2, que versa sobre o fenômeno da objetivação da responsabilidade civil, constata-se o alargamento da idéia de risco no século passado, tanto no que se refere ao sistema de presunções de culpa, como no tocante à previsão, em hipóteses legalmente especificadas em lei – *numerus clausus* – de casos de responsabilidade civil objetiva.

No entanto, é evidente a existência de uma incomensurável gama de situações, que mereceriam contemplação legal, para que se lhes pudesse ser aplicada a sistemática da responsabilidade objetiva.

No Capítulo 3, após a constatação de insuficiência do critério casuístico da responsabilidade civil objetiva, analisa-se a necessidade de se buscar um novo critério de imputação de responsabilidade civil, além da culpa e do casuísmo objetivo, a fim de ser aplicado às atividades perigosas lícitas.

Inicia-se então, pela análise da teoria objetiva pura, proposta por Álvaro Villaça Azevedo, aplicável, segundo o próprio autor, às hipóteses de danos nucleares e ambientais.

Em seguida, passa-se à análise daquilo que se poderia dizer ter sido talvez a mais importante inovação trazida pelo Código Civil de 2002: a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, alheia ao tradicional casuísmo legal da responsabilidade objetiva. Neste particular, será discutida a aplicação daquela cláusula geral em caso de acidente de trabalho, de dano causado por atividade liberal em relação de consumo, na atividade de imprensa e de atentados terroristas, por atos de guerra ou assemelhados.

No Capítulo 4, será feita uma amostragem da sistemática da cláusula geral de responsabilidade civil no direito europeu, tomando-se por modelos o direito italiano e português.

Apesar da semelhança entre o art. 2.050 do Código Civil italiano e o art. 493º, 2 do Código Civil português, a interpretação doutrinária e jurisprudencial de ambos parece apontar para sentidos diversos, pois enquanto que para este aquela cláusula tratar-se-ia de responsabilidade subjetiva, para aquele a responsabilidade seria, após certa oscilação, objetiva.

No Capítulo 5 trata-se do dano e sua reparação. Enfoca-se os sentidos compensatório, pedagógico e punitivo da reparação.

Recebe especial atenção a questão da socialização dos riscos, do seguro de responsabilidade civil e do seguro obrigatório.

Por fim, faz-se uma comparação entre os aspectos jurídico e moral da reparação por responsabilidade objetiva, traçando-se paralelo entre sanção repressora e sanção não-repressora, baseada em sua função ideológico-moral, para que seja possível entender a diferença entre os fundamentos da responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

No Capítulo 6, apresenta-se a problemática do nexo causal frente à responsabilidade objetiva. Será analisada a identificação do nexo causal, mormente usando o fato que constitui a verdadeira causa do dano, principalmente quando este advém de múltiplas causas.

Investiga-se também a possibilidade de inversão do nexo causal, de sorte que, em determinadas situações de especial relevância e de forte probabilidade danosa, correria contra o agente causador do prejuízo o dever de elidir a conexão entre o fato habitualmente praticado e o dano causado. Em arremate, discute-se sobre as possibilidades de rompimento do nexo causal em relação às atividades perigosas, com especial enfoque para

as atividades nucleares e danos ambientais.

No Capítulo 7, após ter sido apresentado um panorama das atividades perigosas e seu tratamento jurídico, faz-se uma análise dos direitos fundamentais em conflito com o também fundamental direito à livre iniciativa e ao desenvolvimento, sob uma perspectiva civil constitucional. Na oportunidade, será analisado o valor/princípio da dignidade da pessoa humana em sua diversidade de definições; o conflito de princípios constitucionais e os mecanismos de solução desses conflitos; a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que importa em sua observância nas relações privadas; e a zona limítrofe entre o regular exercício e o abuso de um direito, qual seja, o de explorar atividades lícitas, ainda que perigosas.

À guisa de conclusão, há que se consignar não pretender-se, com a noção de *Mise en Danger* ou mesmo de responsabilidade pressuposta mitigar nem excluir a culpa e o risco casuístico dos ordenamentos jurídicos contemporâneos no que se refere a algumas atividades perigosas já tuteladas. Pretende-se, deveras, suprir-se as lacunas legais, de modo a reger a responsabilidade civil fundada em um risco proveniente de atividades perigosas que, por sua manifesta utilidade social, mostram-se imprescindíveis, porém, no que tange à reparação de seus danos não encontram soluções satisfativas.

CAPÍTULO 1

APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DA EVOLUÇÃO E CONCEITUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL: SÍNTESE DO DIREITO EXTERNO E INTERNO

1.1 SÍNTESE HISTÓRICA E NOÇÕES FUNDAMENTAIS: O DIREITO EXTERNO

Antes de se adentrar propriamente na discussão sobre a insuficiência do critério casuístico para a imputação da responsabilidade civil objetiva extracontratual, é importante que se faça um breve apanhado histórico sobre a evolução do instituto sob um panorama externo e no ordenamento brasileiro, tendo-se por ponto de partida, para a ótica interna, o direito pré-codificado, para que se possa então analisar sua disciplina no Código Civil de 1916, nos Projetos de Código de Obrigações e no atual Código Civil brasileiro.

Quanto à detida análise acerca da evolução do instituto e à origem etmológica do termo Responsabilidade, por já haver inúmeros tratados a respeito, e para que se possa evitar repetições, neste estudo preocupar-se-á tão-somente em proporcionar ao leitor as razões que podem levar a crer estar o instituto da responsabilidade civil objetiva a carecer de imediata porém cuidadosa reforma, para que se possa oferecer resposta jurídica às mais diversas e atuais questões dantes desconhecidas pelo Direito.

Assevera Maria Helena Diniz¹ ser pluridimensional a evolução da responsabilidade civil, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou área de incidência e à sua profundidade ou densidade.

Pondera Bittar² que a história da responsabilidade civil confundir-se-ia com a do próprio homem, vez que assenta sobre uma das pilastras básicas do edifício do direito privado – o princípio do *neminem laedere*. Entretanto, a vista dos elementos conhecidos,

¹ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

² Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: RT, 1985, p. 24.

pode ser distribuída em períodos bem definidos, singularizados por ideais que contribuíram para a construção do atual aparato legislativo sobre a matéria.

1.1.1 Origem do termo “Responsabilidade”

A palavra "responsabilidade" origina-se do latim de *responsum*, que por sua vez deriva-se do verbo *respondere*, cujo radical é *spondeo*, que exprime a idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado.

No período romano clássico, o termo era utilizado no contrato de fiança, em duas de suas modalidades, a saber, a *sponsio* e a *fidepromessio*. A primeira era destinada apenas aos cidadãos romanos, em que o credor dirigia-se ao devedor, indagando-lhe “*Spondes me mihi centum dare?*” Após ouvir a resposta afirmativa, voltava-se ao *sponsor* – fiador – e indagava-lhe “*Idem dari spondes?*” E este, por sua vez, respondia “*spondeo*”. Já a *fidepromissio* era aplicada tanto aos romanos quanto aos estrangeiros em que o fidepromissor, ao ser indagado “*idem fidepromittis?*” respondia positivamente.³

Esclarece Azevedo⁴ ser esta uma primitiva obrigação de natureza contratual do direito quiritário romano, pela qual o devedor se vincula ao credor em contratos verbais, por meio da seguinte pergunta e resposta: “*Spondenes mihi dare Centum? Spondeo*”. Destarte, nota-se que a idéia do termo é a de responder por algo. Neste diapasão significa recomposição, obrigação de ressarcir.⁵ O termo *respondere* remete à *sponsiu*, instituição de enorme importância no direito romano arcaico.⁶

Ainda no século XII a palavra responsável vem significar aquele que assume a posição de garante em algum negócio. É no período medieval que aparece a palavra *responsabilis*.

É certo que a palavra “responsabilidade” tem seu ingresso no cenário jurídico em fins do século XVIII. É no Dicionário Crítico da Língua Francesa, publicado entre os anos

³ Paulo Nader. *Curso de direito civil*. v. 3. cap. 32. n. 172. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

⁴ Álvaro Villaça Azevedo. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. *Caderno de direito constitucional e ciências políticas*. n. 14. São Paulo: RT, 1996, p. 27.

⁵ Paulo Antonio Begalli. *Responsabilidade dos pais por atos dos filhos menores*. Cap. 1. n. 1.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

⁶ Michel Villey. Esquisse historique sur le mot “responsable”. In: *Archives de philosophie du droit*. n. 22, Paris: Sirey, 1977, p. 50-52.

de 1787 e 1788 na cidade de Marsella,⁷ revestindo-se de cunho eminentemente político, que o termo vem a ser reconhecido exprimindo a responsabilidade dos atos dos governantes em relação aos cargos políticos que ocupavam.

Foi no Código Penal francês de 1810 que, pela primeira vez empregou-se o termo no sentido que hoje lhe é designado mundialmente. A partir de então todos os ordenamentos jurídicos vieram a adotá-lo.

Para Jorge⁸, o termo responsabilidade corresponde à idéia geral de responder ou prestar contas dos próprios atos, que, por sua vez, pode assumir duas distintas tonalidades, a saber: 1) a suscetibilidade de imputar determinado ato e seus efeitos ao agente; e 2) a possibilidade de fazer-se sujeitar alguém ou alguma coisa às conseqüências de certos comportamentos.

1.1.2 Síntese da evolução histórica da responsabilidade civil

Nos primórdios das civilizações o dano foge ao alcance do direito. As primitivas sociedades caracterizavam-se pela autotutela, ou seja, a prática da vingança privada como forma de se compensar os danos sofridos. Tal prática era de acordo com os princípios das autoridades religiosas e sociais de então.

Acreditavam os antigos que a vida de cada um constituía-se de um complexo de bens e de males, cuja distribuição traduzir-se-ia no perfeito equilíbrio social, que seria rompido com a prática de atos ilícitos. As reações daí decorrentes eram dirigidas ao restabelecimento daquele equilíbrio, mediante imposição de um mal simétrico àquele que causara a outrem.

Aquele que praticasse ato lesivo a bens e direitos suportava a reação desordenada do ofendido, porque inexistentes regras e preceitos limitadores. Conforme Wilson Melo⁹, pautando-se em lições de Cunha Gonçalves, “era a eclosão do primarismo do homem bárbaro

⁷ Adela M. Seguí. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de direito do consumidor*. n. 52. São Paulo: RT, 2005, p. 267-318.

⁸ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 34.

⁹ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade civil e socialização dos riscos*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 38.

a atuar sem peias, no automatismo da reação desmedida, no golpe pelo golpe, tal como sucede com a criança que bate na árvore, no pau ou na pedra que a moleste ou machuque”.

Antes de qualquer intervenção humana, dos deuses esperava-se o restabelecimento do equilíbrio rompido, procurando os interessados estimular o zelo daquelas entidades na correção da injustiça por meio de *devotiones* ou imprecações, para colocar sob sua discrição os autores do ilícito. Estabelecida a ajuda divina, a vítima, por si própria, encarregava-se de restabelecer o equilíbrio rompido, utilizando-se do processo da vingança privada, de modo a conferir ao causador um mal tão intenso quanto o praticado. Neste período vingança e justiça confundiam-se, deixando profundas cicatrizes na ordem social, de modo que, ainda nos dias atuais essa noção não desaparecera da consciência do homem civilizado, embora notáveis os esforços dos juristas para dissipá-la.¹⁰

Esse período denominado Talião marcou-se pela devolução da violência em proporção equivalente ou ainda maior do que aquela sofrida. Talião, do Latim *talionem* (*talio, talionis*) deriva do adj. *talis*, tal: tal castigo, tal a pena qual o crime, qual a ofensa física praticada”.¹¹ Afinal, é termo definido pelo dicionário Michaelis como “desforra igual à afronta.”¹²

O Código de Hamurabi, datado de, aproximadamente, 2.200 anos a.C – talvez a mais antiga codificação escrita de que se tem notícia – trás um conjunto de normas de compensação idênticas à prática vigente no período do Talião. O que diferenciava a prática do Talião daquelas previstas no Código de Hamurabi é que as últimas baseavam-se em lei escrita, emanada pelo Estado, que previa os casos aos quais se aplicava a compensação e qual a forma que devia ser obedecida.¹³

Assim, pode-se afirmar que, a partir do Código de Hamurabi, o legislador chama para si o poder de declarar, em substituição à vontade das partes, definindo de maneira casuística e sem muitos critérios, quando e em quais condições é assistido à vítima o direito de retaliação.¹⁴ Deu-se então a transição da vingança privada para a vingança codificada por uma lei de caráter público.

¹⁰ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 854.

¹¹ Francisco da Silveira Bueno *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*, rev. e aum., V. 8. São Paulo: Lisa, 1988, p. 3883.

¹² MICHAELIS. *Dicionário eletrônico*.

¹³ A conhecida máxima “olho por olho, dente por dente” é extraída dos arts. 196 e 200 do Código de Hamurabi, que dispõem, respectivamente: “Se um homem arrancar o olho de outro homem, seu olho deverá ser arrancado.”; “Se um homem arrancar os dentes de seu semelhante, seus dentes deverão ser arrancados.”

¹⁴ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1. cit., v. 1, p. 17.

Datado, segundo estudiosos, entre 1.300 e 800 a.C, vale dizer, cerca de 1.500 anos após o Código de Hamurabi, o Código de Manu representa uma fundação de compensação dos danos sem se recorrer à violência. Estabelecia um critério de compensação mediante pagamento de multas ou indenizações pelo causador do dano, com o fito de que este, deste modo, pudesse retornar a situação ao *status quo ante*, ou, pelo menos, aproximá-la àquele.¹⁵

Enquanto as leis de Hamurabi tinham caráter eminentemente jurídico, no direito indu o transgressor das leis sofre sanção tanto de caráter legal quanto religioso, pois, em caráter punitivo, poderia ser condenado a tornar-se planta daninha ou animal abjeto após sua morte.¹⁶

É o direito romano o ponto de partida para o estudo da responsabilidade civil, sendo fonte de onde abeberaram-se quase todos os ordenamentos jurídicos, dentre os quais o direito pátrio, tanto no que se refere ao revogado Código de 1916, quanto ao vigente Diploma Civil de 2002.

No antigo direito romano a responsabilidade era objetiva; independentemente de culpa, apresentando-se como reação da vítima contra a causa aparente do dano, sem que houvesse a preocupação quanto à imputabilidade, mesmo que o ato houvesse sido praticado por menores.¹⁷

Informa Lisboa¹⁸ que

em tempo algum da história do direito ocidental a responsabilidade objetiva deixou de ser aplicada, ainda que em situações excepcionais. Inicialmente era, ademais, a regra do sistema jurídico dentre os povos da Antigüidade, como ocorreu no direito romano. O advento da Lei das XII Tábuas, de 452 a.C., manteve o princípio da responsabilização pela simples existência do dano e teve como maior mérito abandonar o castigo corporal como forma de retribuição do dano, dando-se realce às penas pecuniárias.

Entretanto, é possível encontrar na Lei das XII Tábuas resquícios da lei de talião. A Tábua VII, Lei XI, – *De delictis* – dispõe que “*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*”.¹⁹

¹⁵ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 47-49.

¹⁶ Walter Vieira do Nascimento. *Lições de história do direito*. 15. ed. cap. 4. n. 16. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

¹⁷ Louis Josserand. *Derecho civil*. v. 1. t. 2. Tradução de Santiago Cunchilos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 295.

¹⁸ Roberto Senise Lisboa. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 26-27.

¹⁹ Álvaro Villaça Azevedo. *Proposta de classificação da responsabilidade*. cit., p. 28. Tradução do autor citado: “Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo.”

A Lei das XII Tábuas desatendia a subjetividade da ofensa, decorrendo a pena, unicamente do fato de per si, sem que se fizesse a correlação entre este e a vontade do agente. Assim, pouco importava se o agente obrara ou não com culpa, sendo responsável, quer inocente, quer culpado, e não respondia tão-somente pela recomposição do *status quo anti*, mas também a uma satisfação devida segundo o estado de irritação do ofendido. Daí afirmar-se que a injustiça era apreciada não sob o enfoque da conduta do autor, mas do estado de espírito da vítima.²⁰

Diversamente, menciona Lisboa²¹ que o sistema de responsabilidade civil vigente em Roma era insatisfatório, justamente pelo fato de a indenização obedecer a tarifas fixas, muitas vezes apresentando-se de módico valor, de sorte a privilegiar o infrator, permitindo-se à clientela romana práticas abusivas contra a plebe.

É de se observar, todavia, que para os romanos, inicialmente, não havia nenhuma distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. Tudo, inclusive a compensação pecuniária, não passava de uma pena imposta ao causador do dano. Para os romanos, a diferenciação entre pena e reparação só se operou com a distinção entre delitos públicos e delitos privados. Nos primeiros, a *poena* pecuniária imposta ao réu recolher-se-ia aos cofres públicos, enquanto que nos delitos privados a *poena* em dinheiro caberia ao ofendido.²²

A Lei Aquília, de 286 a.C., proposta pelo tribuno Aquilio, cujo texto foi elaborado por Ulpiano, valeu-se do termo *responsabilidade aquiliana* para designar a responsabilidade civil subjetiva extracontratual.

Todavia, o tema é bastante controvertido, havendo judiciosas opiniões no sentido de que, a responsabilidade, em seus pródromos, apresentava caráter genuinamente objetivo, impondo ao ofensor não um dever de indenizar, mas uma verdadeira *poena*. Para esta corrente, somente com os compiladores justinianos a culpa passaria a subjetivar a responsabilidade, em tempos muito posteriores à *Lex Aquilia*. Assim, *iniuria* e culpa, antes de formarem um só conceito, importariam em duas noções distintas e aplicadas sucessivamente, pois aquele que produzisse um dano sem nenhum direito seria obrigado a repará-lo, ainda que, para evitar o fato, houvesse procedido com os mais exemplares cuidado e diligência. Enfim, para os prosélitos desta corrente, a inoculação da noção de culpa na responsabilidade civil teria sido obra da jurisprudência clássica, em virtude da

²⁰ José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade civil*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906, p. 14-15.

²¹ Roberto Senise Lisboa. *Responsabilidade*. cit., p. 27.

²² Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 40.

qual o ofensor tornar-se-ia isento de toda e qualquer responsabilidade quando houvesse procedido sem culpa.²³

A dúvida também é levantada por Wilson Melo da Silva²⁴, segundo quem, se para uma grande maioria é certo que a *Lex Aquilia* tenha carreado um contingente de espiritualização para o dever de indenizar, ao estribá-lo no dolo ou na culpa do agente, não menos certo é para muitos outros autores que tal assertiva careceria de maior cunho de veracidade, pois que ainda não se aí cogitava de culpa em seu sentido subjetivo, pois o dano inferido a alguém capaz de outorgar-lhe direito à reparação, seria apenas aquele dano perpetrado não com culpa, mas unicamente sem direito por parte do agente, o que são coisas bem diversas.

Inobstante a divergência, foi somente a partir da *Lex Aquilia* que se começou a fazer alguma distinção: em que pese a responsabilidade continuasse tendo natureza penal, a indenização pecuniária passou a ser a única forma de sanção nos casos de atos lesivos não criminosos.²⁵

Entretanto, salienta Aguiar Dias²⁶ ser na Lei Aquília que se esboça um princípio geral regulador da reparação do dano, embora se reconheça ainda não existir uma regra de conjunto, nos moldes do direito codificado do século XIX. Não obstante isto, seria, sem dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana.

Os romanos não possuíam uma noção abstrata e geral do delito, apenas conhecendo algumas figuras concretas. Embora distinguissem os delitos públicos dos privados, conforme o destino da sanção pecuniária decorrente do ato danoso, não consideravam os romanos como delito qualquer ato ilícito lesivo do direito alheio, mas, pelo contrário, assim o consideravam apenas alguns fatos previamente determinados, como o furto, a rapina, o *dannum iniuria datum* e a injúria. Restava então uma lacuna, resultante daquela estrita enumeração, que somente viria a ser preenchida quando se atingisse uma idéia geral e abstrata do delito.²⁷

²³ Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. 4. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 163-164.

²⁴ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 41-44.

²⁵ Paulo Antonio Begalli. *Responsabilidade*. cit., cap. 1, n. 1.2.

²⁶ José de Aguiar Dias. *Da Responsabilidade*, v. 1, cit., p. 21.

²⁷ Roberto de Ruggiero. *Instituições de direito civil*. v. 3. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 482.

Os romanos conheciam então três graus de culpa, a culpa lata, a culpa leve e a levíssima. Quando o contrato era celebrado em proveito daquele que sofria as conseqüências da culpa do outro contratante, como no contrato de depósito, somente a culpa lata é que ensejava o dever de indenizar; já no penhor, celebrado no interesse de ambos os contratantes a culpa seria imputada ao agente que obrasse com culpa lata e leve; mas quando se contratava no exclusivo interesse do culpado, como no comodato, todos os graus de culpa dariam origem ao dever ressarcitório.²⁸

O *damnum injuria datum* deve ser considerado antes da Lei Aquília e na Lei Aquília. Antes desta, imperava o regime jurídico da Lei das XII Tábuas, que continha regras isoladas ao contrário do regime aquiliano que é uma verdadeira sistematização – ainda precária, vale dizer – no sentido de punir através de um determinado tipo de ação. O *damnum injuria datum*, delito civil introduzido no direito romano pela *Lex Aquilia*, era um prejuízo causado à coisa alheia, de sorte a empobrecer a vítima, sem no entanto enriquecer seu autor. Compreendia três capítulos. O primeiro deles trazia a obrigação do pagamento de uma multa por aquele que causasse prejuízo a outrem matando animal ou escravo seu sem justa causa. O segundo capítulo tratava da possibilidade de se punir o credor acessório quando este, em detrimento do credor principal, não exigia, do devedor, o pagamento da dívida. Finalmente, o terceiro capítulo – o mais importante e abrangente – da *Lex Aquilia* previa punição de prejuízos causados por incêndios, depredações, deteriorações e demais destruições.²⁹

É este terceiro capítulo da *Lex Aquilia*, vale dizer, o *danum injuria datum*, sua mais expressiva parte, já que foi sobre sua aplicação, cada vez mais extensiva, que os clássicos jurisconsultos e os pretores construíram a doutrina romana da responsabilidade civil extracontratual.³⁰ Evoluindo o conceito do dano, por intervenção do pretor e dos jurisconsultos, mitigou-se, no sentido de favorecer o prejudicado, o primitivo rigor do texto aquiliano, onde se exigiam numerosas condições para o exercício da ação, e, posteriormente, foi abrandado para concedê-la, não somente ao dano corpore *corpore datum*, para o qual se exigia contato material entre o autor do dano e a coisa por ele atingida, mas também ao *damnum non corpore datum*. Porém, segundo Fliniaux, a

²⁸ José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 17.

²⁹ José Cretella Júnior. *Curso de direito romano*. 29. ed. n. 211. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

³⁰ Alvinio Lima. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960, p. 23.

extensão do domínio de aplicação da Lei Aquília ao *damnum non corpore datum*, provavelmente, somente teria se operado sob Justiniano.³¹

Portanto, a diferenciação entre "pena" e "reparação" somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, o dever de indenização era imposto ao réu, e deveria ser recolhida aos cofres públicos. Já em relação aos delitos privados, a pena pecuniária era paga à própria vítima.

O Estado chamou para si a função de punir, surgindo então a indenização.

A *Lex Aquilia* cristalizou a idéia de reparação pecuniária do dano, intimamente ligada à idéia de *culpa*, de sorte que, se o causador do dano pudesse provar a ausência da culpa em sua conduta danosa, não se sujeitaria ao pagamento da pena, uma vez que não estaria sendo responsabilizado.³²

A contribuição francesa para a evolução do instituto da responsabilidade civil ao aperfeiçoar as idéias romanas é o que se pode ter de mais importante na evolução do assunto em análise.

O direito francês, por seu Código Civil de 1804, estabeleceu um critério geral de verificação da responsabilidade civil subjetiva, vale dizer, uma principiologia que se afastou do casuísmo no qual se baseou o direito romano. A idéia de responsabilidade civil fundada na culpa, a partir de então, fez-se inserir nas leis de todos os Estados.

Informa Aguiar Dias³³ que, antes do nascimento do monumento jurídico de 1804, o direito francês já exercia sensível influência nos outros povos, aperfeiçoando pouco a pouco as idéias do direito romano, estabelecendo, nitidamente, um princípio geral de responsabilidade civil, abandonando-se, a partir de então, aquele critério enumerativo dos casos de composição obrigatória.

Assim, no que tange a esta obrigatoriedade de composição dos danos era a generalização do princípio aquiliano *In lege Aquilia et levíssima culpa venit*.

Dentre os princípios acima referidos, a título exemplificativo, cita-se³⁴: o direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve; a separação da responsabilidade civil da

³¹ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1, cit., p. 19.

³² Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade*. cit., p. 53-57.

³³ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1, cit., p. 23.

³⁴ Paulo Antonio Begalli. *Responsabilidade*. cit., cap. 1, n. 1.5.

responsabilidade penal; e a existência de uma culpa contratual diversa daquela ligada à prática de crime ou delito, inserida no Código Napoleão, nos arts. 1.382³⁵ e 1.383.³⁶

Por fim, numa concepção jurídica, responsabilidade, segundo Marton³⁷, pode ser definida como

a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, vê-se exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe impunha, providências essas que podem ou não, estar previstas.

1.2 A CULPA NO DIREITO BRASILEIRO

1.2.1 Noção de culpa

Um indivíduo causa a um terceiro, direta ou indiretamente, por ação ou negligência, um dano que não se reduz à inexecução de uma obrigação contratual preexistente. Em que condições, em que casos e em que medida comprometerá sua responsabilidade em relação à vítima? Um motorista atropela um pedestre; uma casa se derruba e mata e fere alguns transeuntes; um caçador fere um seu companheiro; um escritor, um orador, comete um atentado contra a honra ou interesses de seu próximo: se o autor do dano deve repará-lo, sua responsabilidade extracontratual faz-se presente, por se ter cometido um delito (ato doloso) ou um quase delito (ato culposo).³⁸

A vida jurídica é uma constante luta, ao longo da qual interesses e direitos se enfrentam. Cometer uma culpa delitual é violar um direito sem que se possa justificar o ato em legítimo motivo. Neste caso está-se diante de um ato ilícito, fazendo surgir para o autor

³⁵ Article 1.382 Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

³⁶ Article 1.383 Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

³⁷ G. Marton. *Les Fondements de la Responsabilité Civile*. Paris, 1938, p. 471. Apud José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1, cit., p. 3.

³⁸ Louis Josserand. *Derecho civil*. cit., p. 291.

uma responsabilidade civil pelo rompimento do equilíbrio jurídico, que a condenação no dever de indenizar teoricamente será capaz de restabelecer.³⁹

Pondera Serpa Lopes⁴⁰ que um dos mais árduos e complexos problemas jurídicos é o da responsabilidade civil, porque nele se refletem as atividades humanas individuais e contratuais. Estudá-lo importa, pois em emergir no exame atento da própria atividade humana, o que vai além do campo convencional, para atingir um outro, ainda mais vasto, cuja pesquisa importa em análises psicológicas e considerações deduzidas do espírito do autor do ato.

Fernando Jorge⁴¹ levanta a questão da concepção da ilicitude, se deve ser considerada em plano objetivo, como conduta ou fato em si mesmo contrário à norma, sem interessar a averiguação da existência ou não de uma vontade consciente e livre; ou se a ilicitude deve ser compreendida em seu sentido subjetivo, ou seja, em relação a condutas voluntárias enquanto tais. Destarte, ainda segundo o autor luso

a concepção objectivista da ilicitude olha apenas a conduta na sua materialidade ou exterioridade e verifica a desconformidade dela com a que o direito queria; a concepção subjetivista defende que a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer-se acerca dela um juízo de valor, que só é possível se tal conduta resultar de acto humano, consciente e livre.

Aduz Serpa Lopes⁴² não ser uníssona a compreensão desta noção, havendo até mesmo uma radical contraditoriedade, pois enquanto para uns a culpa não passaria de uma simples projeção no campo jurídico daquilo que se consideraria culpa moral; para outros far-se-ia mister separar ambas as noções, de sorte a entenderem dispensável o trabalho do jurista de ingressar em uma apreciação moral da conduta do suposto responsável. Para a segunda corrente, a culpa seria culpa civil, ou seja, culpa social, enquanto que para outros bastaria apurar os prejuízos causados. Em verdade, os defensores da culpa social pretendem a inexistência de uma verdadeira imputabilidade, pois a transforma em simples aspecto voluntário de um fato vinculado à atividade de um indivíduo, o que leva à consagração da responsabilidade do menor incapaz ou a do privado de discernimento, que, por força de tal concepção, tornar-se-iam responsáveis.

Observa-se que a corrente objetivista generaliza a responsabilidade objetiva,

³⁹ Louis Josserand. *Derecho civil*. cit., p. 308.

⁴⁰ Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso*. cit., 158.

⁴¹ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaios*. cit., p. 63.

⁴² Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso*. cit., 175-176.

visando considerar ilícito todo ato causador de dano, pois o dano sempre importaria na quebra de um dever jurídico, qual seja o dever de cuidado.

Entende Jorge⁴³ que a expressão ato ilícito deve ser reservada às rebeliões voluntárias contra o direito, ou seja, quando o agir ilícito resulta de vontade livre e consciente, conforme o exige o art. 483^{o44} do Código Civil português.

Por imputabilidade, nas primorosas lições de Serpa Lopes⁴⁵, deve-se entender o principal elemento constitutivo da culpa, cuja noção encontra-se perfeitamente esclarecida no art. 1.076⁴⁶ do Código Civil argentino, que dispõe que, “Para que o ato se repute delito, é necessário que seja resultado de uma livre determinação por parte do autor. O demente e o menor de dez anos não são responsáveis pelos prejuízos que causarem.” A imputabilidade, segundo a idade do agente, varia de acordo com o arbitrado por cada ordenamento jurídico. Para o direito alemão, por exemplo, nos termos do § 828⁴⁷ do BGB, o menor de 7 anos e, o menor entre 7 e 18 anos somente não serão responsáveis, se não possuírem o necessário discernimento, o mesmo aplicando-se aos surdos-mudos.

Em sentido genérico, culpa é o desvio ou transgressão de uma determinada norma de conduta, imputável àquele que tinha o dever jurídico de observá-la e respeitá-la. A transgressão dessa norma atinge o direito de outrem.⁴⁸

Nas felizes sínteses de Wilson Melo⁴⁹, três são os pressupostos para que se possa colocar em jogo a responsabilidade civil de alguém, quais sejam, o dano, a culpa de seu autor (conduta) e o nexo de causalidade entre o fato culposo e aquele dano.

A culpa reveste-se de uma significação técnica e especial do direito, porque cabe-lhe um sentido jurídico particular. Diante de um ato violador de um dever legal, quando ao

⁴³ Fernando Pessoa Jorge. *Curso. cit.*, p. 67-68.

⁴⁴ “Art. 483. (Princípio geral). 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação. [...]”

⁴⁵ Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso. cit.*, p. 196.

⁴⁶ Art. 1.076. “Para que el acto se repute delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren.”

⁴⁷ § 828 “(1) Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. (2) Wer das siebente, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat. Das gleiche gilt von einem Taubstummen.” § 828. “(1) A pessoa que não houver completado sete anos de idade não é responsável por nenhum dano que causar a outrem. (2) A pessoa maior de sete e menor de dezoito anos de idade não é responsável por nenhum dano que causar a outrem se, ao tempo do cometimento do ato danoso, não possuía o necessário entendimento para ser responsabilizado. O mesmo aplica-se aos surdos-mudos. (Tradução livre).

⁴⁸ José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade. cit.*, p. 1-2.

⁴⁹ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade. cit.*, p. 37.

elemento objetivo situado no ato praticado injustamente, acresce-se o elemento subjetivo, ou seja, um estado anímico do agente, mostra-se então o ato, além de injusto, culposo.⁵⁰

É somente após uma demorada elaboração jurídica que se pôde substituir aquele ponto de vista da causalidade externa do fato pelo da causalidade interna da culpabilidade, pois não é o fato exterior que obriga, mas sim a ação do agente, orientada por um desvalor voluntário.⁵¹

1.2.2 O direito pré-codificado

Segundo ensina Caio Mário,⁵² o direito pré-codificado brasileiro pode ser estudado em três fases distintas no tocante à responsabilidade civil.

Assevera que na primeira fase, as Ordenações do Reino aplicava-se o direito romano como subsidiário ao direito pátrio, por força da Lei da Boa Razão, de 18.08.1769.

Assim aplicava-se o direito romano, não por sua autoridade, pois esta não o tinha, mas por serem muitas as suas disposições fundadas na boa razão.

Assevera Serpa Lopes⁵³ que, na época, a questão da responsabilidade civil não era regulada de maneira ordenada, sendo que as Ordenações do Reino incorriam em confusão ao trabalhar com as idéias de reparação, pena e multa.

Já a segunda fase do direito pré-codificado fundamenta-se no Código Criminal do Império, de 1830, seguido pelo Código Criminal republicano de 1890, que prenunciavam a idéia de ressarcimento, de modo que tais regras ofereciam aos tribunais segura orientação para apreciarem os casos de reparação por responsabilidade civil.

Após ter-se separado da metrópole, formou-se no Brasil a aspiração para adotar-se legislação própria, mais completa e condizente com as necessidades do país, o que se deu em pouco tempo, especialmente no domínio do direito penal. Como resultado deste movimento, cite-se o Código Criminal do Império, de 16.12.1830. Aquele diploma continha 313 artigos, divididos em quatro partes, a saber: I – Dos crimes e das penas; II –

⁵⁰ José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 2.

⁵¹ José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 16.

⁵² Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Cap. 1. n. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

⁵³ Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso*. cit., p. 167.

Dos crimes públicos; III – Dos crimes particulares; e IV – Dos crimes policiais.⁵⁴

Para o presente estudo, interessará a análise da satisfação civil dos danos causados pelos atos criminosos, regulada nos arts. 21 a 32 daquele Código Criminal.

A Constituição imperial, vigente na época, no inc. XVIII de seu art. 179, mandava que se organizasse, o quanto antes, um Código Civil e um Código Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e equidade.

Conforme leciona Aguiar Dias⁵⁵, o art. 28⁵⁶ do Código Criminal do Império atribuía ao senhor o dever de reparar os danos cometidos por seus escravos, limitada tal reparação ao valor do escravo. Até nisto se poderia ver o acerto do critério do legislador de então, no sentido de que facultava ao senhor abandonar o escravo, para furtar-se do dever de indenizar, numa autêntica revivescência da *noxal* do direito romano.

Verdadeiramente, a primeira lei que estabeleceu um sistema racional de reparação do dano, no ordenamento jurídico brasileiro, foi o Código Criminal do Império de 1830. Em tal período o juízo criminal era competente para conhecer da indenização civil reparatória.

O diploma criminal, que adveio logo depois da Constituição Imperial, datada de 1824, cuidou da matéria no que concerne à reparação civil *ex delicto*, e suas disposições, em seu cerne, são adotadas, *mutatis mutandis*, pela legislação contemporânea.

Assim, dentre as disposições do Código Criminal imperial, destacam-se:

- a) a fixação da responsabilidade dos menores de 14 anos, impondo-lhes dever de indenizar, garantido pelos seus bens;
- b) a imposição da obrigação do delinqüente de satisfazer o dano causado, onde em caso de dúvida, decidir-se-ia em favor do ofendido.

A regra daquele *codex* era a da cumulação obrigatória entre ação de responsabilidade criminal e civil, podendo, entretanto, o ofendido valer-se excepcionalmente da ação civil em face do criminoso, desde o momento da perpetração do crime, nos moldes do § 3º de seu art. 31.

Aquele art. 31 somente veio a ser revogado em 1841, por força do art. 68 da Lei n.

⁵⁴ Frans von Liszt. *O Brasil na legislação penal comparada*. Tradução de Clóvis Bevilacqua. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911, p. 42.

⁵⁵ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1, cit., p. 27.

⁵⁶ “Art. 28. Serão obrigados à satisfação, posto que não sejam delinqüentes:

§ 1º. O senhor pelo escravo, até o valor deste.

§ 2º. O que gratuitamente tiver participado dos produtos do crime até concorrente quantia.”

261, optando pela independência das ações civis e penais, mas atribuiu força de coisa julgada civil à sentença criminal, estabelecendo que a decisão a respeito da autoria e da existência do fato criminoso não mais poderia ser discutida no cível.

Destaca-se seu intento eminentemente protetivo à vítima, pois estabelecia que, em caso de dúvida concernente ao valor da indenização, decidia-se da maneira mais favorável ao ofendido, segundo dispunha seu art. 22.

Era, inclusive, prevista a prisão do criminoso, com trabalhos forçados, com o intuito de angariar numerário suficiente para atender ao anseio reparatório da vítima, como assentado em seu art. 32.

- c) a transmissibilidade do dever de reparação aos herdeiros do causador dos danos até as forças da herança, bem como do direito da vítima aos seus herdeiros e ao embrião;
- d) a responsabilidade civil do senhor pelos atos danosos de seus escravos, ainda que não houvesse culpa daquele.

A terceira fase do direito pré-codificado brasileiro tem início com Teixeira de Freitas, defendendo o desvencilhamento da responsabilidade civil da criminal.

Isto se deu com a derrogação do Código Criminal de 1830 pela Lei de 3.12.1841, que estabeleceu a passagem da satisfação do dano causado pelo delito para a esfera cível, que é seu lugar apropriado.

Teixeira de Freitas opunha-se a que a responsabilidade civil estivesse germinada à criminal, sendo que o campo adequado para a reparação por danos advindos de atos delituais seria o civil.⁵⁷

Nos últimos anos da monarquia, principalmente devido à abolição da escravidão, tornou-se sensível a necessidade de uma fundamental revisão e codificação de todas as leis penais. Entretanto, o Anteprojeto de uma nova edição do Código Criminal foi abandonado, fazendo-se substituir por um novo, para que fosse possível a harmonização deste ramo do direito com os novos anseios do país. O intento concretizou-se em 11.10.1890, com a promulgação do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.⁵⁸ Foi então reafirmada a independência das ações civis e penais, à semelhança do que fizera a Lei n. 261/1841.

⁵⁷ Luiz Roldão de Freitas Roldão. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18.

⁵⁸ Frans von Liszt. *O Brasil na legislação penal comparada*. cit., p. 44-45.

Este documento agasalhou princípios fundamentais que, em substância, foram confirmados pela Constituição de 24.02.1891. Dentre tais princípios, assume especial relevo o fato de uma ação deixar de ser criminalmente punível não acarretar, por si só, a isenção de responsabilidade civil pelas conseqüências que, nesta esfera, o ato representar, nos termos de seu art. 31.⁵⁹

Dentre os efeitos legais da sentença condenatória estão a obrigação de satisfação as despesas judiciais; a confiscação dos instrumentos do crime, se o ofendido sobre eles não houver direito; e a de indenizar o ofendido, segundo os princípios do direito civil, que, na época, ainda não se encontravam codificados no Brasil.⁶⁰

A Consolidação de Carlos de Carvalho analisa o instituto da responsabilidade civil, considerando-o independente da criminal. Vem fundamentada no princípio subjetivista, tratando de responsabilidade por danos oriundos de ruínas de edifícios e construções; por danos causados por coisas inanimadas instituindo a presunção de culpa; prevê a responsabilidade dos funcionários públicos, mas eximindo a União de reparar os danos causados por seus respectivos funcionários ou em tempo de perturbações intestinas ou de guerra civil; dentre outras.

Esta consolidação das leis civis de 1899 enfatizou a separação das jurisdições cível e criminal. Foi imposta a obrigação de indenizar, tanto ao autor, como ao causador do dano, demonstrando-se a ocorrência do quase-delito, ou seja, negligência, culpa ou falta considerada. Tratou das competências dos juízos cíveis e criminais. Dispôs sobre a responsabilidade dos menores e sobre a responsabilidade por fato de terceiros.

Merecedoras dos aplausos do eminente Aguiar Dias⁶¹, foram a consolidação de Teixeira de Freitas e a de Carlos de Carvalho, por terem marcado uma nova fase da evolução do direito brasileiro, de modo a revelarem crescente interesse pela solução da sistematização da responsabilidade civil.

À esta legislação pré-codificada em muito se assemelhou o Código Civil de 1916, adotando como regra geral a teoria subjetivista, e em casos esparsos previu a responsabilidade objetiva.

Ocorre que, antes da promulgação do Código Civil de 1916, inexistia no direito brasileiro um princípio geral de responsabilidade civil, nem uma definição de ato ilícito.

⁵⁹ Frans von Liszt. *O Brasil na legislação comparada*. cit., p. 49.

⁶⁰ Frans von Liszt. *O Brasil na legislação comparada*. cit., p. 52.

⁶¹ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1, cit., p. 28-29.

1.2.3 O Código Civil de 1916

Ao tratar da responsabilidade por ato próprio ou responsabilidade simples – conforme a denomina Serpa Lopes⁶² – assevera o autor que ela se constitui quer por uma ação quer por uma omissão, por um fato voluntário ou involuntário, imediato ou mediato, configurando-se, neste caso, quando o homem dispõe negligente ou imprudentemente de uma coisa, que deu ensejo a um prejuízo, ou seja, quando essa coisa é por ele movimentada, de sorte a transformar-se em prolongamento de sua própria pessoa ou de seu corpo, como no caso de estar dirigindo um automóvel, manobrando um fuzil ou um bastão. Ainda segundo Serpa Lopes, o Código Civil de 1916, ao definir o ato ilícito em seu art. 159, indiretamente refere-se ao fato próprio do ofensor.

Conforme noticia Garcez Neto⁶³, o Código Civil de 1916, ao disciplinar o instituto da responsabilidade, revela marcantes influências do Código Civil Alemão – BGB – como se pode perceber mediante o abandono da distinção entre responsabilidade delitual e quase delitual, reminiscência histórica do direito romano incorporada no Código Napoleão. Na esteira do BGB, o legislador brasileiro de 1916, assim como o de 2002, inseriu as disposições gerais acerca da responsabilidade na Parte Geral, ao contrário do Código Napoleão, em que pese este incluir, como o faz o Código brasileiro, as disposições especiais sobre responsabilidade civil no livro destinado ao direito das obrigações. Todavia, ao conceituar o ato ilícito, o legislador brasileiro mais inspirou-se no BGB do que no art. 1.382 do Código Napoleão.

Os autores do Código Civil francês, em tema de responsabilidade civil contentaram-se em recuperar os ensinamentos de Domat. Os arts. 1.382 a 1.386, inseridos no Capítulo dos Delitos e dos Quase Delitos, remontam ao princípio geral de responsabilidade civil enunciado por Domat, ao mesmo tempo que precisam a condição fundamental da responsabilidade, ou seja, o dolo ou a culpa, englobando a imprudência e negligência.⁶⁴

Noticia Ripert⁶⁵ que a regra elementar *neminem laedere* encontrada no mencionado princípio geral de responsabilidade civil do art. 1.382 do Código Napoleão, é

⁶² Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso*. cit., p. 222-223.

⁶³ Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 38-39.

⁶⁴ Henri, Leon e Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*. 2. ed. t. 3. Paris: Montchrestien, 1963, p. 302.

⁶⁵ Georges Ripert. *A regra Moral nas obrigações civis*. 3. ed. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas-SP: Bookseller, 2002, p. 205.

a evolução de uma tentativa de repressão casuística, que visava atingir, como se passava com a *Lex Aquilia*, mediante uma precisa discriminação, os atos ilícitos cometidos pelos homens. Superada a tentativa de se buscar tal repressão mediante previsão de hipóteses taxativas, o Código Napoleão propôs um sistema geral de responsabilidade civil fundada na culpa, que se externa em uma regra moral com a finalidade de oferecer uma justa direção às ações humanas.

Assim como o Código Civil de 1916, vários outros ordenamentos jurídicos adotaram a teoria da culpa como regra geral de imputação do dever de reparação dos danos causados pela prática de atos ilícitos em geral ou por abuso de direito. Assim se passou com o sistema espanhol de responsabilidade civil, que se baseia sobretudo na culpa do agente produtor do dano, conforme disposto no art. 1.902⁶⁶ de seu Código Civil. A conduta culposa ou negligente, bem como a dolosa são levadas em conta pelo legislador espanhol. Nestes termos, o dano é atribuído ao agente tanto porque tivera intenção de causá-lo, como porque devendo e podendo prevê-lo, não o fez por negligência inescusável.⁶⁷ Percebe-se que o direito espanhol utiliza-se do vocábulo “culpa” em sentido diverso do empregado no Brasil. Para aquele direito, culpa parece estar empregada no sentido de ação, ato comissivo, em contraposição à “negligência”, caracterizadamente omissiva.

Portanto, segundo o art. 159 do Código brasileiro de 1916, a vítima de um dano somente obteria reparação caso não provasse o dolo ou culpa *stricto sensu* do causador bem como a relação causal entre o fato, comissivo ou omissivo, e o dano.

Esse regime adotado pelo Código de 1916, muito embora elaborado e promulgado em época de plena efervescência da novel idéia de responsabilidade sem culpa, acabara por acolher, em tese, o clássico princípio da culpa. A disciplina da responsabilidade civil, tal qual encarada pelo anterior Código, recebeu severas críticas de Wilson Melo da Silva, segundo quem, com “olhos voltados ainda para o passado, num conservadorismo digno de lástima, nosso Código, sob esse (e sob muitos outros aspectos) como que já nasceu envelhecido e trôpego”. Ao contrário do Código, a legislação esparça da época já dispensara generosa acolhida à tese da causalidade objetiva, valendo ainda salientar que, mesmo no Código Civil, dispositivos há que trazem consigo a marca da responsabilidade

⁶⁶ “Art. 1.902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

⁶⁷ Luiz diez-Picazo e Antonio Gullon. Antonio. *Sistema de derecho civil*. v. 2. Madrid: Tecnos, 1976, p. 474-475.

objetiva que, entretanto, não passam de mera exceção à regra geral do art. 159.⁶⁸

Os estudos históricos esclarecem que o princípio adotado pelo art. 159 do Código Civil de 1916, atual art. 186 do Código de 2002, emana instintivamente da consciência humana, portanto não surge espontaneamente na vida jurídica, sendo resultado de uma lenta evolução dos conceitos jurídicos. Verdadeiramente, o dever de reparação daquele dano injustamente causado somente afirmou-se em época relativamente recente, como reconhecem os estudiosos da evolução dos fatos sociais.⁶⁹

Do ponto de vista econômico, a responsabilidade civil subjetiva, ligada que está à liberdade humana, facilita o espírito de iniciativa e impele a ação, partindo do princípio de que privilegiar a segurança arruína a liberdade de ação, sendo o imobilismo e a inércia economicamente ruinosos. Como razão de ordem prática, constitui-se em princípio universal de sorte a revestir-se de plasticidade tal que lhe dota de extensa faculdade de adaptação, permitindo-se ao magistrado atuar com larga escala de discricionariedade possibilitando-se-lhe abranger os ondulantes e diversos contornos da realidade. Como razões práticas aponta para a prevenção dos prejuízos e para o princípio da precaução, vez que sua função primeira é a de prevenir antes de reparar os prejuízos.⁷⁰

Percebe-se que o Código Civil de 1916 trabalhou principalmente com a noção de ato ilícito como fato gerador de responsabilidade civil, punindo aquele que agir ao arrepio das normas jurídicas. Todavia, o ato ilícito ao qual refere-se o art. 159 do anterior Código Civil é aquele ato humano individualmente considerado e carregado de intenção lesiva.

Salienta Bevilacqua⁷¹ que o conceito de ato ilícito não se encontra, claramente, definido em lei, mas construído pela doutrina baseada em prescrições legais. A esse respeito manifestaram-se os irmãos Mazeaud⁷² esclarecendo que “*une personne est civilement responsable quand elle est tenue de réparer un dommage subi par autrue.*”⁷³

Ordenamentos estrangeiros, como o italiano e português, adotam postura diversa, no que se refere à responsabilidade civil subjetiva, tendo-se em vista que o ato ensejador desse fenômeno além de ilícito deve ser injusto.

⁶⁸ Este parágrafo é uma síntese do pensamento externado pelo eminente Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 128).

⁶⁹ Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade*. cit., p. 22.

⁷⁰ Luiz Roldão de Freitas Gomes. *Elementos*. cit., p. 39.

⁷¹ Clóvis Bevilacqua. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. v. 1. At: Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 342.

⁷² Henri, Leon e Jean Mazeaud. *Leçons*. cit., p. 296.

⁷³ “Uma pessoa é civilmente responsável quando está obrigada a reparar um dano suportado por outrem.” (Tradução livre)

O Código italiano, em seu art. 2.043⁷⁴ recorre à fórmula geral de dano injusto em detrimento da simples violação aos direitos de outrem.

O Código português, em seu art. 483⁷⁵ adota idêntica postura, imputando o dever de indenizar àquele que por um ilícito injusto causar danos a outrem.

O Código Civil anterior, ao erigir, em seu Art. 159, o dolo e a culpa como fundamentos da obrigação de indenizar, filiou-se fortemente à teoria subjetiva, de sorte que esta persistiu como regra geral durante toda sua vigência.⁷⁶

Tal posição restou um tanto quanto abalada a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, que erigiu a responsabilidade objetiva à regra geral para todas as obrigações resultantes de relações de consumo, de sorte a ocupar grande parte do terreno até então pertencente àquela responsabilidade fundada na culpa. E assim se manifesta Cavalieri Filho⁷⁷:

tudo ou quase tudo em nossos dias tem a ver com o consumo, de sorte que não haverá nenhuma impropriedade em se afirmar que hoje a responsabilidade objetiva, que era exceção, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva.

Todavia, após enunciar, em seu Art. 159, o princípio geral de responsabilidade civil fundada na culpa, o Código Civil de 1916, de maneira inversa, dispõe em seu Art. 160 acerca da teoria do abuso de direito, enumerando aqueles atos não considerados ilícitos aos olhos da lei civil.

Assim é que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou em exercício regular de direito; e a deterioração ou destruição do alheio a fim de remover perigo iminente, nos limites do necessário e do indispensável para a remoção do perigo.

Nesta esteira tem-se o disposto no Art. 1912 do Código Civil mexicano, segundo o qual “Cuando al ejercitar un derecho se cause dano a otro, hay obligacion de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejercito a fin de causar el dano, sin

⁷⁴ Art. 2.043. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185). Qualquer fato doloso ou culposo que ocasionar a outrem um dano injusto, obriga àquele que o cometeu o fato a ressarcir os danos. (Tradução livre)

⁷⁵ “Art. 483º (Princípio geral)

1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação.
2. Só existe obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.”

⁷⁶ Sergio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 159.

⁷⁷ Sergio Cavalieri Filho. *Programa*. cit., p. 159.

utilidad para el titular del derecho.⁷⁸

A vedação de se exercer um direito excedendo-lhe os limites legais também foi previsto pelo frustrado Código franco-italiano de Obrigações, em seu Art. 74, 2.a, nos seguintes termos: “Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré”.⁷⁹

Todavia, a contrário senso do que dispôs o novo Código, o anterior não definiu o que dever-se-ia entender por abuso de direito. Neste diapasão questionava Alvino Lima⁸⁰ se o uso irregular do direito significaria apenas seu exercício quando o titular do direito agir com intenção de lesar sem nenhum interesse ou utilidade para si próprio; ou deveria adotar-se um sentido mais amplo de sorte a abranger tanto a hipótese do *animus vexandi* quanto aqueles casos nos quais o exercício de um direito ia de encontro à sua finalidade econômica ou social?

Ressaltava que, contrariamente à posição hodiernamente adotada e explicitada no Art. 187 do Código Civil de 2002, o entendimento predominante era aquele primeiro, também conhecido como teoria da *aemulatio*.

Sobre o abuso de direito, analisado sob a ótica das atividades perigosas, e numa perspectiva civil constitucional, retornar-se-á no Capítulo 7 deste estudo.

Vale salientar que, inobstante a previsão legal de conduta culposa *stricto senso* e dolosa na regra geral de responsabilidade subjetiva fundada na culpa *lato senso*, indiferente fazia-se e indiferente se faz que se perquiria sobre a intenção lesiva – *animus necandi* – do agente. Trata-se da não distinção da dualidade *delicti e quase delicti* da antiga doutrina.

Basta que se reconheça a prática de um ato danoso para o qual a simples negligência, imprudência ou imperícia do agente contribuiu. É que enquanto o direito penal adota, em regra, a intenção lesiva do agente como pressuposto de tipicidade, o direito civil mais se preocupa com a restituição do ofendido ao anterior estado de coisas em que se encontrava.

⁷⁸ Art. 1912. Quando ao exercitar um direito se cause dano a outrem, há obrigação de indenizá-lo se se demonstrar que o direito só se exercitou a fim de causar o dano, sem utilidade para o titular do direito. (Tradução livre)

⁷⁹ Art. 74, 2.a. Está igualmente obrigado à reparação aquele que causou a outrem, no exercício de seu direito, um dano excedente aos limites fixados pela boa-fé ou pelo fim para o qual o direito lhe é conferido. (Tradução livre)

⁸⁰ Alvino Lima. *Culpa e risco*. cit., p. 272.

O Código Civil de 1916, assim como os demais modernos diplomas de sua época, ao lado da teoria da culpa, adotou a teoria objetiva para certos casos. Tal exceção é aberta para que se pudesse, de certo modo, observar-se os princípios de equidade e de justa reparação do dano, frente à complexa e ligeira evolução das novas necessidades da vida de então.

1.2.4 Os Anteprojetos de códigos de obrigações

1.2.4.1 O Anteprojeto de 1941

Nas críticas de Aguiar Dias⁸¹, “o Código Civil já seria antiquado, em relação ao problema da responsabilidade civil. Procurou-se atualizar o nosso direito das reparações com o projeto do Código das Obrigações e com a reforma do próprio Código”.

O Anteprojeto de Código de Obrigações apresentado por Orosinbo Nonato, Hahnemann Guimarães e Filadelfo Azevedo em 1941 pretendeu regular a matéria da responsabilidade civil subjetiva e do abuso de direito, respectivamente, em seus Arts. 152 e 156 adotando, para tanto, o critério finalista, ou seja, aquele ligado ao exercício de um direito nos limites de seus fins sociais e econômicos, afastando-se da teoria subjetiva dos atos emulativos então observada pelos exegetas do Código de 1916.

Neste Anteprojeto – pondera Wilson Melo⁸² – a noção de dano percebe um alargamento se comparada com as primitivas e tradicionais estreitezas da velha e clássica conceituação de culpa, porquanto materializa não só uma violação da lei, mas, ainda, qualquer conduta desviada dos bons costumes e das normas de vida social.

Dispunha o indigitado art. 152 do Anteprojeto: “O dano pode resultar, não só de violação da lei, como de procedimento contrário e prejudicial aos bons costumes e às normas do consórcio social”. Conforme extrai-se da Exposição de Motivos⁸³, os elaboradores justificaram a inserção da referida norma, nos seguintes termos:

⁸¹ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1, cit., p. 33.

⁸² Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 131.

⁸³ Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, p. 14.

Acentuou-se, por isso, que a reparação não resulta de procedimento contrário à lei, mas, de qualquer conduta desviada dos bons costumes e das normas de vida social, princípio que, conductilidade, se afeiçoa à mudança das exigências da atividade moderna.

Todavia, a maior crítica dirigida pela doutrina àquele Anteprojeto referia-se à inserção do preceito geral do abuso de direito no capítulo da Responsabilidade civil.

Assevera Alvino Lima⁸⁴ que

bastaria a forma genérica dos referidos artigos para que, desde logo, se verificasse não se tratar apenas de fixar responsabilidade; tratam-se de dispositivos que abrangem o exercício de todos os direitos em geral; preceitos basilares de uma legislação moderna, que não pode deixar de atender aos princípios da boa-fé e das finalidades econômicas e sociais de cada instituição.

Valeu-se o Anteprojeto, em sede de abuso de direito, do disposto no § 826 do Código Civil alemão cujo texto é o seguinte: “Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.”⁸⁵

Noticia Agostinho Alvim⁸⁶ que os elaboradores do referido Anteprojeto, na Exposição de Motivos⁸⁷, acentuaram que: “Na reparação civil predominou, ainda, o conceito de culpa, que por sua elasticidade permite extensão suficiente no enfrentar as exigências atuais do comércio jurídico (art. 151)”. Todavia, logo adiante consignou-se que:

Ressalvados ficaram, todavia, os preceitos especiais reguladores da reparação civil em matéria de acidentes do trabalho, transporte e concorrência desleal, onde a responsabilidade puramente objetiva já tomou definitivamente o campo, ou vê crescer cada dia sua influência dominante (art. 185).

⁸⁴ Alvino Lima. *Culpa e risco*. cit., p. 274.

⁸⁵ A pessoa que dolosamente causar dano a outrem de modo contrário à ordem pública fica obrigado a compensar-lhe pelo dano. (Tradução livre)

⁸⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 246.

⁸⁷ Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, p. 14.

1.2.4.2 O Anteprojeto de 1963

Cabe, ainda que brevemente, analisar alguns dispositivos do Anteprojeto de Código de Obrigações, apresentado pelo erudito professor Caio Mário da Silva Pereira ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, em 25.12.1963, que precedeu ao Projeto de Código Civil de Orlando Gomes, de 31.03.1963.

O Anteprojeto não foi convertido em lei, por se ter abandonado a idéia da feitura de um Código de Obrigações para conviver ao lado do Código Civil, no intuito de se preservar a sistematização da mais relevante parte da matéria privada em um único monumento legislativo. Inobstante isto, vale o referido texto, como importante fonte histórica donde buscou inspiração, em diversos de seus dispositivos, o vigente Código Civil.

O referido Anteprojeto, ao abrir a Seção I do Capítulo I de seu Título IX, consagrou a teoria subjetiva, nos seguintes termos: “Art. 914. Fica obrigado a reparar o dano todo aquele que, por culpa, causar prejuízo a outrem.”

Observa-se que, ao contrário da postura adotada pelo novo Código Civil, em seu art. 186, o Anteprojeto não fez inserir, no dispositivo supratranscrito, a expressão “violar direito e causar dano”, contentando-se, numa análise puramente literal do texto, com a simples eclosão do prejuízo, ainda que direito nenhum fosse violado.

Já em seu art. 915, pretendia o Anteprojeto a consagração da responsabilidade civil objetiva, nos moldes do que fora levado a efeito na primeira parte do parágrafo único do art. 927 do Código em vigor. Com efeito, era a seguinte a redação do dispositivo: “Art. 915. Independentemente da idéia de culpa, o causador do dano estará sujeito à reparação, nos casos em que a lei o estabelecer, direta ou indiretamente.” Trata-se, portanto, da cláusula fechada de responsabilidade objetiva, de sorte a depender da fixação do próprio Código ou de lei esparsa a previsão de hipóteses nas quais prescindir-se-ia da perquirição de culpa para a imputação de responsabilidade.

Significativa inovação pretendida pelo Anteprojeto de Caio Mário da Silva Pereira encontra-se no art. 935, inserido na Seção III – Responsabilidade independente de culpa, ainda no capítulo supramencionado. Propunha o dispositivo que

Aquele que cria um perigo, em razão de sua atividade ou profissão,

pela natureza delas, ou dos meios empregados, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo se provar que adotou todas as medidas idôneas a evitá-lo.

Apresenta o dispositivo semelhança com o art. 2.050 do Código Civil italiano e com a parte final do parágrafo único do art. 927 do vigente Código Civil brasileiro, cuja análise reservar-se-á para o Capítulo 3, por ser este o objeto principal deste estudo.

1.2.5 O Código Civil de 2002

A respeito do Projeto de Código Civil aprovado na Câmara dos Deputados, Aguiar Dias⁸⁸ tece críticas opiniões, que ora faz-se mister na íntegra reproduzi-las:

Com o respeito devido aos que empreenderam a difícil tarefa da reforma do nosso Código Civil, ousou dizer que, a meu ver, o momento não é favorável à sua realização. Estamos todos apreensivos e esperançosos, na perspectiva de mudanças transcendentais em nossa República. Ao cabo de vinte anos de torturante incerteza, em que a segurança do cidadão foi abandonada como preocupação do sistema, para dar lugar a um complexo destinado à perpetuação do poder ilegítimo, ao povo que não é ainda admitido decidir seus destinos, a eles se acenando com uma liberdade vigiada, que os mais otimistas encaram como a possível transição para o Estado de Direito.

Nesse ambiente, a meu parecer, talvez pessimista, mas sempre prudente, é arriscado sujeitar a grandes esforços a plantinha tenra de que falava Octávio Mangabeira. Parece que é melhor robustecê-la primeiro, para depois edificarmos um sistema de leis que não tragam em seu corpo nenhum vicioso resíduo dos calamitosos decênios em que a lei escrita, a começar pela Constituição, perdeu toda força e toda respeitabilidade, dada a desmoralizante desenvoltura com que foi manejada, à feição dos ventos de mar e guerra.

Não foi, porém para negação, que justos ressentimentos explicam, se não justificam, mas para crítica e análise construtiva que me convocaram: o Projeto, agrade ou não a precipitação com que se apresenta, aí está, reclamando exame.

A doutrina duramente critica a técnica adotada pelo novo Código Civil – assim como o fizera o anterior – ao enunciar tanto na Parte Geral quanto na Especial o princípio de responsabilidade civil, uma vez que poderia tê-lo feito, tão-somente, nesta última, sem

⁸⁸ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1, cit., p. 35.

que se sofresse nenhum tipo de perda ontológica.

Entretanto, superados tais debates, que ultrapassariam a proposta desta reflexão, assevera-se que o dever de indenizar, assim como disciplinado no Código anterior, via de regra, corre para aquele que, por ato ilícito, violar direitos e causar danos a outrem. É o preceito exarado pelo art. 927 *caput* do atual Código que, em conteúdo, muito se assemelha ao do já aludido art. 159 do Código de 1916.

Este é o princípio básico de responsabilidade subjetiva, vale dizer, fundada na culpa *lato senso* do causador do dano.

Segundo Noronha⁸⁹, não são muitas as inovações, nem de fundo nem de forma, do novo Código Civil em seu Livro I da Parte Especial, que trata do Direito das Obrigações, para tal contribuindo o fato de ter sido Agostinho Alvim o relator da matéria tanto no Anteprojeto de 1975, como nos de 1974 e 1972, com seu espírito conservador, além do fato de a comissão revisora haver previamente decidido que o texto do anterior Código, quanto possível, fosse mantido, de modo a conservar sua insuperável perfeição redacional. O texto daquele Código, portanto, somente seria alterado quando presentes relevantes razões para fazê-lo, de modo a preservar ao máximo a jurisprudência até então construída.

Prossegue Noronha asseverando que tal preocupação em manter-se os artigos do próprio Código de 1916 foi prejudicial, haja vista que ao tempo de sua promulgação, o instituto da responsabilidade civil iniciava uma transformação que, em fins do século XX, significava uma verdadeira evolução, tornando o instituto do Direito Civil o que apresentaria o mais espetacular desenvolvimento nos últimos cem anos.

Neste sentido pondera Venosa⁹⁰ que, “o atual Código Civil, embora mantendo a mesma estrutura do diploma anterior, trata da responsabilidade civil com mais profundidade, embora sem a amplitude que seria desejável, nos arts. 927 ss.”

Deste modo, tem-se um Código novo que nasceu velho no concernente à responsabilidade civil, por não disciplinar determinadas situações até então a cargo dos trabalhos jurisprudenciais, em que pese seu sistema de cláusulas gerais permitir que as lacunas legais sejam mais facilmente preenchidas, como se passa com a parte final do parágrafo único de seu art. 927.

⁸⁹ Fernando Noronha. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 548.

⁹⁰ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. 5. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2005, p. 14-15.

Do mesmo raciocínio comunga Cavalieri Filho⁹¹ ao ponderar que

o Código Civil de 2002 ampliou ainda mais os domínios da responsabilidade objetiva, embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas cláusulas gerais que a consagram no parágrafo único do Art. 927 e no Art. 931.

Como no desenvolver deste estudo procurar-se-á demonstrar, o Código utiliza-se do termo *ato* para designar a conduta do agente a qual é passível de exame de desvalor. Todavia, no que concerne à responsabilidade objetiva geral adotada pela segunda parte do parágrafo único do art. 927 fala-se em *atividade de risco*.

Na esteira do direito anterior, o novo Código adota aquele tradicional sistema geral de responsabilidade civil fundada na culpa – desvalor da conduta – e um sistema casuístico ou taxativo de responsabilidade civil objetiva – desvalor do resultado.

Assim é que, na primeira parte do parágrafo único do Art. 927 prevê que haverá obrigação de reparação do dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei...

A novidade está na segunda parte daquele parágrafo único, o qual prevê que também haverá dever de reparação de danos, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O homem, aventureiro e ganancioso que é, procura o progresso e a riqueza acima de todo custo, sem se preocupar muito ou quase nada com os riscos advindo da exploração de atividades e bens então desconhecidos ou pouco conhecidos.

Assim mesmo assume todos os riscos de tais atividades que passam, então, a ser toleradas pelo direito e pela sociedade. É que, em que pese tais atividades implicarem em perigo, mais ou menos graves, é de interesse de todos a descoberta de novas drogas medicinais capazes de curar doenças então vitimantes, a emissão de gases e outros detritos poluentes para a produção de novos bens e utilidades de consumo, o desenvolvimento de novas técnicas empresariais e industriais, dentre outras coisas.

Tal evolução avança em velocidade enesimamente superior às previsões legislativas, vendo-se o Estado na obrigação de, cada vez mais, valer-se das chamadas cláusulas gerais a fim de que a moldura possa ajustar-se à tela a cada nova pincelada do progresso.

⁹¹ Sergio Cavalieri Filho. *Programa*. cit., p. 159.

CAPÍTULO 2

O FENÔMENO DA OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

A proposta deste capítulo é demonstrar alguns passos do caminhar da responsabilidade civil – antes fundada unicamente no conceito de culpa – em direção à tendência de generalização da teoria objetiva, que no ordenamento brasileiro ganha grande destaque a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

Iniciar-se-á com a discussão sobre a necessidade de um novo critério de imputação de responsabilidade além daquele fundado na culpa do agente, abordando-se a casuística da teoria objetiva ao longo do século XX, com destaque para a responsabilidade civil dos operadores de estradas de ferro, para as leis de Política Nacional do Meio Ambiente e de atividades nucleares que trazem especial forma de responsabilidade civil objetiva, para a responsabilidade civil do Estado segundo sua previsão constitucional, até a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços sujeitos às regras do Código de Defesa do Consumidor. Brevemente mencionar-se-á acerca do novo Código Civil, porquanto este será o enfoque central do subsequente capítulo.

Segundo Garcez Neto¹, o processo histórico da responsabilidade civil demonstra que seu fundamento era unicamente subjetivo, prendendo-se à noção de culpa.

Noticia Aguiar Dias² terem sido alguns partidários da escola do direito natural do século XVIII os precursores da doutrina do risco, em particular, Thomasius e Heineccius, quem sustentavam o entendimento segundo o qual o autor de um dano deve ser responsabilizado independentemente da existência de culpa de sua parte. Fizeram-no com o intuito de estabelecer responsabilidade de pessoas privadas de discernimento, portanto impossibilitadas de agir com culpa.

Mas é na segunda metade do século XIX que a responsabilidade objetiva toma corpo,

¹ Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85.

² José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 58.

logrando aparecer como sistema autônomo no campo da responsabilidade civil, deitando raízes nos estudos dos penalistas Ferri e Binding. Segundo Ferri, a pena deveria ser aplicada tendo-se em vista não o criminoso individualizadamente, mas a sociedade, pois que a individualização da pena acabaria por expor a sociedade a graves riscos, já que a humanização da pena concretamente considerada conduziria à impunidade, de sorte a estimular a prática de novos crimes. Trata-se da busca de uma nítida primazia do social sobre o individual.³

Já para Orlando, não se deveria suprimir por completo a culpa da responsabilidade civil, colocando em seu lugar unicamente a teoria do risco, pois a noção de culpa seria apenas insuficiente em certas situações, portanto necessitando conviver ao lado da teoria do risco.⁴

2.2 A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA SUBJETIVA E O SURGIMENTO DA TEORIA OBJETIVA

Em face dos novos problemas que iam aparecendo, o jurista não podia mostrar-se inerte, de sorte a buscar soluções tais, que não mais se inspirassem nos cânones vigentes outrora, valendo-se apenas da velha e desgastada concepção de culpa. Brilhantes são as palavras de Wilson Melo⁵, segundo quem,

o sentimento de justiça de cada qual como que despertava, percebendo todos que as vítimas das máquinas não podiam ficar irressarcidas apenas porque não pudessem demonstrar a culpa dos patrões nas grandes empresas. Era patente que a velha culpa já não mais bastava e que seu conceito, em face das contingências novas, até então jamais sonhadas, vinha se revelando por demais estreito e hermético.

Denuncia o saudoso professor mineiro que havia pressa, havia riscos, havia danos que não mais podiam esperar e para os quais não existia mais o conformismo surdo de outros tempos. E apelar para o encanecido Código de Napoleão de nada adiantaria pois – ainda segundo Melo – lá se lia, em suas letras de forma de suas disposições, que somente a falta, qualificada pela imputabilidade, é que poderia determinar o dever de reparar.

³ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade civil e socialização dos riscos*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 53.

⁴ Orlando di Saggio. Di una nuova teoria sul fundamento giuridico della Responsabilità Civile, a propósito della responsabilità delo Stato, em Arch. di Diritto Pubblico, v. III. Apud Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 64.

⁵ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 95.

Isto posto, aquela tradicional idéia de culpa que, no século XIX, parecia tão sólida, tão suficiente a ponto de manter-se indene de dúvidas, aos poucos mostrava-se inapta a solucionar novas situações. E neste sentido leciona Planiol⁶ que, ainda que o Código Civil admita um princípio geral de responsabilidade civil subjetiva, a regra legal mostrou-se insuficiente para assegurar a reparação do prejuízo em razão do aumento considerável do número de danos e principalmente dos acidentes corporais. A grande indústria, o desenvolvimento do maquinismo e a imponente aglomeração de operários em usinas, teve por conseqüência acidentes de trabalho. Isso tornou-se freqüente.

Mesmo nos trabalhos agrícolas pelo emprego de máquinas, e nos transportes com emprego de motores, o acidente de circulação é também bastante freqüente. O número de acidentes devidos à circulação de automóveis em rodovias está em constante progressão. A utilização de forças naturais pelo homem, ou por ele criadas tem seu preço, o número de vítimas.

Reforça tal idéia Geneviève Champs⁷, segundo quem a mecanização do trabalho nas usinas, a construção de locomotivas a vapor e de vias férreas, a abertura de minas multiplicam os perigos, assim como o número e a gravidade de suas conseqüências danosas. Tais danos nada mais seriam do que inevitável tributo da expansão social e econômica. Em vista disso, vários países europeus ocidentais buscaram uma particular proteção aos trabalhadores, impondo a cargo do empregador uma responsabilidade sem culpa.

Nesse diapasão, salienta Antunes Varela⁸ que foi no domínio dos acidentes de trabalho que se chegou a tal conclusão. Discorre o ilustre autor luso que

o recurso cada vez mais freqüente à máquina e aos processos mecânicos de trabalho, ligado à revolução industrial, e mais tarde à chamada revolução tecnológica, ao mesmo tempo que aliviou o caráter penoso de muitas actividades, aumentou o número e a gravidade dos riscos de acidente a que os operários estão sujeitos. Por outro lado, a crescente complexidade da organização das empresas modernas (com a intervenção conjunta de técnicos, peritos, administradores, chefes de serviços, etc.) e a própria diferença de poder econômico entre a entidade patronal e a grande massa dos trabalhadores, tornariam cada vez mais difícil a estes exigir indenização pelos danos sofridos com os acidentes, dentro dos moldes clássicos da responsabilidade civil, por não lhes ser cômodo demandar o empresário nem fácil fazer prova da sua culpa.

⁶ Marcel Planiol, Georges Ripert e Jean Boulanger. *Traité élémentaire de droit civil*. 2. ed. t. 2. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, p. 313.

⁷ Geneviève Champs. *La mise em danger: un concept fondateur d'un principe general de responsabilité – analyse de droit comparé*. Bruxelas: Bruylant; Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 4.

⁸ João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações em geral*. 10. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2005, p. 631-632.

Foi o legislador alemão que, embora mantendo a noção de responsabilidade fundada na culpa, viu-se obrigado a admitir a responsabilidade sem culpa, trazendo-se a lume o disposto no parágrafo 16 do Título 6 da 1ª parte do Código prussiano de 1794, onde se falava de *Zufählger Schaden*, que obriga o autor à reparação, em dados casos, e ao parágrafo 72, onde se estabelecia explicitamente que aquele que guarda animais que, embora perigosos por seu caráter, não são utilizados, ordinariamente, na economia rural ou urbana, responde também sem culpa especial de sua parte.⁹ Não obstante isso foram os franceses os precursores da teoria do risco, sob os brilhantes estudos de Louis Josserand e Raymond Saleilles.

Neste sentido – assevera Josserand¹⁰ – a evolução da responsabilidade objetiva demonstra que o risco situa-se freqüentemente e eficazmente na base da responsabilidade aberta, e vence o conceito subjetivo da culpa, sem muitos esforços e subterfúgios.

No direito francês,¹¹ é a partir de 1880 que o desenvolvimento do maquinismo acarretou a multiplicação de acidentes. Então, surgiu a necessidade de socorrer-se juridicamente as vítimas. Contentar-se com as regras de responsabilidade fundada na culpa do Código francês, seria constranger as vítimas, ao menos quando se tratar de responsabilidade extracontratual, a provar uma culpa do autor do dano, *preuve difficile à apporter lorsque l'accident, fait de la machine plus encore que fait de l'homme, devient un accident en quelque sorte anonyme*. De outra forma, mesmo quando uma culpa existir, seria ainda difícil de estabelecê-la; as testemunhas ou presunções são necessárias; a vítima que não tem testemunhas a produzir nem presunções a invocar, provavelmente não logrará êxito em seu processo. Daí o esforço do legislador, da doutrina e da jurisprudência em suprir, em favor da vítima, as regras de responsabilidade civil.

O intento de assegurar a reparação desses danos é tanto maior que as vítimas freqüentemente não pertencem à mesma categoria social que os ofensores. Um sentimento de desigualdade social, desenvolvido pelo regime democrático, dá a esta questão jurídica um aspecto político.¹²

Assevera Garcez Neto¹³ que entre a vítima e o autor do dano, a primeira, geralmente, não obtém nenhum benefício com a atividade que ocasionou o dano; seu autor,

⁹ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade*. v. 1, cit., p. 50.

¹⁰ Louis Josserand. *Derecho civil*. v. 1. t. 2. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 444.

¹¹ Henri, Leon e Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*. 2. ed. t. 3. Paris: Montchristien, 1963, p. 302-303.

¹² Marcel Planiol et ali. *Traité élémentaire*. cit., p. 314.

¹³ Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade*. cit., p. 98-99.

por outro lado, esperava obtê-lo e, em reciprocidade, nada mais justo que venha a repará-lo. Por isso sustenta-se que a teoria objetiva coloca freios ao individualismo egoísta que tão-somente busca suas conveniências sem preocupar-se com os interesses alheios, portanto obriga os homens a adotarem postura de maior cuidado e prudência, buscando o desenvolvimento de um espírito de solidariedade.

A primeira preocupação foi, certamente, com as vítimas de acidentes de trabalho. A lei de 09.04.1898, em seguida a lei de 30.10.1946 estabeleceram um sistema de responsabilidade por acordo – *forfaitaire* – pelo qual o trabalhador estava dispensado de provar a culpa do empregador, em compensação, somente obtinha uma reparação parcial do dano suportado.¹⁴

Pela Lei de 1898, são postos a cargo dos empregadores os danos advindos de acidentes sofridos pelos empregados e trabalhadores, que decorram do exercício do trabalho, ou durante o itinerário para o mesmo, consagrando-se, destarte, a noção de risco profissional, cujo alcance estendeu-se consideravelmente por posteriores leis às empresas comerciais e agrícolas. Por uma lei francesa de 03.05.1921 foram disciplinados os danos corporais ou materiais causados, não aos obreiros ou empregados, mas a terceiros, em decorrência de explosões, deflagrações, emanações de substâncias explosivas, corrosivas, tóxicas etc., que se encontravam em estabelecimentos tanto públicos quanto privados, que trabalhavam diretamente ou contratados para a defesa nacional, seja em tempo de guerra, seja em tempo de paz.¹⁵

Nas lições de Ripert¹⁶, foi grande a contribuição da lei de 1898, sobre os acidentes de trabalho, que habituou os espíritos a essa idéia. Assim, aos poucos viu-se o princípio do risco profissional alcançar as indústrias, explorações comerciais, florestais e agrícolas, empregos domésticos, dentre outros. Todavia, a doutrina francesa já admitia que as regras de responsabilidade civil subjetiva e objetiva seriam da mesma natureza, e ofereceriam uma e outra, em casos semelhantes, princípios diversos de reparação.

Os autores franceses¹⁷ preocupados em facilitar a ação das vítimas de acidentes, adotaram, primeiramente, uma solução extremada: seria descabida a exigência de culpa para os tribunais concederem reparação, porque tais autores negavam que a culpa seria

¹⁴ Henri, Leon e Jean Mazeaud. *Leçons. cit.*, p. 303.

¹⁵ Louis Josserand. *Derecho civil. cit.*, p. 445.

¹⁶ Georges Ripert. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório Oliveira. 3. ed. Campinas-SP: Bookseller, 2002, p. 209.

¹⁷ Henri, Leon e Jean Mazeaud. *Leçons. cit.*, p. 303.

uma condição da responsabilidade civil. Poderia haver responsabilidade independentemente de qualquer culpa; a partir do momento que um indivíduo, por sua atividade – por exemplo, um industrial para o funcionamento de seu equipamento – faz com que outras pessoas corram risco de dano, fica responsável quando o mesmo verificar-se. Trata-se da teoria do risco criado defendida por Saleilles e Josserand em 1898. Tal teoria influenciou fortemente inúmeros autores bem como os tribunais franceses.

Consoante informa Caio Mário da Silva Pereira,¹⁸ Saleilles assentou o fundamento da responsabilidade sem culpa em dispositivos de um código eminentemente partidário da teoria da culpa, como o é o Código Civil francês. Em seu estudo intitulado *Les accidents de travail et la Responsabilité Civile – Essai d’une Théorie Objective de la Responsabilité Delictuelle*, argumentava que, segundo o *Article* 1382 do Código Civil francês, o que obriga à reparação é o fato danoso do homem. Para Saleilles a *culpa* – então empregada em seu sentido vulgar – nada mais significaria senão a relação de causalidade entre o dano e o fato. Já no que se refere ao *Article* 1383, estaria tratando daquela abstenção relativa a uma causa material constitutiva do prejuízo que entra na esfera de atividade daquele que absteve-se. Tudo isso porque, segundo Saleilles, a teoria objetiva é uma teoria social que considera o homem como membro de uma coletividade que o trata no exercício de uma atividade em confronto com as individualidades que o cercam.

Informa Cavalieri Filho que os principais fatores ensejadores de uma nova concepção de responsabilidade civil foram a Revolução Industrial, o progresso científico e a explosão demográfica, todos ocorridos no século passado; e prossegue explicando que “o progresso científico fez aparecer um sem-número de inventos, encheu as ruas de veículos que, se, por um lado, facilitam a vida em sociedade, por outro, dão causa a um brutal número de acidentes de trânsito, diariamente.”¹⁹

Desta feita, em virtude da necessidade de se proteger terceiros prejudicados por danos de tal natureza, admitia-se, com base em juízo de probabilidade, que o distribuidor havia deixado de observar alguma de suas obrigações de prevenção.²⁰

Tais mudanças de paradigmas levaram os operadores do direito a encarar a responsabilidade civil sob novos ângulos. É manifesto que aquela concepção clássica do culpado continua a ter um vasto campo de incidência. Entretanto, ao lado do princípio da

¹⁸ Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Cap. 2. n. 15. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

¹⁹ Sergio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 154.

²⁰ Alvinio Lima. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960, p. 98.

responsabilidade baseada na culpa, em casos excepcionais, havia a necessidade de se valer de uma responsabilidade independentemente de culpa, cujos pontos de partida foram, entre outros, os acidentes de circulação terrestre e os acidentes de trabalho, em virtude de sua remota probabilidade probatória. É que na proporção em que a produção de bens e serviços passa a experimentar um acentuado processo de mecanização, aumenta o número de acidentes tanto em razão de os operários da época não estarem plenamente aptos a acompanhar aquela evolução, como também por desconhecerem as novas tecnologias de então, restando assim expostos a grandes riscos.

Começa-se então a subsistir ao lado da fórmula “aquele que culposa ou dolosamente causar danos a outrem fica obrigado à reparação”, a fórmula “o autor do dano é obrigado a repará-lo”. Observa-se que, consoante a primeira fórmula, investiga-se – tomando-se emprestados conceitos de Direito Penal – o desvalor da conduta, enquanto que para a segunda somente importa o desvalor do resultado. Neste sentido, assevera Villaça²¹, pautado em lições de Josserand, que,

tanto o instituto jurídico da culpa, como o do risco devem coexistir, para que se fortaleça a idéia de que a responsabilidade civil extracontratual, com ou sem culpa, deve ser a cidadela de ataque a todos os prejuízos, que se causam na sociedade.

Ao analisar as idéias de Josserand sobre a teoria do risco, seu texto transcreve Aguiar Dias²²:

Como poderia o operário que se feriu durante o trabalho demonstrar a culpa do patrão? Como poderia o pedestre colhido por um automóvel, em lugar solitário, à noite, provar, na ausência de testemunhas – supondo-se que tenha sobrevivido ao acidente – que o carro estava de luzes apagadas e corria com excesso de velocidade? Como poderia o viajante que, durante o trajeto efetuado em estradas de ferro, caiu no leito da linha, provar que os empregados da estrada foram negligentes no fechamento da porta do carro, à partida da última estação? Impor à vítima ou a seus herdeiros demonstrações desse gênero é o mesmo que lhes recusar qualquer indenização: um direito só é efetivo quando sua prática está assegurada; não ter direito e tê-lo sem o poder exercer são uma coisa só.

Portanto, a teoria da responsabilidade subjetiva, já no limiar do século XX, veio,

²¹ Álvaro Villaça Azevedo. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. In. *Cadernos de direito constitucional e ciências políticas*. a. 4. n. 14. São Paulo: RT, 1996, p. 30.

²² José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1. cit., p. 71.

aos poucos, cedendo lugar à teoria objetiva, mediante previsões legais agasalhando dever indenizatório independentemente de culpa em casos excepcionais.

Para Saleilles o fundamento da responsabilidade objetiva estava no próprio art. 1.382 do Código francês, para quem *faut* seria empregada como sinônimo de *fait*, ou seja, culpa e causalidade equivaler-se-iam; e na parte final do art. 1.383, que menciona expressamente negligência e imprudência, que, interpretada em consonância com a parte inicial de tais disposições, conduziria ao fato negativo, à abstenção relativa a uma causa material constitutiva de dano.²³

Assim, sustentou-se a aplicação da teoria do risco nos acidentes industriais, atribuindo-se àquela expressão “*faut*” constante do art. 1.382 do Código Civil francês a significação de “*fait*”, o que obrigaria o empregador à reparação do prejuízo, porque apenas a culpa exclusiva do empregado é que pode liberar o proprietário da máquina da responsabilização. Além disso, segundo a concepção de Josserand, nenhum motivo haveria para a existência do art. 1.384 do Código Civil francês, senão para excepcionar a regra inserida no art. 1.382, porque evidente a incompatibilidade entre a previsão legal da responsabilidade pelo fato da coisa animada e inanimada – obrigação *ex lege* – e a teoria da culpa.²⁴

Noticia Wilson Melo²⁵ ter sido a teoria do risco acolhida na Bélgica por influência de Paul Leclercq sem, contudo, deixar de lado a velha concepção de culpa. No entanto, Leclercq aceita a culpa, embora a esvazie de seu conceito clássico para dela fazer um sinônimo de dano, em que tudo resumir-se-ia à uma simples equação, do tipo “culpa=dano”. Para ele, o só fato da lesão ao alheio importaria em culpa. Daí afirmar-se que o autor belga, para construir sua teoria, aproveitou da tese clássica unicamente o rótulo, com o qual revestiu os princípios da teoria objetiva, a qual defende.

Segundo informa Silvio Rodrigues²⁶, certamente o mais antigo dentre os casos de responsabilidade civil objetiva agasalhados pelo legislador brasileiro é o da responsabilidade das estradas de ferro, por danos causados aos proprietários marginais, consoante consignado no art. 26 do Decreto n. 2.681, de 07.12.1912, a saber:

As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração de suas linhas causar aos proprietários marginais. Cessar, porém, a

²³ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 97.

²⁴ Roberto Senise Lisboa. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 40-41.

²⁵ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 84.

²⁶ Silvio Rodrigues. *Direito civil*. 20. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157-158.

responsabilidade, se o fato danoso for consequência direta da infração, por parte do proprietário, de alguma disposição legal ou regulamentar relativa a edificações, plantações escavações, depósito de materiais ou guarda de gado à beira das estradas de ferro.

Neste particular, a responsabilidade independe de prova de culpa da estrada de ferro, para tanto sendo bastante que se demonstre o nexo causal entre a exploração da linha férrea e o proprietário marginal. Assim, para que o dever indenizatório emerja, é suficiente que o proprietário marginal prove que, por exemplo, o incêndio de sua mata foi decorrente de uma fagulha proveniente da chaminé da locomotiva. Ainda que a estrada demonstre ter adotado todas as providências para evitar o evento danoso, tais como a instalação de aparelhos para impedir a expulsão de fagulhas pelas locomotivas, mesmo assim terá que reparar o prejuízo pelo fato de ser objetiva sua responsabilidade.

Segundo o texto legal supratranscrito, a responsabilidade da estrada de ferro somente será afastada na hipótese de o evento danoso ser causado por culpa da vítima, ao desrespeitar recomendações legais ou regulamentares, como, por exemplo, se proceder em indevidas plantações ou edificações às margens da ferrovia.

Todavia tal expansão legislativa tomara proporções surpreendentes, desenvolvendo-se dia a dia, à medida em que se avolumam as necessidades de proteção às vítimas dos mais diversos acidentes.²⁷

Consistentes são as lições de Venosa²⁸ ao expor que, ao analisar-se especificamente a culpa, forçoso é lembrar da tendência jurisprudencial, cada vez mais marcante, de alargar seu conceito, ou de dispensá-la como requisito para o dever de indenizar. Surge então, como será visto no item 3 deste capítulo, a noção de culpa presumida sob o prisma do dever genérico de não prejudicar – *neminem laedere*.

Tal fundamento é que fez surgir a teoria da responsabilidade civil objetiva, presente em diversas leis e dispositivos do Código Civil, desconsiderando a culpabilidade, ainda que não se confunda culpa presumida com responsabilidade objetiva.

A insuficiência da teoria da culpa levou à formulação da teoria do risco, a qual sustenta ser a pessoa responsável pelos riscos ou perigos que sua atuação promove, em que pese agir com o máximo de diligência possível a fim de evitar danos. Daí afirmar-se que, do fato de a pessoa obter vantagens no exercício de suas atividades, decorre o dever de

²⁷ Alvino Lima. *Culpa e risco*. cit., p. 281.

²⁸ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. 5. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2005, p. 18.

indenizar os danos que causar.

A guisa de arremate, é válido transcrever as lapidares lições de Venosa:²⁹

levando-se em conta o rumo que tomou a responsabilidade objetiva, a teoria da responsabilidade civil deixa de ser apoiada unicamente no ato ilícito, mas leva em conta com mais proeminência o ato causador do dano. Busca-se destarte evitar um dano injusto, sem que necessariamente tenha como mote principal o ato ilícito.

Nas lições de Saggio Orlando³⁰, a fórmula da responsabilidade objetiva seria a seguinte:

quem no exercício de uma empresa ou qualquer atividade, causar ao direito de outrem um dano que apareça como consequência direta ou indireta daquela atividade, deve indenizá-lo, nada importando que no acontecimento prejudicial o agente não haja pecado por negligência ou imprudência, e mesmo quando o próprio acontecimento, considerado isoladamente, possa aparecer como dependente de caso fortuito ou de força maior.

Mas não se pode deixar de mencionar que tal volume de previsões esparças, por significar um caráter eminentemente especial, segundo os defensores da teoria subjetiva, somente vinha a confirmar a regra geral da responsabilidade fundada na culpa, por se tratar mesmo de leis especiais que, apenas naquelas situações taxativamente determinadas, derogam a lei de caráter genérico.

A teoria da responsabilidade civil objetiva ganha posição de destaque no Novo Código Civil refletindo a nova face da sociedade contemporânea, na qual o risco decorrente dos avanços tecnológicos impôs substanciais mudanças nos paradigmas então adotados pelo Código Civil anterior.³¹

É que muitos acidentes provenientes de causas desconhecidas, levaram aqueles doutrinadores apegados aos princípios da teoria da responsabilidade fundada na culpa, a defenderem a existência de uma culpa desconhecida ou então na probabilidade de culpa. Assim, contra o causador do dano, até que pudesse provar o contrário, corria a presunção

²⁹ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. v. 4, cit., 18.

³⁰ Saggio Orlando. Di una nuova teorica sul fondamento jiuiridico dela responsabilitá civile. v. 3., *Archivio di Diritto Pubblico* apud José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade civil*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906, p. 24.

³¹ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil*. 3. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 151.

de culpa e seus respectivos conseqüências. Cabia-lhe então elidir essa presunção mediante prova de sua não-culpa, o que deveras favorecia a posição da vítima.

No Brasil, antes da tendência de generalização da responsabilidade objetiva, são exemplos de leis que adotaram a teoria do risco, dentre outras, o Decreto n. 2.681, de 07.12.1912 prevendo a responsabilidade das estradas de ferro; o Decreto n. 3.724, de 15.01.1919, o Decreto n. 24.637, de 10.07.1934, o Decreto-lei n. 7.036, de 10.11.1944 e a Lei n. 5.316, de 14.09.1967, regulamentada pelo Decreto n. 61.784, de 28.11.1967, todos versando sobre acidentes de trabalho; o Código de Mineração, de 28.02.1967 impondo àqueles que exploram a lavra o dever de responder por danos e prejuízos causados a terceiros que dela resultarem direta ou indiretamente; a Lei n. 6.194, de 19.12.1974 alterada pela Lei n. 8.441, de 13.07.1992 dispondo sobre seguro obrigatório de responsabilidade civil para os proprietários de veículos automotores – DPVAT –; as Leis n. 6.453, de 17.10.1977 que trata de danos nucleares e n. 6.938, de 31.08.1981 versando sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, ambas sendo objeto de estudo no capítulo 3 deste trabalho; o Código Brasileiro de Aeronáutica, de 19.12.1986 em relação à responsabilidade por danos a terceiros ocasionados por aeronaves na superfície; o Código de Defesa do Consumidor, de 11.09.1991.

Neste sentido, valendo-se das palavras do notável professor Alvino Lima, “A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extracontratual no risco criado pelas múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvida, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinal para o direito positivo.”³²

Para Wilson Melo³³, a maior de todas as justificações da responsabilidade objetiva, está no fato de alongar suas vistas para outros horizontes, de sorte a não se ater, apenas e exclusivamente, ao indivíduo em si mesmo considerado, mas, ao revés, refletindo-se sobre a sociedade mesma, a qual busca resguardar os interesses maiores. Então conclui Wilson Melo, para quem

seria, ela, ditada, portanto, por imperativos de alta política social, preservativos da paz pública, indispensáveis ao harmônico e tranqüilo

³² Alvino Lima. *Culpa e risco*. cit., p. 124.

³³ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*, cit., p. 268. Em nota de rodapé ao trecho reproduzido, o autor reafirma entendimento anteriormente externado na mesma obra, a respeito do que se deveria entender por bem comum. Este, em sentido amplo, envolveria não só a noção do bem comum temporal, como também a do transcendente. Compreenderia, então, as duas classes, a do extrínseco e do intrínseco, do transcendente e do imanente. Cita ainda entendimento de Carneluti, segundo quem homem e pessoa não se confundem, porque homem seria continente e conteúdo, corpo e espírito; pessoa, por sua vez, seria apenas espírito.

desenvolvimento das atividades humanas, e também, pelas necessidades mesmas do bem comum no seu sentido mais lato.

A título de esclarecimento vale ponderar que, como na responsabilidade subjetiva, em sede de responsabilidade objetiva impescinde-se da verificação de existência de conduta ilícita, dano e nexos causal, apenas prescindindo-se do elemento culpa. Este último pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Deverá existir, entretanto, relação de causalidade, pois em sede de responsabilidade objetiva não se pode responsabilizar àquele que não deu causa ao evento danoso. Assim as causas de exclusão do nexos de causalidade, vale dizer, caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiros, têm integral aplicabilidade na teoria objetiva.³⁴

A evolução chegou ao ponto de também admitir-se que, excepcionalmente, a obrigação de indenizar pudesse resultar até mesmo de uma conduta lícita do agente, donde se extrai o pensamento de Cáo Mário da Silva Pereira, para quem “a idéia de reparação é muito mais ampla do que a do ato ilícito: se este cria o dever de ressarcir, há entretanto casos de indenização em que se não cogita iliceidade da conduta do agente.”³⁵

2.3 A EXTENSÃO DO CONCEITO DE CULPA E O SISTEMA DE PRESUNÇÕES

Se é certo que a admissão da presunção de culpa antecederia a responsabilidade civil objetiva, ou que esta seria o estágio evolutivo daquela, preferiu-se, neste trabalho, tratar primeiramente da responsabilidade objetiva, para que, neste tópico, se possa aplicar as noções trazidas alhures.

Por meio do sistema de presunções, a culpa do responsável pelo dano não necessita ser demonstrada pelo ofendido, nas hipóteses legalmente previstas. Aquele que pleiteia indenização não estará dispensado, entretanto, de comprovar o dano sofrido, de demonstrar o fato lesivo e a ausência de excludentes de responsabilidade.

Essa presunção pode ou não admitir prova em contrário. No primeiro caso, diz-se

³⁴ Sergio Cavalieri Filho. *Programa*. cit., p. 153.

³⁵ Cáo Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 12. ed. v. 3. at. Regis Fishtner, Rio de Janeiro: Forense, p. 555.

que a presunção é *iuris tantum*, possibilitando-se àquele que se encontra responsável, por força de disposição legal, a produção probatória de fato excludente do dever de reparar o dano causado; no segundo caso, a presunção será *iuris et de iure*, não permitindo a produção de qualquer elemento elisivo da responsabilidade do agente.³⁶

Ante a notória insuficiência da clássica noção de culpa, para a solução da totalidade dos novos problemas que surgiam nos domínios da responsabilidade civil, como inevitável decorrência da vindoura era de intensa mecanização e de prodigioso surto industrial e progressista – pondera Wilson Melo³⁷ –, buscaram os prosélitos do tradicionalismo maiores alargamentos para o princípio da culpa. Até então, a culpa seria integrada pelos elementos subjetivo, representado pela imputabilidade do agente, e objetivo, materializado na violação da lei.

O problema avultava em importância quando não se tinha uma norma que apresentasse deveres definidos. A questão residia em como se fazer incidir o dever de reparação diante de ações ou omissões violadoras de direitos, mas que não se encontrassem legalmente definidas, ou seja, singularmente previstas.

A partir de então, buscou-se desenvolver processos técnicos aptos a proporcionar um alargamento ou uma extensão do conceito de culpa, para que não se deixassem ao dissabor do indiferente jurídico situações de clara violação de direito, mas que não encontravam perfeito enquadramento numa ou noutra norma. Dentre tais processos técnicos, ressaltam-se as presunções, a contratualização da responsabilidade subjetiva e a aplicação mais severa da teoria da culpa, sob o brocardo *in lege aquilia et levissima culpa venit*.

Diante da limitação da capacidade humana de conhecimento dos acontecimentos presentes em seu redor, o saber jurídico, por meio de seus estudiosos e operadores, poderia ter assumido uma de três posições, a saber:

- a) abolir as presunções, tolhendo a liberdade do julgador para sua formulação, bem como para a valoração das provas, de sorte a hierarquizá-las por meio de dispositivos legais. Essa providência transformaria a atividade de julgar em um juízo racional incompatível com o mister do magistrado, além de se criar uma outra presunção, a de que um meio de prova vale mais do que o outro;

³⁶ Roberto Senise Lisboa. *Responsabilidade*. cit., p. 35-36.

³⁷ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 149-150.

- b) harmonizar a aplicação das presunções *hominis*, de sorte a adotar-se certa homogeneidade em situações semelhantes, o que exigiria um intercâmbio de *decisões, semelhante ao que se passa no sistema da common law*. Tal consistiria na criação de um sistema de precedentes jurisprudenciais, vinculando-se o espírito do julgador posterior por certo posicionamento adotado pelo anterior que, por força da eventual presunção formulada, atingiria o senso de justiça e equidade. A adoção deste sistema, em que pese ser bastante razoável, pode ensejar na prolongada repetição de decisões injustas, ao menos até que os precedentes pudessem ser alterados;
- c) Buscar uma harmonização do sistema, transferindo para a legislação as presunções mais aceitas.³⁸

Com isso, o prejudicado em seus direitos precisa demonstrar o liame de causalidade entre o ato danoso e seu resultado, restando dispensado da prova da imputabilidade subjetiva, pois o elemento psicológico do agente seria presumido.³⁹

O ordenamento brasileiro adota o sistema de presunções legais, expondo Alexandre Câmara⁴⁰ que

o Código Civil de 2002, em seu art. 212, apresenta um elenco menor de provas (confissão, documento, testemunha presunção, perícia). A norma ali veiculada é, entretanto, sob diversos aspectos, criticável. Em primeiro lugar, misturam-se meios de prova como a perícia e fontes de prova como a testemunha. Em segundo lugar, ali se inclui a presunção que não é nem meio nem fonte de prova [...].

A título ilustrativo, pode-se citar importantes dispositivos do Código Civil francês, que versam a cerca de presunções, visando solucionar situações fáticas cuja prova da verdade real torna-se cientificamente impossível. Trata-se de fazer alusões aos arts. 720 a 722 daquele diploma, que disciplinam a questão da comoriência.

Deste modo, morrendo duas ou mais pessoas em condições de lugar e tempo tais que mostrar-se-ia impossível afirmar, ao certo, qual ou quais delas faleceu antes da outra, presume-se que:

³⁸ Neste sentido, cf. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 259-261.

³⁹ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 156.

⁴⁰ Alexandre Freitas Câmara. *Lições de direito processual civil*. v. 1, 10 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004, p. 404.

- a) se os falecidos tiverem menos de 15 anos, presume-se que o mais velho sobreviveu ao mais novo;
- b) se tiverem mais de 60 anos, presume-se que o mais novo sobreviveu ao mais velho;
- c) se ambos tiverem mais de 15 e menos de 60 e forem de sexos diferentes, presume-se que o homem sobreviveu à mulher;
- d) se ambos tiverem mais de 15 e menos de 60 e forem do mesmo sexo, presume-se que o mais novo sobreviveu ao mais velho.

O direito brasileiro, nesta hipótese, presume ter havido comoriência, resolvendo de maneira mais prática e simples o problema sucessório entre eles, pois como presume-se não ter havido sobrevivência de um em relação ao outro, exclui-se todos os direitos sucessórios entre eles.

Importante presunção estabelecida pelo direito brasileiro, na seara penal, é a de que os menores de 14 anos são incapazes de consentir na prática de atos sexuais, por isto reputando-se violentos. Este princípio decorre do raciocínio de que, diante da valoração de que os atos sexuais nestas condições praticados atentam ao bom desenvolvimento físico e mental dos menores. Porém, se válido era esse princípio na década de 1940, quando promulgado o atual Código Penal brasileiro, hodiernamente muitas vezes os menores nesta idade já possuem suficiente discernimento a respeito das conseqüências que o ato sexual lhes pode representar. Inobstante isto, daquele juízo não verificável em absoluto, nem mesmo há mais de meio século atrás, mas bastante provável de que menores naquela tenra idade não teriam condições para consentir na prática do ato sexual, extraiu-se o princípio da presunção de violência contra essas pessoas, caso o praticassem.⁴¹

Para o direito administrativo, vige o princípio da presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos. Discorre Zanella⁴² no sentido de tal princípio abranger a presunção de verdade e a presunção de legalidade. Presunção de verdade diz respeito à certeza dos fatos. Já a presunção da legalidade infere-se do princípio da legalidade ao qual está sujeita a administração pública, presumindo-se legais seus atos, até prova em contrário.

Prossegue a ilustre administrativista esclarecendo tratarem-se de presunções relativas cujos efeitos é o de inverter o ônus da prova em favor do Poder Público. Por isto,

⁴¹ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 240-241.

⁴² Maria Sylvia Zanella di Pietro. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 64.

as decisões administrativas são revestidas de exigibilidade e exequibilidade imediatas, com a possibilidade de criarem obrigações para o particular, independentemente de sua concordância e de título judicial.

No direito das coisas, por força do art. 1.218 do Código Civil, milita em desfavor do possuidor de má-fé a presunção de culpa pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, se a coisa estivesse na posse do reivindicante. Neste caso, compete ao possuidor de má-fé o ônus de provar a exceção, vale dizer, que ainda que a coisa estivesse na posse do reivindicante, igualmente dar-se-ia a deterioração ou o perecimento. Não cabe no caso sequer a prova de caso fortuito ou força maior, pois a única exceção permitida é a da prova de que, ainda que sem a interferência do possuidor de má-fé, o dano teria ocorrido.

Em sede de responsabilidade civil, Wilson Melo da Silva⁴³ traz à tona o pensamento de Sainctelette e Sauzet, os quais, premidos pelas circunstâncias, admitiram às custas de uma presunção, a existência de uma cláusula de garantia, implícita nos ajustes laborativos, consoante a qual o empregador providenciaria para que, findo o contrato de trabalho, o obreiro se encontrasse incólume. A maior crítica a essa cláusula de presunção apontava para o fato de que, se contratualmente fora ajustada, contratualmente também poderia ser afastada, porque sequer era legalmente prevista, portanto não havendo que se falar em norma de ordem pública.

Assim salienta Coelho⁴⁴ que a regra segundo a qual quem alega deve provar – *qui allegat probare debet* – deixa de se aplicar, quando na lei se estabelece uma presunção contrária ao réu, valendo esta pela prova aduzida. Entretanto, prossegue o autor luso, é necessário que da índole da relação jurídica derive *a priori* um indício de culpabilidade do réu, para que tal presunção seja admissível, porque para este talvez seja mais fácil provar sua inocência do que o autor provar que aquele agira com culpa.

Daí formula aquele autor sua definição de presunção, como sendo o conjunto de consequências ou ilações que a lei retira de um fato conhecido, para firmar um fato desconhecido.

No decurso do Século XIX – noticia Ripert⁴⁵ – os juristas não duvidaram de que a responsabilidade civil assentava na idéia de culpa, bastando que se analisasse as regras exaradas nos arts. 1.382 a 1.386 do Código Civil francês.

⁴³ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 95-96.

⁴⁴ José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 53.

⁴⁵ Georges Ripert. *A regra moral*. cit. p. 207.

Tal fundamento, todavia, muitas vezes esbarrava no domínio das provas. Algumas vezes, observa-se a interferência da lei civil que, em certos casos, vem em socorro da vítima, estabelecendo presunções de culpa.

Por isso diz-se que, em determinadas situações, o legislador presume a existência de culpa, não necessitando a vítima provar o desvalor da conduta do agente. Em tais casos, cabe à vítima, simplesmente, demonstrar ter ocorrido algum daqueles fatos catalogados em lei que fazem presumir a responsabilidade do agente. Estabelecidos tais fatos, estabelecida também estará a culpa.

Leciona Planiol⁴⁶ que, como a obrigação de reparação é fundada na culpa, cabe àquele que reclama uma reparação estabelecer a existência de uma culpa. Essa prova, ainda que possa ser produzida por todos os meios, é, às vezes, bastante difícil.

Daí a importância das presunções que, consoante afirma Hironaka⁴⁷, originam-se exatamente da impossibilidade de se conhecer o todo de uma relação jurídica apresentada para ser conhecida; assim como mostra-se impossível um conhecimento geral e amplo de qualquer objeto, igualmente as questões postas pelo direito são de difícil ou impossível conhecimento geral e amplo, razão pela qual os agentes jurídicos, algumas vezes, são levados a presumir fatos, atos e questões, frente a vedação legal de se proferir o juízo de *non liquet*⁴⁸.

As presunções de culpa consistem em atenuação do princípio da teoria clássica subjetiva, tendo por finalidade oferecer um posicionamento mais confortável à vítima do dano que, como dito, em determinados casos poderia restar privada da possibilidade de ressarcir-se.

Nas lições de Aguiar Dias⁴⁹, no sistema de presunções legais, a jurisprudência alivia a vítima do pesado encargo da prova e, às vezes, até o suprime, resultando em que, à dura exigência da culpa provada e efetiva, substitui-se a culpa presumida e problemática: os pais, os professores, os patrões, o guardião, todos estes carregam contra si presunção de culpa, uma vez ocorrido o fato danoso.

Destarte, levando-se em conta certos dados da experiência, o legislador aceita como princípio geral que certos modos de produção de eventos danosos fazem presumir a

⁴⁶ Marcel Planiol et ali. *Traet e elementaire*. cit., p. 312.

⁴⁷ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 247.

⁴⁸ Nestes termos, preceitua o C odigo de Processo Civil: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-  aplicar as normas legais; não as havendo, recorrer    analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

⁴⁹ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1, cit., p. 73.

culpa do agente.⁵⁰

A atenuação da teoria clássica da culpa, mediante o sistema de presunções, pode ser constatada em dois diferentes graus – o relativo e o absoluto – daí falar-se, respectivamente, em presunções *iuris tantum* e em presunções *iuris et de iure*.

As presunções relativas ou *iuris tantum* possibilitam ao agente provar sua não-culpa, para eximir-se de responsabilidade civil e, por via de consequência, da obrigação de indenizar.

As presunções absolutas ou *iuris et de iure*, por sua vez, não admitem prova em contrário.

2.3.1 As presunções relativas

O Código Civil francês veio ao socorro da vítima, estabelecendo um certo número de presunções listadas entre os arts. 1.384 a 1.386. Nos casos em que o dano é causado por fato de um menor ou de um preposto, pelo fato do animal ou da ruína de um edifício, a culpa é presumida porque ela existe sob a forma de uma falta de cuidado (culpa *in negligendo*) ou de uma falta na escolha (culpa *in eligendo*).

A consequência lógica desta idéia deverá ser que a pessoa contra a qual se opera a presunção poderá fazer prova que não cometeu o ato culposo.

O art. 2.054 do Código Civil italiano – salienta Trabucchi⁵¹ – prevê uma forma de responsabilidade particularmente importante e grave na circulação de veículos. O condutor de um automóvel, de uma bicicleta, de um carro, dentre outros que dependem de sua habilidade, portanto excepcionando-se os meios de transporte que correm sobre trilhos, está o obrigado a reparar o dano ocasionado a qualquer pessoa ou coisa, pela circulação do veículo, se não provar haver feito todo o possível para evitar o dano. Como regra geral, prescinde-se da prova da culpa, quedando salva a responsabilidade de uma prova liberatória para o presumido responsável, subordinada a uma difícil demonstração.

⁵⁰ Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade*. cit., p. 89.

⁵¹ Alberto Trabucchi. *Instituciones de derecho civil*. v. 1 e 2. Tradução de Luis Martinez-Calserrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967, p. 225.

Obtempera Venosa⁵² que, nos acidentes de trânsito, as regras do ordenamento baseiam-se no que normalmente ocorre. Assim, caso o motorista se envolva em um acidente pelo fato de não ter respeitado as regras, tão só por isso deveria ser responsabilizado. Todavia assevera que tal regra não tem seduzido os tribunais, os quais continuam preferindo analisar a culpa em concreto. No caso do trânsito pode ter sido irrelevante para a apuração de culpa do outro motorista, por exemplo, estar o agente dirigindo com faróis apagados. Essas situações levam à conclusão de que não chamada culpa contra a legalidade há uma presunção de culpa que, como tal, pode ser elidida. Exemplifica que, em sede de acidentes de trânsito, algumas situações têm sido admitidas como de culpa presumida, como é o caso de considerar-se, até prova em contrário, culpado aquele que, com seu veículo, abalroa outro pela traseira; do que invade a calçada e atropela o pedestre; do que transita na contra-mão; daquele que não atende às placas de “pare” etc.

Conquanto se admite a prova de não-culpa, há determinadas presunções tidas como irrefragáveis. Se a presunção não comporta prova em contrário, será impossível estabelecer esse fato negativo que se funda na ausência de culpa. Por exemplo, uma pessoa é declarada responsável porque o animal de cuja guarda é detentora feriu outrem; seu guardião não pode demonstrar que não cometeu falta de vigilância, já que tal falta de cuidado resulta do dano, por si só, *ex re ipsa*, que o animal foi insuficientemente vigiado.⁵³

Neste sentido, leciona Alvinio Lima que as presunções de culpa legalmente consagradas, invertendo o ônus da prova, vieram colocar a vítima numa posição, de certo modo, privilegiada. Mas, segundo o mestre, não se trata de afastar-se da tradicional concepção de responsabilidade fundada na culpa, mas sim de derogar-se um princípio dominante em matéria de prova, segundo o qual o ônus da prova incumbe a quem alega. Assim, fixadas por lei as presunções *iuris tantum*, o fato lesivo, por si só, é considerado um fato culposo, e como tal será capaz de determinar a responsabilidade de seu autor, a menos que este logre comprovar a presença de uma causa estranha ensejadora do dano, como a força maior, o caso fortuito e o fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Esclarecedoras são as lições de Garcez Neto⁵⁴ com relação a esta questão. Segundo o ilustre professor,

⁵² Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. cit., p. 39.

⁵³ Marcel Planiol et ali. *Traité élémentaire*. cit., p. 312.

⁵⁴ Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade*. cit., p. 108.

nesse caso a pessoa cuja culpa é presumida deverá provar que empregou a devida diligência, ou que o dano é oriundo de causa estranha a ela não imputável, ou ainda, que não existe relação de causalidade entre o fato (ação ou omissão) e o dano. Sem essa prova não poderá ela exonerar-se da responsabilidade.

O atual Código Civil, na esteira do anterior, trouxe, no título dedicado à responsabilidade civil, um sistema de presunções visando facilitar a consecução do direito da vítima à reparação.

Neste sentido pode-se citar a responsabilidade dos pais por atos danosos praticados pelos filhos, nos termos do art. 932, I e art. 933. Trata-se deveras de responsabilidade objetiva que, todavia, há décadas atrás, fora considerada como responsabilidade civil subjetiva com presunção de culpa, exigindo-se que os pais provassem a impossibilidade de impedir aquele ato danoso praticado por seu filho.⁵⁵

Conforme assevera Cavalieri Filho⁵⁶, em determinadas hipóteses fixadas em lei, o causador do dano, presume-se culpado, cabendo-lhe elidir essa presunção, vale dizer, provar que não obrara com culpa, o que favorece sobremaneira a posição da vítima.

Na experiência francesa, a regra resulta, em matéria de responsabilidade extracontratual, dos arts. 1.384⁵⁷ e 1.385⁵⁸, os quais são interpretados pela jurisprudência no

⁵⁵ Ao analisar o inc. I do art. 1.521 do Código Civil de 1916, Maria Helena Diniz. *Código Civil anotado*. 4. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 974, discorre: “Há uma presunção legal de culpa de determinadas pessoas se outras praticam atos danosos. A culpa do autor do dano acarretará a da pessoa sob cuja direção se encontrar, pois ela terá o dever de vigilância.” Mais adiante, p. 975 a 976, analisando o art. 1.523 daquele *codex*, parece demonstrar a ilustre professora a complexa perplexidade da qual estaria acometido o sistema de presunções. Dispõe o art. 1.523: “Excetoadas as do art. 1.521, V só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.” Pelo grau de importância de suas palavras, vale transcrever, na íntegra, os comentários da notável professora acerca deste dispositivo. “I - Responsabilidade subjetiva por ato de outrem. O art. 1.523, ora comentado, foi revogado pelo Código de Menores de 1927, que veio a perder sua vigência em razão do Código de Menores de 1979 (atualmente revogado pela Lei n. 8.069/90), mas que nem por isso, no que se refere a menores, restabeleceu o art. 1.523, ante o disposto na Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 3º. Assim a responsabilidade do representante legal por ilícito de menor será objetiva, por não mais existir a presunção de culpa, mas, para evitar injustiças em certos casos, tem-se decidido, com base na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, que se exonere o representante legal do menor, se for evidente que o dano causado pelo menor se deu, apesar de seu representante ter sido diligente, cumprindo de modo exemplar a obrigação de vigilância. Com isso a responsabilidade será subjetiva. Assim sendo, a responsabilidade das pessoas enumeradas no art. 1.521, I a IV, sem exceção, será subjetiva, por haver presunção de culpa *in vigilando, in instruendo e in eligendo*, que provoca a reversão do ônus da prova, fazendo com que tais pessoas tenham de comprovar que não tiveram culpa alguma. Todavia, a jurisprudência tem entendido que a presunção não é *juris tantum, mas legis et de lege eqizipolente* à responsabilidade objetiva.”

⁵⁶ Sergio Cavalieri Filho. *Programa*. cit., p. 155.

⁵⁷ “Art. 1.384. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé”. “O proprietário de um animal, ou aquele que dele se serve, durante seu uso, é responsável pelo dano que o animal causar, quer o animal esteja sob sua guarda, quer tenha escapado”. (Tradução livre)

sentido de que a presunção de responsabilidade só pode ser suprimida pela prova de um caso fortuito ou de força maior, ou de causa estranha que não seja imputável ao guardião da coisa.⁵⁹

2.3.2 As presunções absolutas

As presunções absolutas – *iuris et de iure* – não admitem contradição por nenhum tipo de provas ou de alegações, senão pelas que busquem demonstrar a desconformidade da aplicação da presunção ao caso concreto, vale dizer, que busquem demonstrar a inexistência de um fato ou ato apto a ser subsumido pela norma estatuída.⁶⁰

Prossegue Alvino Lima⁶¹ esclarecendo que se nas presunções *iuris tantum* – relativas – o problema da responsabilidade civil oferece um aspecto de pouco interesse, no sentido de demonstrar a extensão do conceito de culpa, o mesmo não se dá quando se passa à análise das presunções *iuris et de iure* – absolutas. Neste particular, o problema reveste-se de enorme relevância, pois sendo inafastável a presunção de culpa de sorte a não se permitir que o agente prove a sua não-culpa, o dano, uma vez demonstrado constitui, por si só, o fato culposo, tal qual o quisera Leclercq, com sua concepção de teoria objetiva.

Segundo Wilson Melo⁶², a presunção absoluta impede que o agente argua escusas em sua defesa, e, “uma culpa assim admitida e assim conceituada, culpa, em verdade, é nenhuma. Seria uma culpa esvaziada de seu conteúdo específico, espremida de sua substância, para ostentar apenas um arcabouço sem vida”.

Questiona-se se as presunções absolutas seriam, em verdade, presunções, no sentido de envolverem matéria probatória ou se, ao contrário, seriam simplesmente normas de direito material postas pelo legislador a bem da razão prática jurídica, já que admitir-se como absoluta uma presunção seria o mesmo que tomar o incerto como absoluto, quiçá o

⁵⁸ “Art. 1.385. On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde”. “Alguém é responsável não somente pelo dano que causar por fato próprio, mas também por aquele causado pelo fato das pessoas pelas quais se deve responder, ou das coisas que se tem sob a guarda”. (Tradução livre)

⁵⁹ Henri, Leon e Jean Mazeaud. *Leçons*. cit., p. 515.

⁶⁰ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 268.

⁶¹ Alvino Lima. *Culpa e risco*. cit., p. 80.

⁶² Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 159.

falso como verdadeiro.⁶³

Para os defensores da teoria da culpa, esta continua sendo sempre o fundamento da responsabilidade civil, fundamento este presumido pelo legislador, mediante um processo técnico inerente ao sistema probatório.

Ainda segundo Alvino Lima⁶⁴, se a presunção irrefragável impossibilita o autor do ato danoso de produzir provas em seu favor, não há como admitir sua responsabilidade por culpa por não ter escolhido outra conduta ou mesmo por não tê-la bem fiscalizado. Partindo-se da própria conduta lesiva poder-se-ia constatar que o agente bem escolheu e fiscalizou sua conduta, e que a presunção de culpa evidencia-se expressamente contrária a verdade dos fatos, porém, subsistindo-se ainda assim a culpa, o autor do dano, apesar de inocente, ver-se-á obrigado pela reparação.

Interessante exemplo neste sentido pode ser retirado do ordenamento francês⁶⁵, em que a responsabilidade civil por fato da coisa inanimada foi timidamente deslizando na jurisprudência, apresentando-se como simples presunção de culpa, pois parecia lógico que o guardião de uma coisa inanimada tivesse a mesma responsabilidade de quem guarda um animal. Neste sentido a Corte de Cassação acolheu tal entendimento sem grande entusiasmo, possibilitando, primeiramente, ao guarda da coisa inanimada a prova de que não havia cometido nenhuma falta, de modo a conservar-se a regra o seu caráter de prova. Posteriormente, sob forte influência da doutrina, a mesma Corte de Cassação assimilou ambas as presunções de culpa constantes nos arts. 1.384 e 1.385 do Código Civil francês. Daí por diante não mais se permitia ao guarda fazer a prova de sua não-culpa, cabendo-lhe tão-somente demonstrar que a causa do acidente devia-se a algum fato estranho.

Do exposto infere-se que, em que pese falar-se em presunção, tal era absoluta, prestando-se apenas a disfarçar uma norma jurídica, havendo hipóteses em que o guarda, apesar de não ter cometido nenhuma falta, não conseguia demonstrar a verdadeira causa do prejuízo. Nestes casos era simplesmente considerado responsável, de modo a concluir-se que o fundamento da responsabilidade civil havia sido deslocado da culpa para situar-se na idéia de risco.

Para Lisboa⁶⁶, a idéia de presunção absoluta de culpa é mero artificialismo, numa

⁶³ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 269-271.

⁶⁴ Alvino Lima. *Culpa e risco*. cit., p. 83.

⁶⁵ Neste sentido, Cf. Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 210.

⁶⁶ Roberto Senise Lisboa. *Responsabilidade*. cit., p. 36.

vã tentativa de se negar a responsabilidade objetiva, cuja concretização ocorre com a simples verificação do efeito danoso. Entretanto – salienta o referido autor – a presunção absoluta de culpa foi um importante passo para a objetivação da responsabilidade. Contudo, a negação da teoria objetiva e a defesa de presunção absoluta de culpa não se coadunam com a atual realidade, porque a responsabilidade subjetiva advém da prática de um ato ilícito, enquanto que a responsabilidade objetiva decorre de um resultado danoso.

Verdadeiramente, atenuar tão intensamente a noção de culpa implica em quebra do sistema de responsabilidade civil subjetiva, pois obrigar alguém a responder irrefragavelmente em virtude de uma culpa, que pode nunca ter existido, significa não mais atribuir o dever de reparação ao desvalor da conduta, vale dizer, à boa ou má conduta, ao mérito ou ao demérito do agente; significa sim, em última análise, atribuir-se o dever de indenizar ao desvalor do resultado.

Assim é que, entre recorrer-se à noção de presunção absoluta de culpa e a mera relação de causalidade como fonte de responsabilidade civil, autores há que preferem fundamentar o dever de indenizar na segunda solução. Isto porque a presunção absoluta não se coaduna com o conceito clássico de culpa, que além de exigir imputabilidade moral, exige prova de desvio de conduta caracterizador da falta de diligência, conforme defendem os sectários da teoria objetiva.⁶⁷

Enfim, aqui partilha-se das conclusões de Hironaka⁶⁸, quem afirma deverem as presunções absolutas ser temporizadas de sorte a atenderem às modificações indicadas pela evolução científico-tecnológica e moral trazidas pelo mundo moderno. Assim, por vezes, uma presunção que nasce absoluta, consideradas as necessidades histórico-culturais da época em que tenham sido admitidas, passado certo tempo, podem vir a deixarem de ter justificação, na medida em que as provas que antes eram de difícil ou impossível formulação, posteriormente tornar-se-iam mais fáceis e abundantes.

Isto significa dizer, em última análise, que seria possível relativizar-se as presunções absolutas em presunções relativas autorizadas da inversão do ônus da prova, porque a indiscriminada aplicação de uma presunção absoluta poderia levar a uma decisão de toda desapegada da realidade e dos motivos que a justificavam, mostrando-se, ao revés, injusta e afastada da equidade.

⁶⁷ Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade*. cit., p. 13.

⁶⁸ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 273.

2.4 A TEORIA DO RISCO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Influenciado pelo Código Civil francês de 1804, o Código Civil brasileiro promulgado em 1916, adotou como regra a teoria subjetiva ou da culpa ao enunciar, em seu 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.”

Havia então hipóteses específicas de responsabilidade civil objetiva, tanto no bojo do revogado Diploma Civil quanto em leis esparsas, relegadas certamente a um plano secundário.

Assim, por exemplo, tinha-se a hipótese de responsabilidade objetiva descrita no Art. 1.529 daquele Código, segundo o qual quem habitasse uma casa ou parte dela responderia pelos danos provenientes das coisas que dela caíssem ou que fossem lançadas em local inapropriado.

2.5 A TEORIA OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Relativamente ao tema da responsabilidade civil do Estado há que se observar, ainda que de maneira sumária, a evolução de conceitos e paradigmas que levaram e levam o Estado a reparar os danos causados a outrem, seja por sua omissão, seja por ação lícita ou ilícita de seus agentes. Nas lições de Bittar⁶⁹, tormentoso foi o iter percorrido entre a admissão da responsabilidade civil do Estado, partindo-se de sua total irresponsabilidade até a aceitação de sua responsabilidade, com a moderna teoria do risco administrativo.

Analisar-se-á, todavia, a evolução da responsabilidade civil extracontratual do Estado consoante a ótica do direito europeu continental, não se preocupando neste trabalho, portanto, com a responsabilidade estatal sob o viés do direito anglo-americano, por não influenciar, de modo significativo, o direito brasileiro.

Salienta Silvio Rodrigues⁷⁰ que,

⁶⁹ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: RT, 1985, p. 53.

⁷⁰ Silvio Rodrigues. *Direito civil*, v. 4. cit., p. 84.

no que concerne à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, encontra-se na doutrina interessante e nítida evolução em seu conceito, que vai desde a total irresponsabilidade do Estado pelo dano causado ao particular até a responsabilidade objetiva e independente de culpa, consignada no texto constitucional brasileiro.

2.5.1 Teoria da irresponsabilidade

Na época do absolutismo e despotismo, adotou-se a teoria da irresponsabilidade do Estado, pois o soberano possuía autoridade incontestável perante seus súditos. É daí que surgiu o princípio “o rei não pode errar” – *the king can no do wrong* – *le roi ne peut pas mal faire*.

Os cidadãos, deste modo, somente tinham direito de ação contra os agentes públicos – estes geralmente insolventes – vendo-se, portanto, na impossibilidade de terem reparados os danos sofridos. Isso porque o monarca era o próprio Estado – *l’Etat c’est moi* – e como o rei não errava, conseqüentemente o Estado não indenizava.

Essa concepção – consoante Carvalho Filho⁷¹ – prevaleceu no mundo ocidental até a metade do século XIX. Em que pese rigorosa ao extremo com os particulares em geral, obedecia às reais condições políticas da época, já que o estado liberal possuía limitada atuação, de sorte a raramente intervir nas relações entre particulares. Daí afirmar-se que a doutrina da irresponsabilidade do Estado constituía mero corolário da figuração política de afastamento e da equivocada isenção que o Poder Público então assumia.

2.5.2 Distinção entre atos de império e atos de gestão

Já no século XIX, a teoria da irresponsabilidade civil do Estado cedeu lugar à teoria civilista fundada na idéia de culpa do Poder Público. Justificava-se tal fato pelo fundamento de que a teoria da irresponsabilidade do Estado significaria a própria negação do direito.

⁷¹ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007, p. 488.

Assim, se no estado de direito o Poder Público também se sujeita à lei – ainda que de maneira diversa em relação aos administrados – a responsabilidade civil do Estado é simples corolário, conseqüência lógica e inevitável dessa submissão.⁷²

Segundo Coelho⁷³, não se negava que o Estado seria o *custos iuris*, quem declara todo o direito, quem é o próprio direito organizado, fazendo-se mister, entretanto, asseverar que o direito não é criação arbitrária, não podendo deixar de se reconhecer aos cidadãos direitos de que deriva uma necessária limitação às normas reguladoras da atividade estatal, e que todo Estado que não autolimite seu direito deformará o seu fim e deturpará sua essência.

Inicialmente admitia-se a culpa do Estado quando praticasse atos de gestão e permanecendo irresponsável quando da prática de atos de império. No primeiro caso – assevera Luiz Roldão⁷⁴ – prevaleceria a imunidade, e no segundo sujeitar-se-ia o Estado a reparar o dano como ocorria com qualquer particular. Isso levava à conclusão de que o “Estado-soberano” colocava-se fora do direito civil, somente o “Estado-empresário” a ele estaria sujeito.

Discorrendo sobre a distinção entre atos de império e de gestão, salienta Coelho⁷⁵ que os fins dos primeiros são eminentemente públicos, de interesse geral, devendo portanto o Estado poder praticá-los sem que sua ação pudesse sofrer impedimentos, embaraços ou incertezas de qualquer ordem. Assim sendo, caberia ao prejudicado tão-somente acionar o funcionário que houvesse agido culposamente. Já no concernente aos atos de gestão, funcionaria o Estado como pessoa jurídica civil ou como pessoa física, aplicando-se-lhe, por via de conseqüência, as normas de direito privado.

A maior crítica a esta concepção bipartida da responsabilidade estatal – ainda na esteira de Coelho⁷⁶ – reside na dificuldade de se delimitar precisamente quais seriam as atividades de império e as de gestão, obrigando o magistrado a proceder a uma investigação que exorbitaria consideravelmente das suas atribuições, cabendo-lhe então, nas ordens políticas constituídas, indagar sempre se teria havido correspondência com o conceito que por si forma da soberania, fazendo assim continuamente direito constitucional onde apenas teria que aplicar a lei, sendo forçoso notar que o juízo ficaria dependente da maior ou menor extensão que o intérprete atribuísse aos fins visados pelo ente público com a prática do ato lesivo.

⁷² Sergio Cavalieri Filho. *Programa*. cit., p. 249.

⁷³ José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 126-127.

⁷⁴ Luiz Roldão de Freitas Gomes. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 186.

⁷⁵ José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 184-185.

⁷⁶ José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 190-191.

2.5.3 Culpa administrativa

A clássica teoria subjetiva aplicava-se, ainda antes da vigência do Código Civil de 1916, também aos agentes estatais no exercício de suas atividades.

Complexas são as idéias de Agostinho Alvim⁷⁷ acerca deste particular. Para o festejado autor, há quem dava por fundamento da responsabilidade civil do Estado ora o art. 15 ora o art. 1.522 c/c art. 1.521, III, todos do Código Civil de 1916. Segundo esse modo de vista, aplicar-se-ia o art. 15 quando se tratasse de funcionário de categoria superior, que propriamente representasse o Estado; e aplicar-se-ia o art. 1.522 c/c arts. 1.521, III e 1.523, quando se tratasse de funcionário de categoria inferior, tais como serviçais e prepostos. Após a exposição do problema, posiciona-se aquele autor no sentido de residir, para todos os casos, no art. 15 o fundamento da responsabilidade do Poder Público, salvo quando o Estado exercesse exploração industrial.

Desta feita, no entender de Amaro Cavalcanti,⁷⁸ nenhuma objeção havia para que a responsabilidade civil do Estado não pudesse ser regulada pelo direito privado, já que esta foi a tendência dos Códigos daquela época.

Justificava-se tal entendimento pelo fato de que o direito privado, assim como o direito público, são estatuídos pelo Estado; por conseguinte, num caso ou noutro, este respeitaria sua própria disposição legal.

De acordo com a tendência de sua época, previu o Código Civil de 1916 a responsabilidade civil do Estado, e como não poderia ser diferente, imputou-lhe caráter subjetivista, vale dizer, prescindindo o ofendido da prova de culpa para ver reparado o dano causado pela máquina pública.

Assim dispunha aquele Código em seu art. 15

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo pelos causadores do dano.

⁷⁷ Agostinho Alvim. *Da inexecução das obrigações e sua conseqüência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 294-295.

⁷⁸ Amaro Bezerra Cavalcanti. *Responsabilidade civil do estado*. t. 1. at. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 369.

Segundo o dispositivo em comento, a responsabilidade do Estado condicionar-se-ia à verificação de culpa de seu agente, que nessa condição procedesse de modo a causar dano a outrem, colocando a salvo, entretanto, o direito de regresso do Estado contra o agente que, dolosa ou culposamente, houvesse causado o dano.

Pela teoria da culpa administrativa, o lesado não precisaria identificar o agente causador do dano, bastando-lhe comprovar, tão-somente, o mau funcionamento do serviço público, o que levou o fato a ser cognominado como culpa anônima ou falta do serviço. Essa falta poderia ser caracterizada pela inexistência do serviço, por seu mau funcionamento ou por seu retardamento. A falta do serviço, nesses moldes, implicaria na culpa administrativa, bastando ao interessado demonstrar que o fato danoso possuía relação de causalidade com a falta do serviço, daí decorrendo a atuação culposa do Estado, tornando possível a indenização.⁷⁹

As Constituições Federais de 1934 e de 1937 adotaram o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e agente que nessa qualidade procedesse de modo a causar dano a outrem, formando-se, nos termos da primeira, litisconsórcio passivo necessário. Assim é que dispunha o art. 171 da Carta de 1934, pelo que foi repetido no art. 158 da Constituição outorgada em 1937, que “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.”

Nas críticas de Wilson Melo⁸⁰, pressupor a culpa da administração pelo só fato da culpa do servidor – causa direta do dano – pode ser prático, porém jamais coadunar-se-ia com o clássico princípio da imputabilidade psicológica, pessoal, do agente responsável. Atribuir-se ao Estado preponente a responsabilidade por ato danoso do agente público seria apenas extravagante.

⁷⁹ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual*. cit., p. 489.

⁸⁰ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 252.

2.5.4 Risco administrativo

A teoria publicística ou objetiva a respeito da responsabilidade civil do Estado teve seu ponto inicial a partir do famoso caso *Blanco*, ocorrido na segunda metade do século XIX. Quando a pequena Agnèz Blanco atravessava uma rua da cidade de *Bordeux em França*, fora atropelada por um vagonete da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo. Então foi promovida, por seu pai, ação civil contra o Estado sob o fundamento de que este é civilmente responsável pelos danos causados a outrem por atos de seus agentes.

Ficou entendido que a responsabilidade civil do Estado não poderia ser regida pelos dispositivos do Código Civil, vez que estaria sujeito à regras especiais aplicáveis a serviços daquela natureza.

Daí por diante – informa Ripert⁸¹ – os civilistas, ao compararem as jurisprudências do Conselho de Estado e as da Corte de Cassação, sem fazerem as necessárias distinções entre as causas julgadas e os princípios aplicáveis, aperceberam-se de que a jurisprudência administrativa admite uma responsabilidade civil cujo fundamento não reside na noção de culpa, justificando-se, talvez, na igualdade de proteção devida aos administrados. É por isso que a Lei francesa de 03.05.1921, ao colocar a par os estabelecimentos privados que trabalham pela defesa nacional e os estabelecimentos públicos, impõe a todos idêntica regra de reparação.

O princípio da repartição dos encargos, juntamente com o risco decorrente das atividades estatais, constitui fundamento da responsabilidade objetiva do Estado. O Estado, quando repara os prejuízos causados aos administrados, não se constitui em sujeito pagador direto. Os valores indenizatórios resultam, em sua grande parte, das prestações tributárias dos integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária dos poderes e prerrogativas estatais.⁸²

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado é desenvolvida com base nos princípios da equidade e igualdade dos encargos sociais.⁸³ Se as atividades desempenhadas pelo Estado objetivam trazer benefícios e comodidades para a coletividade, justo é que todos respondam por seus encargos a serem custeados mediante as fontes cabíveis, dentre

⁸¹ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 209.

⁸² José dos Santos Carvalho Filho. *Manual*. cit., p. 490.

⁸³ Sergio Cavalieri Filho. *Programa*. cit., p. 253.

elas a tributação.

É somente a partir da Constituição de 1946 que passou o Estado a ser responsável independentemente da necessidade de se verificar culpa de seu agente, bastando, para tanto, a prova do nexo entre conduta do agente e dano pelo mesmo causado. Assim, dispunha seu art. 194 “As pessoas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.” Assegurava a Carta de 1946, no parágrafo único do dispositivo transcrito, o direito de as pessoas jurídicas de direito público interno ingressarem, regressivamente, contra os funcionários causadores dos prejuízos, quando houvessem agido com culpa.

Destarte, segundo Silvio Rodrigues⁸⁴, o mencionado art. 15 do Código Civil de 1916, ao tempo da Constituição de 1946, apresentava-se relativamente tímido, vez que condicionava a responsabilidade do Estado por atos de seus representantes a que estes houvessem procedido de modo contrário ao direito. Afirma, outrossim, que o preceito constitucional de 1946, repetido pelas demais constituições, revogara parcialmente o referido dispositivo do Código Civil de 1916, para dispensar aquele requisito da contrariedade ao direito ou da falta com o dever legal.

A teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado, tal qual adotada pela Constituição de 1946, foi mantida nas Cartas Constitucionais seguintes. Assim é que dispunha a Constituição outorgada em 1967, em seu art. 105 “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.” A mesma redação foi mantida no art. 107 da Emenda Constitucional n. 1 de 1969. A inovação que se tem, até então, é a possibilidade de direito regressivo do Estado contra seus agentes que houverem obrado com dolo ou culpa.

A atual Constituição, conforme dispõe o § 6º de seu art. 37, enuncia a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, restando obrigadas à reparação dos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando-se, outrossim, às pessoas jurídicas, o direito de regresso contra os funcionários que houverem obrado com dolo ou culpa.⁸⁵

Informa Antunes Varela⁸⁶ que, em sede de direito português, aplica-se ao Estado e

⁸⁴ Silvio Rodrigues. *Direito civil*. v. 4, cit., p. 85.

⁸⁵ Maria Sylvia Zanella di Pietro. *Direito administrativo*. cit., p. 423-424.

⁸⁶ João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações*. v. 1, cit., p. 646-647.

às demais pessoas coletivas de direito público, nos termos do art. 501⁸⁷ do respectivo Código Civil português, quanto aos danos causados por seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividades de gestão privada, o regime fixado para o comitente⁸⁸. Sintetiza Varela tal análise do seguinte modo:

a) respondem perante o terceiro lesado, independentemente de culpa. Desde que os seus órgãos, agentes ou representantes tenham incorrido em responsabilidade; b) gozam seguidamente do direito de regresso contra os autores dos danos, para exigirem o reembolso de tudo quanto tiverem pago, excepto se também houver culpa da sua parte.

No Código Civil português anterior, a partir da reforma operada em 16.12.1930, admitia-se, conforme o fora no Brasil, a responsabilidade solidária do Estado e de outras pessoas coletivas públicas, pelos danos causados por agentes públicos no desempenho de suas atribuições, quando excedessem ou descumprissem as disposições legais.

Já o novo Código Civil brasileiro acompanhou a previsão constitucional de 1988, e em seu art. 43 adotou a teoria objetiva para imputação de responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno, por atos de seus agentes que, nessa qualidade, causarem danos a terceiros.

Em que pese o Código Civil de 2002, no dispositivo em comento, não ter feito previsão de responsabilidade civil objetiva também em relação às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, tal não afasta a amplitude da regra constitucional, aplicando-se-lhe, da mesma forma, às empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações privadas, consórcios públicos sobre regime privado, além de concessionárias, autorizatárias e permissionárias de serviços públicos.

Todavia, já é entendimento firmado pela jurisprudência ser subjetiva a responsabilidade do Estado em caso de falha ou mau funcionamento do serviço público – *faute du service*. Trata-se da teoria da culpa anônima.

⁸⁷ “ARTIGO 501º (Responsabilidade do Estado e de outras pessoas colectivas públicas)

O Estado e demais pessoas colectivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de actividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários.”

⁸⁸ Mais adiante explica Varela que: “ser aplicável aos factos praticados por certos órgãos, agentes ou representantes da organização estadual o regime que vigora para os actos do comissário, em matéria de responsabilidade civil, significa, além do mais, que as pessoas colectivas públicas só respondem, independentemente de culpa, quando sobre os autores do facto recaia a obrigação de indemnizar e quando o facto haja sido praticado no exercício da função”. *Das obrigações*. v. 1, cit., p. 650.

Ressalta Fabrício Zambroga Matiello que

A responsabilidade objetiva existe seja quando os agentes atuarem no desempenho de suas atribuições legais ou a pretexto de executá-las, como nos casos em que a ocorrência de fato juridicamente relevante ocasione prejuízos a outrem, ainda que sem qualquer culpa das pessoas jurídicas indicadas no artigo da Constituição em análise.⁸⁹

A verificação de culpabilidade em caso de ato lesivo – compreendendo culpa *stricto sensu* e dolo – somente têm lugar para conferir ao Poder Público o direito de regresso contra aquele que, agindo em seu nome, causou prejuízo a outrem.

Como visto, a regra é a responsabilidade objetiva do Estado, exceto em caso de danos resultantes de sua omissão – quando o serviço público não funcionou ou então funcionou mal – caso em que a responsabilidade será subjetiva segundo entendimento assente em doutrina e jurisprudência, dependendo neste caso, portanto, de verificação de culpa do agente para surtir o dever de indenizar.

2.6 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Nas observações de Maria Helena Diniz⁹⁰,

bastante difícil é a determinação da responsabilidade civil do fabricante pelos produtos elaborados devido à dificuldade de se determinar o momento em que surge o defeito; b) a condição anônima do produtor, que pode ser o vendedor ou outro fabricante; c) ao fato de ser possível que se pratique uma injustiça para com o vendedor, que, expondo o produto aos seus clientes, não tem meios de verificar a sua perfeição; d) a complexidade de situações, conforme se trate de gêneros alimentícios, de medicamentos, cosméticos, aparelhos de uso doméstico, máquinas etc; e) a impossibilidade de verificação minuciosa da coisa adquirida, ainda que não haja vício oculto, visto que a mercadoria apresenta-se encerrada ora em embalagem hermética, ora em quantidade que permite o exame por mera amostragem, de maneira que o defeito só aparece mais tarde, quando já se encontra em poder do adquirente.

⁸⁹ Fabrício Zambroga Matiello. *Código civil comentado*. 2. ed., São Paulo: LTR, 2005. Disponível em: <<http://www.ltrdigital.com.br>>, art. 43, n. 4.

⁹⁰ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 438.

O mesmo pode-se afirmar com relação aos utentes de atividades fornecidas no mercado de consumo, mediante remuneração.

Entretanto, antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, difícil era a imposição da responsabilidade direta ao fornecedor de produtos e serviços, frente ao princípio da relatividade contratual, de modo que o lesado somente poderia acionar o fabricante se este fosse, ao mesmo tempo, o vendedor de produtos ou o prestador de serviços.

Porém, caso o fabricante ou o produtor da mercadoria nociva fosse pessoa diversa da do vendedor, o fundamento da responsabilidade não seria contratual, mas extracontratual subjetiva, com amparo no princípio geral do art. 159 do anterior Código Civil, art. 186 do atual.

Ante a gravidade do problema da prova de culpa do fornecedor, fazia-se mister que houvesse normas que impusessem ao fabricante ou produtor uma responsabilidade objetiva, levando-se à socialização dos riscos, com a conseqüente transferência desse encargo para o custo de produção.

Isto possibilitaria a contratação de um seguro de responsabilidade civil por parte do fabricante, que cobrisse os riscos e garantisse aos lesados o ressarcimento a que têm direito.

Em resposta a este anseio, a Constituição Federal de 1988 traçou uma política protetiva do consumidor, principalmente com o disposto no inc. XXXII do art. 5º, que determina a promulgação de um Código de Defesa do Consumidor, ao dispor que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, erigindo tal matéria a princípio da ordem econômica, no inc. V de seu art. 170.⁹¹

A legislação vigente anteriormente ao Código do Consumidor trazia algumas normas protetoras dos negócios jurídicos. Proibiam-se as cláusulas leoninas ou potestativas, as quais contaminam a liberdade de contratar da parte colocada em posição de inferioridade no contrato. Essas diretrizes foram também contempladas pelo novo Código Civil, que incluiu dentre as condições lícitas as que não sejam contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes.

Na Lei da Usura e na Lei da Economia Popular, bem como na Lei Delegada n. 04, de 1962, e em diversas outras leis com dispositivos de proteção dos consumidores de bens e serviços, existiam regras inibidoras da eficácia das estipulações abusivas. Mas ficou

⁹¹ Maria Helena Diniz. *Curso. cit.*, p. 440-441.

deveras a cargo do Diploma consumeirista tratar, com maior clareza e profundidade, das diretrizes de proteção contratual dos consumidores, no que foi seguido pela lei de proteção à ordem econômica, Lei n. 8.137, de 27.12.1990, e pela Lei Antitruste, Lei n. 9.008, de 21.03.1995.

A partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, por força de seu art. 12, o fabricante, o produtor, o construtor – nacional ou estrangeiro – e o importador respondem, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. Será defeituoso o produto quando não oferecer a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, tais como sua apresentação, o uso e os riscos dele razoavelmente esperados e a época em que fora colocado em circulação.

O Código Civil, em seu art. 931, amplia o conceito de fato do produto, constante no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, ao imputar responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos e ao incluir os riscos do desenvolvimento.⁹²

Da mesma forma, responde o fornecedor de serviços, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas a respeito de sua fruição e risco. Assim, será defeituoso o serviço, quando não fornecer a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, tais como o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que fora fornecido.

Da análise dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, infere-se que o legislador consagrou, como regra geral, a responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo.

A proteção contratual consumeirista é composta pelo conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor da relação de consumo, ou seja, do consumidor.⁹³

Numa primeira fase, denominada pré-contratual, prevalece o princípio da

⁹² Maria Helena Diniz, *Curso. cit.*, p. 466.

⁹³ Clóvis do Couto e Silva. *A obrigação como um processo*. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 10.

transparência, devendo haver informações claras e precisas acerca do contrato e das características e qualidades dos serviços ou produtos que serão adquiridos.

De acordo com o exposto no art. 29 do Código do Consumidor, são consideradas consumidoras todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais previstas pelo referido *Codex*. Desta feita, ficam afastadas todas e quaisquer alegações por parte do fornecedor, tendentes a elidir sua responsabilidade, por aduzir não ter direcionado determinada oferta a tal ou qual grupo de consumidores.

Correto é que todas as informações publicitárias obrigam o proponente ou de quem dela se aproveite, tornando-se parte integrante do contrato que por ventura venha a ser celebrado.

Nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, são irrevogáveis as ofertas, (art. 35) ainda que feitas em balcão, permitindo inclusive execuções específicas (art. 84 e seus parágrafos) e nenhuma cláusula contratual visando a renúncia posterior do consumidor lhe pode ser imposta, assim como nada que exima, no todo ou em parte, as obrigações do fornecedor pode prevalecer.

Assim também o é com relação ao orçamento. A partir do momento em que o consumidor o aprova, o orçamento observa o princípio *pacta sunt servanda* e somente pode ser alterado, se assim estiver previsto.

A questão de se considerar o orçamento como parte integrante do contrato há muito já havia sido enfrentada pela jurisprudência. Assim, inclinava-se os reiterados entendimentos exarados pelos tribunais pátrios no sentido de considerar o orçamento como integrante do contrato que fosse celebrado entre o consumidor e o fornecedor.

Para tanto, exigia-se do consumidor que estivesse estribado num contrato demasiadamente minucioso e detalhado, para que somente então pudesse exigir do fornecedor o cumprimento de suas propostas orçamentárias.

Na eventualidade de o fornecedor não observar sua oferta, o consumidor tem em sua defesa a alternatividade de exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; ou rescindir o contrato, com direito à restituição corrigida dos valores eventualmente antecipados e a perdas e danos. O fornecedor fica subordinado à escolha unilateral das alternativas ao consumidor asseguradas pela lei.

Na fase contratual propriamente dita, observa-se o dirigismo contratual de modo a impor-se cláusulas mais benéficas ao consumidor e proibição de condutas lesivas e/ou abusivas que possam tornar a relação iníqua.

O Diploma consumeirista traz hipóteses exemplificativas, portanto não exclusivas, de nulidades contratuais, prevendo uma gama principiológica favorável à parte mais fraca, como o princípio de se resolver em favor do consumidor em caso de dúvidas etc. Todavia, não se pode olvidar que tais princípios não dão o direito ao consumidor de ferir a lealdade contratual nem fazer do contrato instrumento para a auferição de fins ilícitos.

Sendo a causa geradora da responsabilidade civil o interesse em restabelecer-se o equilíbrio econômico-jurídico rompido pelo dano, no campo das relações de consumo, a tal interesse há de se atribuir especial relevo, tendo-se em vista a precedente condição de vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica do consumidor frente ao fornecedor.

Haja vista ter mostrado-se ineficaz o modelo de responsabilidade subjetiva adotado pelo Código Civil de 1916 frente às peculiaridades das relações de consumo, uma vez encontrarem-se as vítimas dos danos em flagrante situação de desvantagem e até mesmo de impossibilidade probatória, atentou-se para tal discrepância o Código de Defesa do Consumidor, ao retirar o foco da prova do dano e colocá-lo na satisfação dos direitos da vítima.

Adotou-se, como regra, a teoria da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, de sorte que, toda pessoa que exerce uma atividade cria um risco de dano, fazendo surgir assim a responsabilidade pelos danos causados por aquele que a pratica e colhe os proveitos.

Para que emerja o dever indenizatório é necessário, simplesmente, que reste demonstrado o dano causado e o nexo de causalidade entre este e a conduta do fornecedor.

Todavia, faz-se mister externar o entendimento no sentido de que não há que se confundir inversão do ônus da prova com responsabilidade objetiva. Tal inversão é um mecanismo posto em favor do consumidor que somente ser-lhe-á concedido se o juiz assim o entender necessário e se se fizerem presentes seus pressupostos. Além do mais, o instituto da inversão do ônus da prova faz com que recaia sobre o fornecedor o interesse de demonstrar o fato exclusivo da vítima, a inexistência de vícios no produto ou no serviço ou mesmo que não o prestou ou não o pôs no mercado. Ora, ao se tratar de responsabilidade sem culpa nem há que se presumi-la, ela simplesmente nem deve ser perseguida ou ponderada.

Como assentado, a regra é da responsabilidade objetiva, todavia o Código de

Defesa do Consumidor não a distingue em contratual ou extracontratual, disciplinando-a do mesmo modo. Zelmo Denari esclarece que a dicotomia das responsabilidades civis contratual e extracontratual não foi considerada no Código de Defesa do Consumidor, apresentando este regime unificado, protegendo-se igualmente os consumidores, que, sejam credores contratuais ou não, expõem-se aos mesmos riscos.⁹⁴

Observa Coelho⁹⁵, ao invocar lições de Giorgi, que a distinção entre culpa contratual e extracontratual reduzir-se-ia a estéreis lutas de palavras, pois todos os esforços para tanto empreendidos seriam vagos e destituídos de sentido, enquanto a lei não precisar o alcance desses conceitos. Acrescenta o autor⁹⁶ que esta foi a trilha seguida pelo BGB, que considera uno o conceito de dolo e de culpa no contrato e no ato ilícito, sendo sempre a mesma a medida objetiva do dano e da indenização.

Em que pese a irrelevância da fonte para a imputação de responsabilidade civil em relações de consumo, aduza-se, na esteira de Bittar⁹⁷, que na responsabilidade extracontratual não há vínculo anterior entre as partes, enquanto que na contratual estão elas ligadas por relação obrigacional – contrato ou declaração unilateral de vontade; na primeira a fonte da obrigação é a lei, na segunda a declaração de vontade; em uma, o fato gerador é a prática de um ilícito, na outra a inexecução de obrigação.

Por fim, há que se consignar que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, por força do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, será aferida mediante verificação de culpa, sendo, com isso, subjetiva.

Destarte, a responsabilidade profissional foge à regra geral de responsabilidade civil abarcada pelo Código de Defesa do Consumidor, e por isto, a ela deter-se-á mais adiante, em tópico específico, oportunidade em que esposar-se-á posicionamento acerca da aplicabilidade do sistema geral de responsabilidade objetiva, da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do atual Código Civil, quando a atividade profissional for considerada perigosa.

⁹⁴ Inobstante as judiciosas opiniões mencionadas, na prática, entendemos não haver como negar a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, haja vista que, para a primeira, o inadimplemento da obrigação presume-se culposos; já para a responsabilidade extracontratual, é necessário que a vítima prove a culpa do agente. Além disso, a origem de ambas é diversa, pois a responsabilidade contratual tem fundamento na convenção firmada entre as partes, ao passo que a extracontratual, em regra, decorre do ato ilícito. Outra questão de relevo é a pertinente à gradação da culpa em levíssima, leve e grave, considerada na responsabilidade contratual, enquanto que para a responsabilidade extracontratual, a culpa, ainda que levíssima, gera dever de indenizar todos os danos – *in lege aquilia et levissima culpa venit*.

⁹⁵ Giorgio Giorgi. *Teoria delle obbligazioni*. t. 5, p. 201-202. Apud José Gabriel Pinto Coelho, *Responsabilidade*. cit., p. 211.

⁹⁶ José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 215.

⁹⁷ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 32.

2.7 A TEORIA OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No que concerne ao Novo Código Civil, em que pese ter seguido, na esteira do Código revogado, a clássica teoria da culpa como sistemática geral, dele diferenciou-se, ao estruturar cláusulas mais amplas de responsabilidade objetiva.

O Novo Código Civil não se afastou da responsabilidade civil segundo a teoria da culpa, mas ao lado desta, consagrou a teoria objetiva ou do risco como sistema geral de imputação de responsabilidade civil, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano for qualificada como perigosa. Assim preceitua no *caput* de seu art. 927 a teoria subjetiva dispondo que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Fabrizio Zambogna Matiello,⁹⁸ ao comentar o disposto no *caput* deste dispositivo, ressalta que a reparação do dano constitui-se em corolário lógico e necessário da prática de ato ilícito. Segundo o disposto nos arts. 186 e 187 do Código Civil vigente, comete ato ilícito quem, por culpa (em sentido estrito) ou dolo violar direitos de outrem causando-lhe dano, ainda que exclusivamente moral. Também incorre em ilícito o titular de um direito que o exerce excedendo os limites impostos por seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Trata-se, no último caso, do abuso de direito, que será analisado no capítulo 7 deste estudo.

Assim, observa-se com clareza a manutenção pelo novel legislador daquela antiga concepção de sistema geral de responsabilidade civil fundada na culpa.

A segunda parte do parágrafo único do citado artigo consagra aquilo que se poderia denominar de sistema ou cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, ao preceituar que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, *ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.*” (sem grifo no original).

Assim tem-se que haverá responsabilidade civil do causador do dano independentemente de culpa em duas situações: a) nos casos especificados em lei; e b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

⁹⁸ Fabrizio Zambogna Matiello. *Código civil comentado*. cit., art. 927, n. 2.

No que tange à primeira parte do parágrafo único do art. 927 do Novo Código Civil, nenhuma novidade há com relação ao sistema casuístico de imputação de responsabilidade vigente à época do anterior Diploma. É que a obrigação de reparação por danos causados a outrem pode, em casos determinados, subsistir sem que haja o desvalor na conduta do agente.

Até então – pode-se afirmar – o direito brasileiro estribava-se na teoria subjetiva exceto nos casos taxativamente previstos pelo próprio Código Civil de 1916, por legislação esparsa e mesmo pela Constituição.

Já no que se refere ao disposto na segunda parte do dispositivo em questão, não restou claro a que categoria de pessoas é aplicável o sistema de responsabilidade objetiva, tampouco quais são aquelas atividades normalmente desenvolvidas que, por sua natureza, implicam em riscos para os direitos de outrem.

Todavia, tal fato deveras faz com que muitos estudiosos do instituto afirmem ter transmudado o caráter excepcional da responsabilidade objetiva de modo a tornar-se, esta, a regra. Porém, em realidade não é esse o entendimento preponderante, de modo a estar o prejudicado isento da prova de culpa apenas nas hipóteses previstas em lei, ou quando restarem preenchidos os requisitos da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do atual Código.

Conforme sintetiza Lisboa⁹⁹, o legislador civil, de fato reconheceu ambos os sistemas de responsabilidade – tanto o fundado na culpa como o embasado no risco da atividade profissional –, com isso mantendo a tradicional responsabilidade civil subjetiva como regra sem, no entanto, ficar completamente preso ao passado.

Salienta Gramstrup¹⁰⁰ que o Código Civil da Bolívia¹⁰¹ acrescenta o desempenho de atividade perigosa, salvo culpa da vítima, como fonte geradora de indenização em termos tão abstratos quanto o consignado no Código Civil brasileiro. Todavia, se na verdade ambos os diplomas trazem em seu bojo cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, não se pode deixar de observar que a inovação brasileira não faz menção à culpa da vítima como excludente ou cláusula minorativa de responsabilidade civil.

O que vem ocorrendo pode ser traduzido como uma tendência de socialização dos riscos de dano, num claro movimento de oferecer-se maior segurança à sociedade, que

⁹⁹ Roberto Senise Lisboa. *Responsabilidade*. cit., p. 45.

¹⁰⁰ Erik Frederico Gramstrup. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Federal, 2006, p. 58.

¹⁰¹ “Art. 998.- (ACTIVIDAD PELIGROSA). Quien en el desempeño de una actividad peligrosa ocasiona a otro un daño, está obligado a la indemnización si no prueba la culpa de la víctima.”

procura garantir a reparação a todo e qualquer dano ao lesado, independentemente do caráter culposo ou ilícito do ato que o produziu.

Certo é que, verifica-se que a cada dia toma mais corpo a chamada corrente objetivista, que procura desvincular o dever ressarcitório de toda idéia de culpa, vinculando-o, tão somente no dano e na autoria do evento lesivo; sem cogitar do problema da imputabilidade; sem investigar se houve, ou não, um erro de conduta; sem apurar a antijuridicidade da ação.

Algumas correntes procuram, na verdade, deslocar o fundamento da responsabilidade da culpa para o risco. Esta tendência, todavia, tem sido alvo de críticas por parte significativa da doutrina pátria.

Caio Mário da Silva Pereira¹⁰² pondera que, filosoficamente, a abolição total do conceito de culpa vai dar num resultado anti-social e amoral, dispensando a distinção entre o lícito e o ilícito, ou desatendendo à qualificação boa ou má conduta, uma vez que o dever de reparar, tanto corre para aquele que procede na conformidade da lei quanto para aquele outro que age ao seu arrepio.

¹⁰² Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições*. cit., p. 562.

CAPÍTULO 3

AS ATIVIDADES PERIGOSAS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 A CRISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A MUDANÇA DE PARADIGMAS

A cada passo da expansão das atividades humanas, seus efeitos mostram-se cada vez menos controláveis pelos indivíduos, fato que leva a responsabilidade civil a exorbitar de seus antigos domínios, de sorte a abranger, não somente os fatos que se acham ao redor dos indivíduos, mas também aqueles vários outros que escapam de seu poder de controle e guarda. Isto é o que vem determinando a inflexão do direito civil rumo ao direito público, ou seja, a constitucionalização do direito civil, porque o social se sobrepõe ao individual, a realidade se impõe sobre a ficção e os fatos triunfam sobre a palavra.¹

Informa Alberto do Amaral Júnior² não ser nova a noção de crise, tampouco constitui-se em apanágio da época moderna. Mas, nas sociedades modernas, caracterizadas pela relativização das estruturas de poder e *status*, em que o lugar ocupado pelo homem, na hierarquia social, muito mais aparece como dado da natureza, a qual é apresentada com uma intensidade tal que permeia o desenvolvimento das ciências sociais, bem como do próprio direito. Referindo-se a noção de crise sob a ótica de Habermas, prossegue o ilustre professor das Arcadas, estar ela, por um lado, relacionada com as idéias de disfunção, de desarranjo e de descontinuidade, e por outro, com a subversão da ordem original dos elementos componentes da estrutura de um dado sistema.

O pensamento jurídico contemporâneo denuncia a crise do direito, devido à inflação legislativa com que se depara o direito do segundo pós-guerra, acarretando insegurança nas relações jurídicas, desarmonia entre prática e teoria, entre justiça e direito, o que levaria ao ponto de se reconhecer a existência do domínio de um não-direito. Esse

¹ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade civil e socialização dos riscos*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 266.

² Alberto do Amaral Júnior. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993, p. 62. A obra de Habermas a que se refere é *La crisi della razionalità del capitalismo maturo*, trad. Giorgio Backhaus, Bari: Laterza, 1979.

descompasso entre teoria e prática, entre as ideologias jurídicas e os reais valores que elas exprimem, aponta para a necessidade de uma nova direção no estudo do fenômeno jurídico, com vistas a superar as tradicionais concepções unilaterais.³

A crise de um ramo do direito conduz à fragilização, quando não à extinção de institutos que anteriormente pareciam imutáveis. As novas necessidades sociais e econômicas apontaram para a construção de novas diretrizes conceituais e de aplicação da responsabilidade civil, sempre seguindo a tendência de proporcionar à vítima de eventos danosos a mais adequada reparabilidade.

O instituto da responsabilidade civil merece estudo atualizado, que o coloque em sintonia com as exigências sociais hordiernas, e com as inatendidas aspirações de outrora.

Nesses termos, nas felizes conclusões de Alberto do Amaral Júnior⁴, é possível falar-se, quer numa acepção jurídica, quer numa acepção social, na existência de uma dimensão objetiva e outra hermenêutica, que ressalta o aspecto subjetivo de qualquer crise.

Segundo o ilustre professor, a dimensão fática manifestar-se-ia pela transformação operada nas bases iniciais que constituem determinado sistema, abrindo-se, por conseguinte, a possibilidade de novo arranjo que, em geral, tem conformação diversa daquela inicialmente posta.

Já no que pertine ao aspecto hermenêutico, tem-se em vista o modo com o qual os sujeitos envolvidos no processo social sentem e reagem frente à existência da crise.

Destarte, ainda segundo o professor, a crise pode ser encarada como um dado negativo, indicando a presença de um desequilíbrio cuja persistência seria capaz de levar à desagregação do sistema social, tendo como conseqüência a busca de soluções ou paleativos para os problemas sociais. Todavia, analisando-se a questão por um enfoque positivo, vislumbra-se a possibilidade de contínuo exercício da criatividade do homem, buscando-se sempre novas formas de regulação das relações humanas.

O problema da responsabilidade supõe um dano no qual a vítima demanda reparação. Nas palavras dos irmãos Mazeaud,⁵

la vie moderne est de plus en plus dangereuse; les machines que les inventions nouvelles mettent à notre disposition pour développer notre

³ Francisco Amaral. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36-37.

⁴ Alberto do Amaral Júnior. *Proteção*. cit., p. 62-63.

⁵ Henri, Leon e Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*. 2. ed. t. 2. Paris: Montchristien, 1963, p. 294.

*activité (outillage industriel, moyens de transport, etc.) sont source de dommages de plus en plus nombreux.*⁶

Da resposta à indagação de Darbin é que será desenvolvido o presente capítulo, que constitui o ponto central deste estudo.

Formula o autor a seguinte proposição “será que a regulamentação da responsabilidade civil sob o fundamento único da culpa, tal como vem estabelecido no Código de Napoleão, alcançaria os pináculos da perfeição?” Negativamente responde o próprio autor, pois certas atividades, mormente as perigosas e com força de determinação de riscos extraordinários, fazem surgir o dever de ressarcimento, não somente pelos danos advindos de culpa, como também pelos que resultam do só fato da utilização da maquinaria perigosa. E a razão disso é que poderosos motivos de ordem social, especialmente urgentes e excepcionais, são capazes de justificar um dever de reparação, mesmo na ausência de culpa, sob o fundamento do caráter perigoso da atividade exercida.⁷

Ressalta Alberto do Amaral Júnior⁸ que, no final do século XIX, o processo de concentração econômica faz com que seja alterado o eixo em torno do qual gravita o Direito Comercial, que passa do ato de comércio para a atividade empresarial. Essa atividade traduz-se na prática de uma série de atos, jurídicos ou não, coordenados em relação a uma atividade comum.

Prossegue o autor esclarecendo que a noção de finalidade exige a presença do sujeito que organize os atos individualizados, e uma finalidade comum que dê sentido aos atos isolados. Tal finalidade é, no caso da atividade empresarial, uma finalidade econômica consistente na disposição de bens e serviços para o mercado.

Com o advento dessas transformações, fizeram-se necessárias profundas mudanças nos fundamentos da responsabilidade civil, denunciando-se a insuficiência daquela teoria clássica subjetiva, baseada na verificação de culpa da parte do agente causador do dano.

As mais diversas atividades perigosas continuaram a aparecer no decorrer do século XX, em numerosos setores, tais como nos transportes terrestre, ferroviário,

⁶ “A vida moderna está cada vez mais perigosa; as máquinas que as novas invenções colocam à nossa disposição para desenvolver nossa atividade (equipamento industrial, meio de transporte etc) são fonte de dano cada vez mais numerosos.” (Tradução livre)

⁷ Neste sentido, citando Jean Dabin. *La Philosophie de l'Ordre Juridique Positif*. Paris: Sirei, 1929, p. 548, cf. Wilson Melo da Silva, *Responsabilidade*. cit., p. 119.

⁸ Alberto do Amaral Júnior. *Proteção do consumidor*. cit., p. 71

marítimo e aéreo, de pessoas, de bens, de mercadorias perigosas ou de hidrocarbonetos; nos gasodutos, nos aquedutos, na condução de eletricidade e em seu armazenamento, na exploração de energia nuclear, elétrica ou mecânica, no envio de engenhos ao espaço, na utilização de substâncias químicas, bacteriológicas, explosivas ou de outra natureza, em produtos defeituosos, em transfusões de sangue, na administração de hormônios, em vacinações, pesquisas e experimentações biomédicas, nas manipulações genéticas, em biotecnologias, agrupamentos de massa etc.⁹

Ocorre que a teoria clássica da responsabilidade civil, concebida em fins do século XVIII, trabalhava com a idéia de um homem como ser dotado de vontade livre, podendo ser responsabilizado pelos atos que pratica. Tal entendimento leva à conclusão de que se somente a vontade livre pode ser considerada fonte de obrigação, faz-se mister que o conceito de ato ilícito seja formulado sob a noção de culpa.

Ainda nas reflexões de Amaral Júnior, pelo fato de para a teoria clássica subjetiva não haver responsabilidade civil sem culpa, a noção de culpa tem, além de seu aspecto moral, uma dimensão econômica fundamental, conquanto relaciona, de maneira absoluta, a incidência da responsabilidade à verificação de uma atitude culposa do agente, limitando-se destarte, a área dos danos ressarcíveis vez que não se levariam em conta aqueles danos decorrentes de atividades que não revelem, de forma direta, a culpa de determinado sujeito.

Com os olhos no Código anterior, defende Luiz Roldão¹⁰ a impossibilidade de invocar-se o instituto da responsabilidade civil, para reparar danos ocasionados no exercício de atividades lícitas. São suas as palavras:

pensamos que, no direito brasileiro, a partir mesmo da conceituação do ato ilícito no art. 159, a responsabilidade civil é consequência dele e da responsabilidade objetiva, prevista em textos especiais. Eventuais direitos que assistam a pessoas prejudicadas em decorrência de atos que não se revestem do rótulo de ilicitude nem só por isso devem ser havidos como de responsabilidade civil, mas de sua restauração por ausência mesmo de causas para serem suas consequências suportadas, sem contrapartida. E a vedação do enriquecimento sem causa, princípio que pode inspirá-la, não se confunde com a responsabilidade civil.

Com relação à atividade do fornecedor de produtos e serviços na cadeia de consumo, a fabricação e prestação em série introduz uma dimensão do conceito de dano

⁹ Geneviève Champs. *La mise em danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité – analyse de droit compare*. Bruxelas: Bruylant e Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, p. 4.

¹⁰ Luiz Roldão de Freitas Gomes. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 271.

até então desconhecida. Para tais situações aquele tradicional ou clássico critério de responsabilidade tornou-se inadequado, senão superado. Isto porque é cediço que a teoria subjetiva fundava-se na prática de atos isolados cujo risco de dano, além de pouco freqüente, nunca era algo muito considerável. Todavia, com a passagem da produção artesanal para a produção em série de bens, que bem retrata a passagem do ato à atividade econômica organizada, o risco de dano passa a acompanhar o processo de circulação dos produtos, desde o momento de sua colocação no mercado. Alguns riscos podem inclusive ser estatisticamente previstos, enquanto outros, por serem inerentes ao processo de fabricação, não o podem.

Para o direito norte-americano, as modernas leis de dano classificam os casos envolvendo dano físico a pessoas e propriedades de acordo com o grau de culpa inerente nas condutas danosas em três categorias: 1) intencional; 2) negligente e 3) a da responsabilidade estrita, absoluta ou responsabilidade sem culpa – *liability without fault*. As atividades que causam aumento da responsabilidade estrita não são tão inconcebíveis a ponto de serem totalmente vedadas. De fato devem ser socialmente úteis ou necessárias, mas se forem suficientemente perigosas ou criarem riscos excessivos, a lei requer que sejam suportadas por seu autor.¹¹

A atividade perigosa deve receber tratamento diversificado, em leis próprias e expedidas na proporção em que ganha vulto a respectiva problemática, a par de inserção de texto específico em codificações mais recentes.¹²

Este é o entendimento de Bittar¹³, segundo quem, o regime jurídico das atividades perigosas deve obedecer a regras e princípios próprios, que formam um sistema particular dentro do contexto geral da teoria da responsabilidade civil. Tal regime consubstancia-se em um complexo normativo inspirado por princípios firmados e imperantes a partir de fins do século XIX, integrados por leis especiais desgarradas dos códigos e editadas em razão da especificidade de certas atividades.

Um princípio geral de responsabilidade civil, por atividades perigosas, permitiria a realização de riscos futuros, ainda não concebidos nos tempos atuais. O alcance de entendimento e a flexibilidade que ser-lhe-ão conferidos permitirão sustentar a evolução científica, tecnológica e econômica da sociedade. Malgrado tal regra não possa eliminar, por si

¹¹ Edward J. Kionka. *Torts*. 3. ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 37.

¹² Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: RT, 1985, p. 34.

¹³ Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade*. cit., p. 92.

só, as deficiências do atual sistema de responsabilidade civil, ao menos suprimirá a injustiça ligada à desigualdade de tratamentos entre as vítimas de atividades de risco similares.¹⁴

A postura inovadora, adotada pelo atual Código Civil brasileiro, aponta para uma disciplina geral – e não mais casuística – de responsabilidade civil decorrente do exercício de atividades perigosas, sob o vetor da socialização dos riscos e da proteção da pessoa da vítima, sem se preocupar com o valor da conduta do agente ofensor.

3.2 A ATIVIDADE LÍCITA COMO FONTE GERADORA DE OBRIGAÇÃO

Por fonte do direito, Miguel Reale¹⁵ designa os processos ou meios, em virtude dos quais as regras jurídicas são positivadas com legítima força obrigatória, vale dizer, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa.

Fonte das obrigações, por sua vez – na definição de Marco Aurélio Viana¹⁶ –, “é o elemento gerador, o fato que lhe dá nascimento, o pressuposto necessário para a existência do vínculo”.

Tradicionalmente os códigos enumeram como fonte de obrigações o contrato, o ato ilícito e as declarações unilaterais de vontade.

Ressalta Trabucchi¹⁷ que o art. 1.173¹⁸ do Código Civil italiano dispõe que as obrigações podem derivar do contrato, do fato ilícito, ou de qualquer outro ato ou fato idôneo para produzi-las, conforme o ordenamento jurídico. Tal enumeração guarda semelhança com a estabelecida por Gaio, segundo quem, *obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut próprio quodam iuri ex variis causarum figuris*; compreendendo-se nestas últimas palavras, todas as fontes de obrigações que passaram a ser reconhecidas pelo direito pretoriano, ao lado das chamadas fontes principais, próprias do direito civil, vale dizer, o contrato e o delito.

¹⁴ Geneviève Champs. *La mise en danger*. cit., p. 15.

¹⁵ Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 140.

¹⁶ Marco Aurélio S. Viana. *Curso de direito civil*. v. 4, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 27.

¹⁷ Alberto Trabucchi. *Instituciones de derecho civil*. v. 2. Tradução de Luis Martinez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967, p. 35.

¹⁸ “Art. 1173 (Fonti delle obbligazioni). Le obbligazioni derivano da contratto (Cod. Civ. 1321 e seguenti), da fatto illecito (Cod. Civ. 2043 e seguenti), o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle (Cod. Civ. 433 e seguenti, 651, 2028 e seguenti, 2033 e seguenti, 2041 e seguenti) in conformità dell’ordinamento giuridico.”

Mais adiante, assevera o autor¹⁹ que a obrigação também pode surgir em consequência de um agir lícito, nos casos que o Código Civil italiano regula nos Títulos VI e VII de seu Livro IV, a saber: a gestão de negócios alheios e o pagamento indevido, figuras definidas pelos compiladores justinianos como *quase contratti*.

Diversa é a orientação do ordenamento espanhol que, no art. 1.089 de seu Código Civil, enumera as fontes de obrigações nos seguintes termos: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. O Código Civil argentino, em seu art. 499 dispõe que “No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”.

O anterior Código Civil brasileiro, assim como o atual, não continha dispositivo acerca da matéria, conforme o fazem alguns ordenamentos, como o italiano, espanhol e argentino. Todavia, da análise de suas normas, distribuídas entre os diversos títulos que formam a teoria geral das obrigações, que expressamente se reconhecia – e continua-se reconhecendo – três fontes de obrigações, quais sejam, o contrato, o ato unilateral de vontade e o ato ilícito, sem que, contudo, se lhes dispensem capítulo próprio sob a epígrafe “*fonte das obrigações*”, ou algo congênere.²⁰

Atualmente e em grande proporção, o princípio da responsabilidade por ato ilícito, cada vez mais, convive ao lado do princípio da simples criação ou controle de riscos no exercício de atividades perigosas, de sorte a não se ter, em alguns casos, como critério de imputação a boa ou má conduta do agente, senão o acionamento ou desenvolvimento de atividades perigosas.²¹

Ao analisar o inc. II do art. 286 do Código de Processo Civil, discorre Fredie Didier²² não haver razão para associar o dever de indenizar somente aos atos ilícitos. Denuncia o processualista baiano tratar-se de um vício assaz freqüente, que acaba por confundir o fato jurídico com o seu efeito. Então afirma, acertadamente, ser possível que um ato lícito tenha por eficácia, também o dever de indenizar. Exemplifica com os atos lícitos da administração, que podem gerar o dever de indenizar os administrados

¹⁹ Alberto Trabucchi. *Instituciones*. v. 2, cit., p.

²⁰ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 26.

²¹ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 94.

²² Fredie Didier Júnior. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. v. 1. Salvador: JUSPODIVM, 2007, p. 401.

prejudicados, e que não poderiam eles arcar, unicamente, com os encargos dos benefícios de todos; a legítima defesa e o exercício regular de um direito; os danos causados pelas pessoas empresárias do transporte ferroviário, àqueles que não sejam passageiros o remetentes de cargas; etc.

Assim sendo, mais do que se optar por uma regra fundada em um sistema de controle ou sanções penais, o legislador preferiu autorizar o exercício de atividades perigosas que apresentam utilidade social. Como será visto no capítulo seguinte, o art. 2.050 do Código Civil italiano tende a equilibrar os custos impondo ao agente a obrigação de reparar os danos causados a terceiros.²³

Nas lições de Erik Gramstrup²⁴, salvo as exceções expressamente previstas, o fato antijurídico continua sendo pressuposto geral nos sistemas subjetivo e objetivo de responsabilidade. Excepcionalmente as atividades ou atos lícitos geradores de dano podem ensejar o dever de indenizar.

Salienta Antunes Varela²⁵ que o ato pode ser lícito, e ainda assim obrigar o agente a reparar o prejuízo que sua devida prática por ventura cause a terceiros. Ressalta inexistir contradição lógica entre ambas as idéias, pois o ato lesivo pode ser lícito porque visa à satisfação de um interesse coletivo ou o interesse qualificado de uma pessoa de direito privado. Mas, ao mesmo tempo que é lícito, pode não ser justo no plano da justiça comutativa ou no da justiça distributiva. Ocorre que, não se pode simplesmente sacrificar, sem nenhuma compensação, o direito de um ou mais particulares, em nome do interesse coletivo ou ao interesse qualificado da pessoa coletiva ou singular.

Prossegue Varela exemplificando tal entendimento, com a hipótese da necessidade de remover um perigo atual de um dano manifestamente superior legitimar a destruição, a danificação ou o uso não autorizado de coisa alheia, não sendo dado ao lesado recorrer à legítima defesa contra a agressão de seus bens.

Ocorre que a licitude do ato não afasta necessariamente o dever de reparação do prejuízo que, no interesse de menor valor, sofreu o dono da coisa usada, destruída ou danificada. Por isso é que se impõe, nuns casos, e se admite noutros, a fixação da indenização a cargo do agente ou daqueles que tiraram proveito do ato lícito ou

²³ Geneviève Champs. *La mise en danger*. cit., p. 27.

²⁴ Eric Frederico Gramstrup. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Federal, 2006, p. 45.

²⁵ João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações em geral*. 10. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2005, p. 715-716.

contribuíram para a eclosão daquele estado de necessidade, nos termos do art. 339º, 2²⁶, do Código Civil português.

Assim, no estado de necessidade, é perfeitamente possível a licitude da ação de quem visa salvar aquele que corre perigo, devendo-se, entretanto, indenizar o dono da coisa destruída, se este não foi o culpado pelo perigo removido. Haverá dever de indenização em outras hipóteses de atos lícitos, tais como na servidão de passagem forçada, na servidão forçada de aqueduto, no escoamento de água do prédio superior para o inferior etc.

Explica Maria Helena Diniz²⁷, que o interesse no restabelecimento do equilíbrio rompido com a causação do prejuízo é a fonte geradora da responsabilidade civil, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco. Isto porque a idéia de reparação é mais ampla do que a de ato ilícito pois, se este cria o dever de indenizar, há hipóteses de ressarcimento de prejuízos em que não se cogita da ilicitude da ação do agente, não se olvidando, entretanto, da existência de responsabilidade por ato lícito, em que o dano decorre de um fato, admitido legalmente, obrigando o responsável por sua prática a indenizar os danos causados.

Neste particular, claras são as lições de Bittar²⁸, ao consignar que a pessoa que empreende atividade permitida, mas que pode criar ou manter uma fonte de perigo para outros, fica sujeita a uma responsabilidade especial, devendo, por via de consequência, responder pelo risco. Passa-se assim, portanto, de um ato ilícito para um lícito, mas gerador de perigo, como fundamento de imputação de responsabilidade civil.

²⁶ “Art. 339º (Estado de necessidade)

1. É lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro.

2. O autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade.

²⁷ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

²⁸ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 86.

3.3 A TEORIA OBJETIVA PURA DE ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO

Para que melhor se possa compreender a responsabilidade civil objetiva, com fundamento na teoria do risco, Álvaro Villaça Azevedo²⁹ propõe sua subdivisão em duas novas categorias, a saber, a responsabilidade civil objetiva pura e impura. Assim entende o emérito professor, pois a responsabilidade objetiva, como regulada no Código Civil, ainda guarda muito apego à teoria da culpa.

É que, ainda segundo o autor, a responsabilidade objetiva impura tem, sempre, como substrato, a culpa de terceiro vinculado à atividade do indenizador.

Ao analisar o art. 957 do Código Civil anterior, correspondente ao art. 399 do Código atual, ressalta Agostinho Alvim³⁰ que uma exceção ao disposto no referido dispositivo de 1916

refere-se à possibilidade de provar o devedor que o dano sobreviria à coisa ainda que a obrigação fosse oportunamente desempenhada. O fundamento da indenização, no caso de impossibilitar-se a prestação, depois da mora, não é a mora em si: é a circunstância de se haver perdido a prestação, por causa dela. A finalidade da lei não é punir o devedor moroso e, sim, reparar o dano que tenha por origem a sua mora.

Assim, ainda nas lições de Alvim, se pontual ou impontual o devedor, o fato que originou o dano sobreviria de qualquer maneira, não seria possível responsabilizá-lo em face mesmo da ausência de nexos causal. Persistindo-se mesmo assim a responsabilidade, entende-se haver uma verdadeira punição, o que vai de encontro à índole e finalidade do Direito Civil.

Todavia, a evolução das instituições e o aparecimento de novas necessidades fizeram com que tal entendimento, pautado em extrema rigidez técnica e moral, cedesse em face do desenvolvimento de determinadas atividades lícitas e perigosas, contudo toleradas pela moderna sociedade.

A teoria do risco integral consiste em modalidade extrema de responsabilização, destinada a justificar o dever de indenizar mesmo em casos nos quais inexistam nexos causal.

²⁹ Álvaro Villaça Azevedo. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. *Cadernos de direito constitucional e ciências políticas*. a. 4. n. 14. São Paulo: RT, 1996, p. 31.

³⁰ Agostinho Alvim. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 59-60.

Trata-se de conceber uma responsabilidade em situações em que, não necessariamente, haverá débito e tampouco violação da lei ou de obrigações por parte daquele considerado responsável. Por ser tão extrema, o direito brasileiro somente a adotou em casos excepcionalíssimos conforme abaixo exposto.³¹

Valendo-se de uma interpretação sistemática e axiológica do princípio da função social da propriedade, a propriedade obriga, em que pese tal fórmula, constante da Constituição de Bonn, não ter sido repetida na Constituição brasileira de 1988.

Segundo Daniel Sarmiento,³² a função social da propriedade abarca, dentre outras coisas, a tutela do meio ambiente, conforme expressamente disposto no art. 225 da Carta Maior da República. A tais interesses fundamentais devem incidir, sem sombra de dúvidas, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais quando, principalmente mas não exclusivamente, se tratarem de relações estritamente privadas. Visto isso, todos os particulares estão obrigados a um dever geral de respeito aos direitos transindividuais, que os constringe a não adotar comportamentos lesivos ao meio ambiente.

Neste sentido, desenvolveu o professor Álvaro Villaça Azevedo proposta de subclassificação da responsabilidade civil extracontratual objetiva, bifurcando-a em *objetiva pura e objetiva impura*, segundo quem, a *responsabilidade objetiva impura* tem sempre, como alicerce, a culpa de terceiro, vinculada à atividade do indenizador, ou o fato do animal e o fato da coisa inanimada.

Já a responsabilidade objetiva pura, conforme denomina, gerará o dever de indenizar mesmo que inexista culpa de quem quer que seja. Esclarece o autor da proposta classificatória que, “neste caso, indeniza-se por ato lícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim o determina. Nesta hipótese, segundo o insigne autor, não existiria direito de regresso, arcando o indenizador, exclusivamente, com o pagamento do dano”.³³

Assim, *verbi gratia*, caso um tufão – fato jurídico – causasse o rompimento de um recipiente contendo ácido, de modo a ocasionar danos ecológicos, o dever de indenizar existiria, como também por ato lícito, de uma empresa poluente, que encontra-se autorizada à prática de tais atividades, dentro de certos parâmetros, controlados pelo Poder Público.³⁴

Para o festejado jurista, seguindo a teoria do risco integral, nem mesmo o caso

³¹ Sergio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 157-158.

³² Daniel Sarmiento. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004, p. 365-366.

³³ Álvaro Villaça Azevedo. *Teoria geral das obrigações*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 280.

³⁴ Álvaro Villaça Azevedo. *Proposta*. cit., p. 31.

fortuito e a força maior seriam capazes de elidir a responsabilidade pura objetiva.

Segundo Granstrup³⁵, a responsabilidade objetiva, principalmente a pura, é da exclusiva competência do legislador, portanto não podendo ser ampliada pela atividade criadora da jurisprudência, porque, além da insegurança jurídica que tal abertura pudesse representar no âmbito do direito das obrigações, traz inúmeros riscos, imprevistos e incontornáveis aos interessados.

Consoante o raciocínio do professor Álvaro Villaça Azevedo, são exemplos que se enquadram no conceito de responsabilidade civil objetiva pura no ordenamento jurídico brasileiro, o dever de indenização e reparação dos danos causados ao meio ambiente, previstos pela Lei n. 6.938, de 31.08.1981, e regulamentada pelo Decreto n. 88.351/83, e os especificados na Lei n. 6.453, de 17.10.1977, que dispõe sobre os danos causados por atividades nucleares.

Comentando a subclassificação da responsabilidade civil objetiva, em objetiva pura e impura, a professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka³⁶ expõe matizar-se a responsabilidade civil objetiva pura pelas cores da absoluta desimportância de se indagar a respeito da culpa, quer seja a do próprio agente obrigado legalmente a pagar, quer a da vítima, quer a de terceiro, seja ele quem for; e se matiza, também, pelas cores da esdrúxula fonte da qual se origina, vale dizer, a atividade lícitamente desenvolvida, sob as ordens e exigências legais de toda a espécie, mesmo que a fonte próxima seja o próprio fato jurídico causador dos danos.

Destarte, os caminhos passam da responsabilidade civil e não estancam no reconhecimento e alargamento das hipóteses de responsabilidade isenta de culpa, em especial pelo que diz respeito aos utentes de coisas e atividades perigosas.

³⁵ Erik Frederico Gramstrup. *Responsabilidade*. cit., p. 51.

³⁶ Giselda Maria Novaes Fernandes Hironaka. *Novos rumos da reparação satisfatória*. (texto cedido pela própria autora).

3.3.1 Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente

Ao analisar-se o dano ecológico ou ambiental, deve-se ter em mente a questão da poluição ambiental que, segundo o disposto no inciso III do art. 3º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, é definida como

A degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Relevante observar que um dano ambiental pode ser considerado excessivo em certa época histórica, e tolerável em outros tempos, assim como um dano, antes tido como admissível, pode degenerar-se em anormal. Entretanto, o dano surge no plano ecológico, não somente quando implica em imediata destruição, mas, igualmente, quando em decorrência de sua insistência e repetição, ultrapassa a natural capacidade de assimilação, eliminação e reintrodução dos detritos no ciclo biológico. Exemplo disto é a poluição das águas, resultante de freqüentes despejos de resíduos industriais em meio cuja capacidade de autodepuração tornou-se insuficiente. Outrossim, a poluição do ar decorre da contínua produção de fumaças das usinas, em atmosfera já saturada de cloro, flúor e ozônio.³⁷

Assevera Marcelo Abelha³⁸ que o princípio do poluidor pagador não leva à conclusão de que paga-se para poluir, pois o meio ambiente não é bem posto no comércio, não é moeda de troca frente ao direito de poluir. Assim, a questão da reparação civil por danos ambientais leva alguma vantagem sobre as repressões nas esferas penal e administrativa, já que nestas últimas mostra-se necessário que tenha havido conduta ilícita do agente, ao passo que a repressão civil neste particular independe de verificação de licitude ou ilicitude da conduta, fazendo com que o caminho da compensação/repressão torne-se mais curto.

Para este fato já chamava a atenção José de Aguiar Dias³⁹, salientando que não se pode simplesmente contentar com a aceitação do dano consumado. Inobstante figurar entre

³⁷ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 567.

³⁸ Marcelo Abelha Rodrigues. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 146.

³⁹ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 2, cit., p. 569-570.

os resultados práticos do instituto da responsabilidade civil o da prevenção, desencorajando-se os agentes em decorrência das perspectivas dos encargos da reparação, não é satisfatório esse alcance. É mister que se aperfeiçoe as reações a tais flagelos, o que somente poderia ser feito em caráter preventivo, mediante legislação que viabilizasse severa condenação para a poluição, prestigiada pelo sentimento geral de sua necessidade e, por atividades individuais ou coletivas de defesa do meio ambiente, à disposição das quais dever-se-ão colocar instrumentos judiciais que as habilitem a agir, corrigindo o classismo das normas que regem a legitimação processual, por sua ampliação à condição de ação popular.

Ocorre, neste particular, que tais danos são de difícilíssima reparação. Pondera Venosa⁴⁰ que o simples pagamento de uma indenização em dinheiro é insuficiente, de modo a denunciar mais uma subversão daquela tradicional parêmia consoante a qual toda obrigação não cumprida, em última análise, converte-se em perdas e danos. Deste modo é que a reparação de danos ambientais deve gravitar em torno de duas idéias, a saber, a de retorno do meio ambiente às condições anteriores ao dano, e a de condenação do agente em indenização revestida de caráter educativo e punitivo.

À míngua de específica legislação sobre responsabilidade civil em matéria ambiental em épocas pretéritas, lecionava Aguiar Dias⁴¹ que, em face da insuficiência da teoria subjetiva no tocante ao atendimento dos casos em que a culpa não pode ser claramente identificada, doutrina e jurisprudência firmaram-se no sentido de adotarem a teoria do risco criado, segundo a qual, assim como a pessoa jurídica de direito público causadora de danos em decorrência de suas atividades deve indenizar os cidadãos prejudicados, a fim de que os encargos do serviço público sejam entre todos os contribuintes repartidos, do mesmo modo a empresa privada deve reparação àqueles atingidos pelos danos decorrentes de seu funcionamento, para que os encargos daí resultantes sejam repartidos entre eles e os que de tal atividade retirem proveito.

Reside o fundamento primeiro da responsabilidade objetiva por danos ao meio ambiente no § 3º do art. 225 da Constituição Federal, de modo que,

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁴⁰ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. 5. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, p. 212.

⁴¹ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 2, cit., p. 567-568.

Em esfera infraconstitucional o dispositivo que regula o dever de reparação por danos ao meio ambiente é o § 1º do art. 14 da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, prevendo a obrigação do poluidor, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados pela atividade poluidora.

Salienta Venosa⁴² que, enquanto que em sede de reparação por dano em geral vigora o entendimento consoante o qual o prejuízo a ser reparado deve ser atual, vale dizer, já deve ter ocorrido; já a reparação de danos causados ao meio ambiente vai mais além, pois todo dano potencial que pode advir no futuro pode e deve ser coibido. Em razão disso, bem como dos interesses coletivos envolvidos, diminui-se a exigência de comprovação do nexo causal, sendo imperioso apenas comprovar-se que na atividade do agente haja uma potencialidade de causação de prejuízos ecológicos.

Para Afonso Leme Machado⁴³, a responsabilidade objetiva por dano ambiental traduz-se na obrigação de reparação do dano ecológico por seu causador fundamentado, unicamente, no binômio dano/reparação. Isso quer significar que não se perquire a respeito da razão fundante da degradação, incumbindo ao poluidor demonstrar sua inevitabilidade. Conclui assentar-se o dever de reparação em princípio de direito natural, vez que a ninguém é dado prejudicar aos outros nem a si mesmo. Deste modo facilita-se a produção probatória sem se exigir culpa ou dolo do agente na proteção de bens comuns e de alto valor, cujas lesões ou deteriorações importarão em conseqüências transgeracionais.

Segundo Cavalieri Filho,⁴⁴ extrai-se do texto Constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente que tal responsabilidade funda-se no risco integral. Caso fosse possível a invocação de caso fortuito ou de força maior como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei a maior parte dos casos de poluição ambiental.

Corrobora desse entendimento Edis Vilaré⁴⁵, todavia tecendo considerações parcialmente contrárias aos pilares da teoria objetiva pura supra apresentada. É que segundo seu entender, admitir-se-ia o direito de regresso do responsável legal contra o verdadeiro causador do dano, entendimento do qual aqui se partilha, conforme exarado parágrafos acima. São estas as suas palavras:

⁴² Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. v. 4. cit., p. 207.

⁴³ Afonso Leme Machado. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 322-323.

⁴⁴ Sergio Cavalieri Filho. *Programa*. cit., p. 164.

⁴⁵ Edis Vilaré. *Direito do ambiente*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 837.

verifica-se, portanto, que, em matéria de dano ambiental foi adotada a teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral. Desse modo, até mesmo a ocorrência de caso fortuito e força maior é irrelevante. A responsabilidade é lastreada tão-só no fato de existir atividade da qual adveio o prejuízo. Ora, verificado o acidente ecológico, seja por falha humana ou técnica, seja por obra do acaso ou por força da natureza, deve o empreendedor responder pelos danos causados, *podendo, quando possível*, voltar-se contra o verdadeiro causador, pelo direito de regresso, quando se tratar de fato de terceiro. É essa interpretação que deve ser dada à Lei 6.938/81, que delimita a Política Nacional do Meio Ambiente, onde o legislador, claramente, disse menos do que queria dizer, ao estabelecer a responsabilidade objetiva. (sem grifos no original)

Diversamente, apregoa Marcelo Abelha⁴⁶ que

a regra da responsabilidade civil objetiva é calcada na teoria do risco, mas obviamente que deve permitir excludentes de responsabilidade, tais como o caso fortuito e a força maior, não se admitindo em matéria ambiental, a alegação de risco do desenvolvimento. Se o empreendedor assumiu o risco de colocar a atividade no mercado, deve assumir todos os ônus daí decorrentes, exceto aqueles absolutamente imprevisíveis que cortam o nexo causal.

Mas não poder-se-ia encerrar a discussão sem trazer a lume o posicionamento defendido por Arnaldo Rizzardo,⁴⁷ para quem

o art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81, afasta o risco integral, pois exige da responsabilidade se provocado por fato diverso da atividade que desempenha aquele a quem é atribuída a ação devastadora, como a ação de terceiros, o caso fortuito ou de força maior.

Assim, argumenta o insigne autor se a derrubada de árvores é ocasionada por invasores da propriedade alheia, se a queimada decorre da queda de um raio, se a mata é destruída por deslizamentos naturais de terra etc, não se pode atribuir ao proprietário do solo a responsabilidade pelos danos.

Deste entendimento comunga Marcelo Abelha⁴⁸ ao argumentar que é clara a regra do inc. IV do art. 3º da Lei de Políticas Ambientais ao dispor que se existir relação direta ou indireta entre o dano ambiental e a atividade do poluidor deve ser ele considerado

⁴⁶ Marcelo Abelha Rodrigues. *Elementos*. cit., p. 151.

⁴⁷ Arnaldo Rizzardo. *Responsabilidade civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>, cap. 48, n. 3.

⁴⁸ Marcelo Abelha Rodrigues. *Elementos*. cit., p. 151-152.

sujeito passivo de eventual responsabilidade civil ambiental. Afirma, finalmente, Abelha ter sido adotada, neste particular, a teoria da causalidade adequada para a apuração do nexo causal, de modo a funcionarem como excludentes de responsabilidade o caso fortuito ou a força maior.

O dever de indenizar em caso de danos ambientais, diretamente atrelado que está ao princípio do poluidor pagador, tem seu alicerce no art. 225 da Constituição Federal, tratando-se de responsabilidade solidária, com aplicação do art. 942 e seu parágrafo único do novo Código Civil,⁴⁹ subsidiariamente ao disposto na lei de Política Nacional do Meio Ambiente.

Defende Lucas Abreu Barroso⁵⁰ que, em sede ambiental, a teoria do risco revela-se como fundamento da obrigação de indenizar com base, não só nos ditames da equidade e justiça comutativa, como também, e sob a ótica de um ideal de pós-modernidade, na cidadania e na justiça sócio-ambiental, argumentando que

devemos atribuir novos contornos à teoria da responsabilidade civil em matéria ambiental, com matizes próprios, em razão de sua especificidade, dando como efetivos os ditames constitucionais e legais visando a preservação e conservação do meio ambiente nesses tempos em que os danos ambientais se tornaram inerentes, e se multiplicam vertiginosamente, em razão do *modus operandi* do sistema econômico e do *modus vivendi* da sociedade.

Com tendência para a generalização do campo de aplicação da teoria do risco em matéria ambiental, cita-se a Convenção do Conselho da Europa sobre a responsabilidade civil dos danos resultantes do exercício de atividades perigosas ao meio ambiente, adotada em 21.06.1993, em que se pretendeu abandonar o antigo regime da culpa. Com efeito, a Convenção acolhe uma responsabilidade sem culpa para as atividades que apresentam significativos riscos para o homem, para o ambiente ou para os bens. O “livro verde”, concernente à reparação dos danos causados ao ambiente, visa notadamente oportunizar uma regra harmonizadora da responsabilidade nesse domínio. O princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992 sobre o ambiente e o desenvolvimento, convida os Estados-membros a introduzirem no respectivo direito interno uma legislação para

⁴⁹ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

⁵⁰ Lucas Abreu Barroso. *A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental: fundamento e critério de valoração na pós-modernidade e no estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>, cap. 5, n. 1.

indenização dos prejuízos causados pela poluição e por outros danos ao meio ambiente.⁵¹

É que a responsabilidade civil ambiental transcende ao caráter meramente individualista, acolhido pelo atual sistema de responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, preocupado, primordialmente, com a reparação patrimonial.

A fundamentação da responsabilidade ambiental na teoria do risco integral – seja considerada em seu sentido mais amplo englobando a responsabilidade nuclear, ou em sentido estrito – coaduna-se com a visão que aqui se poderia defender, ainda isolada e embrionária, a respeito de um sistema de responsabilidade civil preventivo mediante o qual verificar-se-ia o dever de indenizar civilmente, afora as multas administrativas, pelo simples descumprimento de dever de cuidado, de modo a importar em perigo de dano para possíveis vítimas. Assim é que se pode sustentar, pois o atual sistema, ainda que sofrendo reformulações, persiste inapto a oferecer as soluções na forma e tempo reclamados pela sociedade.

3.3.2 Responsabilidade civil por danos nucleares

Em função dos relevantes fins das atividades nucleares, de seu infinito espectro e dos vultosos investimentos no setor – assevera Bittar⁵² –, logo se fizeram sentir os seus reflexos na teoria da responsabilidade civil, acabando por impor a construção de um regime jurídico próprio, expresso por leis especiais. Nestas leis, aparecem, ao lado dos já consagrados princípios e normas, regras destoantes da teoria geral da responsabilidade civil, contudo justificáveis à luz da realidade em que se inserem.

Nestes termos é válido trazer à baila as observações de Caio Mário da Silva Pereira⁵³ no sentido de que o mundo inteiro tomou conhecimento do acidente ocorrido na usina nuclear de *Chernobyl*, na antiga União Soviética que levou à contaminação radioativa a pessoas, animais e alimentos a centenas de quilômetros de distância, sem que se pudesse ter uma estimativa segura de até quando e até onde irão suas conseqüências. Em Goiânia ocorreu um acidente mediante contato e apropriação, por um particular, de uma cápsula de Césio-137, ocasionando lesões em várias pessoas, inclusive com vítimas fatais,

⁵¹ Geneviève Champs. *La mise em danger*. cit., p. 11-12.

⁵² Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 7.

⁵³ Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>, n. 42.

atingindo bairros inteiros daquela cidade, ensejando na obrigatoriedade de demolição de imóveis, na remoção de terras e de resíduos para locais remotos e sem previsão dos efeitos futuros nas pessoas atingidas.

O grande paradigma, em sede de responsabilidade civil por danos nucleares, reside em coaduná-lo com o princípio geral de responsabilidade, segundo o qual aquele que causar dano a outrem fica obrigado a indenizar. É que em grande parte dos acontecimentos os danos desta natureza são futuros, porém de existência real. Isso quer dizer que não se trata de mero dano hipotético, pois as irradiações podem provocar o desenvolvimento de moléstias graves, cujos efeitos contra a saúde vão se desenvolvendo com o transcorrer do tempo.

Dano nuclear, segundo a definição do inc. VII do art. 1º da respectiva lei, é

o dano pessoal ou material produzido como resultado direto ou indireto das propriedades radioativas, da sua combinação com as propriedades tóxicas ou com outras características dos materiais nucleares, que se encontrem em instalação nuclear, ou dela procedentes ou a ela enviados.

Será também considerado nuclear, por força do art. 3º, o dano advindo de acidente nuclear combinado com outras causas, quando não se puderem individualizar os danos não-nucleares.

Observa Bittar⁵⁴, ao analisar o conceito trazido pelo citado dispositivo, que a referida lei optou pelo sistema fechado de delimitação das atividades nucleares, de modo a circunscrevê-las apenas àquelas realizadas nas instalações nucleares – *intra muros* –, com projeção externa tão-somente em relação ao transporte de substâncias nucleares de uma para outra instalação – *in itinere* –, traçando assim, um sistema mínimo de proteção às eventuais vítimas. Destarte, escapam do contexto da lei especial as demais atividades nucleares que se não amoldam na fórmula enunciada, subordinando-se, por conseguinte, aos princípios e regras gerais de responsabilidade civil ou, quando muito, ao sistema de responsabilidade civil por atividade perigosa.

Recepcionando parcialmente a Lei de responsabilidade civil e criminal por danos nucleares, a Constituição Federal, no inc. XXIII, “d” de seu art. 21 prevê hipótese de responsabilidade objetiva em caso de danos ocasionados por exploração de atividades nucleares, ao dispor que “A responsabilidade civil por danos nucleares independe da

⁵⁴ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade civil*. cit., p. 162.

existência de culpa”. Neste caso, segundo alguns, também foi adotada a teoria do risco integral dada a enormidade de riscos decorrentes da exploração de atividades de tal natureza.

Salienta Bittar⁵⁵ que dois são os pressupostos da responsabilidade nuclear, a saber, a) o exercício da atividade que produz o acidente e b) a existência de um dano nuclear. Encara-se o nexo causal em sentido diverso do assumido no direito comum da responsabilidade, atribuindo à matéria um cunho extraordinário, justificando-se sua denominação de *responsabilidade agravada*. Assim, afasta-se qualquer conotação de ilicitude ou de ingerência na ação, não se fixando relação entre a ação do explorador e o acidente verificado, que pode ocorrer inclusive sem seu conhecimento, ou sem que possa interferir para a sua elisão. Nesta linha de raciocínio, considera-se caracterizada a responsabilidade nuclear mesmo com a superveniência de caso fortuito ou de força maior, que a não elidem, prevalecendo ainda que haja interferência de fator externo à atividade.

Trata-se do princípio da responsabilização pelo exercício da atividade nuclear, segundo o qual a simples exploração de tal atividade já faz com que o explorador seja tido como civilmente responsável, em razão da periculosidade decorrente do exercício da atividade. Por isso não há que se falar em ato ilícito como pressuposto de imputação de responsabilidade, haja vista ser atividade nuclear lícita e legalmente regulada. Por conta disso, deverá o explorador arcar com danos decorrentes de atividade nuclear, pois é ele quem dela retira proveito econômico.⁵⁶

Contrariando a aceitação da teoria do risco integral, Maria Helena Diniz⁵⁷ afirma não excluí-la o caso fortuito ou de força maior, embora admita a exclusão de responsabilidade do explorador de atividade nuclear, quando em decorrência de fatos de excepcional gravidade, como guerra civil, conflito armado e cataclisma natural. Com todo o respeito de que é merecedora a ilustre mestra, não se pode entender que há diferenças entre os fatos excepcionais ora transcritos e o evento fortuito ou de força maior, inobstante a gravidade ressaltada, sob risco de recair a matéria no âmbito da discricionariedade do magistrado, como ocorre nas cláusulas abertas.

Neste sentido assevera Venosa⁵⁸, após discorrer sobre a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, que “sob o mesmo prisma ora em exame, devem ser vistos os danos ocasionados pela energia nuclear, que também tem diretamente a ver com o meio ambiente”.

⁵⁵ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 187-194.

⁵⁶ Maria Helena Diniz. *Curso*. v. 7, cit., p. 629-630.

⁵⁷ Maria Helena Diniz. *Curso*. v. 7, cit., p. 630.

⁵⁸ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. v. 4, cit., p. 215.

Pelo fato de as atividades nucleares importarem em perigos de grande intensidade e de conseqüências, muitas vezes imprevisíveis, as convenções internacionais e as legislações internas afastaram-se do dogma da culpa na definição da responsabilidade civil, e, numa demonstração da correlação existente entre responsabilidade objetiva e perigo, adotaram um rígido sistema de responsabilidade, não admitindo sequer a excludente da força maior.⁵⁹

Diz-se que a Lei n. 6.453/77 foi parcialmente recepcionada pela Magna Carta pois aquele diploma infraconstitucional, em seu art. 8º exclui a responsabilidade do operador de estação nuclear por danos desta natureza quando causados por conflitos armados, hostilidades, guerra civil, insurreição ou caso de força maior.

É de se observar, quando a reparação for de responsabilidade do Estado, que a base jurídica da responsabilidade objetiva por danos nucleares passa a fundamentar-se no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, que não faz nenhum tipo de exceção ao dever de indenizar, levando importante corrente doutrinária ao entendimento de que não mais persistem aquelas causas previstas no art. 8º da Lei n. 6.453/77.

Enfim, com relação à possibilidade do explorador valer-se do direito de regresso contra o verdadeiro causador do dano, mister faz-se aduzir às lições de Bittar⁶⁰, segundo quem, em consonância com o princípio da canalização, a responsabilidade civil concentra-se no explorador da atividade nuclear, quem fica responsável por qualquer dano causado a pessoas e coisas, que de seu desenvolvimento seja resultante, nos moldes fixados na legislação especial. Ocorrido o evento danoso, não há que se cogitar de nexos causal ou de culpa do explorador para a indenização da vítima, devendo ele arcar com todos os encargos, porém com direito a regresso contra quem de direito, se for o caso.

Percebe-se ser indiferente o modo pelo qual se produz o acidente, o que demonstra a existência de uma responsabilidade nuclear automática.

⁵⁹ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 104-105.

⁶⁰ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 128-129.

3.4 AS CLÁUSULAS GERAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Os autores e tribunais defensores da teoria objetiva reclamavam contra a ausência de disposições genéricas, que admitissem a afirmação de que tal efetivamente ingressou no direito positivo.⁶¹

Assim, conforme já consignado em capítulo apropriado, buscou o Projeto de Código de Obrigações de 1965 estabelecer em seu art. 855 a norma geral de imputação de responsabilidade objetiva casuística, vale dizer, somente naqueles casos expressamente previstos em lei, ao lado de um sistema geral de responsabilidade objetiva em seu art. 872 nos seguintes termos: “Aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo.” Da mesma forma, o Projeto de Código Civil de 1975, no parágrafo único de seu art. 929 admitiu a aplicação genérica da teoria objetiva no âmbito da responsabilidade civil.

Este dispositivo do Projeto de Código Civil foi merecedor dos aplausos de Aguiar Dias⁶², pois traduz em seu bojo o consagrado princípio romano *neminem laedere*. Para o saudoso autor, o dispositivo não visaria estabelecer o dever de indenizar em decorrência de todo e qualquer dano, mas sim exigiria que fosse injusto, além de mostrar-se, de certo modo, relevante. Por isso é que afirma que

nestes limites, seria possível adotar os princípios objetivos e alargar os seus domínios, além do tímido ensaio do Projeto. Banir a culpa do sistema da responsabilidade civil talvez seja uma temeridade, dadas as repercussões econômicas que acarretaria a adoção integral do princípio do risco. Mas já é tempo de consagrar a responsabilidade objetiva para atividades que resultem, só pelo seu exercício, com frequência considerável, em dano injusto para a comunidade.

Segundo expõe Silvio Rodrigues,⁶³ a solução que inovava o sistema então vigente ao acolher a responsabilidade sem culpa, afora os casos já expressamente previstos em lei, era, entretanto, de aplicação excepcional e só admissível com importantes restrições. Isso porque, salvo algumas restrições, o Anteprojeto de Código Civil não se afastara da

⁶¹ Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade*. cit., cap. 2. n. 50.

⁶² José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1, cit., p. 38.

⁶³ Silvio Rodrigues. *Direito civil*. 20. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 161-162.

orientação tradicional estribada na teoria da culpa.

Assim foi seguido pelo Código Civil de 2002, que adota na primeira parte do parágrafo único de seu art. 927, o preceito do art. 855 do Projeto de Código de Obrigações de 1965.

Assevera Leonardo Beraldo⁶⁴ que, quando a primeira parte do dispositivo em análise menciona haver obrigação de reparar o dano nos casos especificados em lei, deixa claro que o novo Código afirma que as leis especiais que atribuem responsabilidade objetiva ao causador de certos e determinados danos continuam em vigor, tais como o Código de Defesa do Consumidor e os dispositivos sobre os danos causados por pessoas jurídicas de direito público e privadas prestadoras de serviços públicos, nos termos do já analisado § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Além disso, os empresários e as sociedades respondem independentemente de culpa pelos danos causados por produtos postos em circulação, nos termos do art. 931 do Código Civil; a responsabilidade do transportador é objetiva, nos termos do art. 734 do Código Civil; além dos danos nucleares e ao meio ambiente.

O Código Civil de 2002, no parágrafo único de seu art. 927 expressamente adota a teoria do risco como regra geral, sem afastar-se, todavia, da responsabilidade civil fundada na culpa mediante prática de ato ilícito ou por abuso de direito, o que não deixa de representar considerável avanço legislativo, mas por outro lado realimentará as discussões dogmáticas, lançando uma cortina de fumaça sobre a verdadeira crise do instituto.⁶⁵

Trata-se de cláusula geral de responsabilidade civil de tamanha amplitude que, mediante interpretação literal e menos cuidadosa, pode levar ao exegeta ao entendimento de que, qualquer pessoa que vier a desempenhar atividade considerada de risco, responderá objetivamente, ou seja, independentemente de culpa.

A este propósito, discorre Aguiar Júnior⁶⁶ que uma relevante modificação encampada pelo novo Código Civil está no uso de cláusulas gerais,

que são normas jurídicas legisladas, incorporadoras de um princípio ético

⁶⁴ Leonardo de Faria Beraldo. A responsabilidade civil no parágrafo único do art. 927 do código civil e alguns apontamentos do direito comparado. *Revista forense*. v. 376. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 132.

⁶⁵ Henrique Jiaquinto Herkenhoff. Responsabilidade pressuposta, In: *Direito civil: direito existencial e direito patrimonial – estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, São Paulo: Método, 2006, p. 405.

⁶⁶ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *As obrigações e os Contratos*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/726>>. Acesso em: 16.07.2007.

orientador do juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a consulta que deveria ter sido adotada no caso. Pressupõe uma técnica judicial diversa da que usamos comumente para aplicar a regra que tipifica a conduta, feita mediante simples subsunção, para exigir um trabalho judicial prévio e criador da própria regra concreta do caso.

A utilização de cláusulas gerais evita o engessamento do direito. Conforme lecionava Jean Cruet⁶⁷, “a lei marca uma parada do direito. Ora, se o direito para, é necessariamente excedido, porque enquanto o legislador repousa sobre um código, a sociedade vai trabalhando sempre.”

Para Judith Martins Costa⁶⁸, cláusula geral é aquela cujo

enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante atividade de concreção desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.⁶⁹

No entendimento da autora citada, as cláusulas gerais nada regulamentam de modo completo e exaustivo, apenas atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o julgador para critérios aplicativos determináveis ou para outros espaços do sistema, ou ainda para variáveis tipologias sociais de usos e costumes objetivamente vigentes em determinada ambiência social.

Traduzem o princípio da operabilidade ou da concretude, voltado à concretização da norma no caso particular, porque a interpretação jurídica não tem por objetivo a descoberta do sentido e do alcance da regra jurídica, senão constituir-se na primeira etapa

⁶⁷ Jean Cruet. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Tradução Livraria Progresso. Salvador: Progresso, 1956, p. 194.

⁶⁸ Judith Martins Costa. *O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_139/r139-01.pdf>. Acesso em: 10.12.2007, n. 2.

⁶⁹ Aponta Fredie Didier Júnior. *Curso*. cit, p. 67, existir uma sutil diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, ambos pertencentes ao gênero conceito vago. No conceito jurídico indeterminado, o legislador não confere ao juiz competência para criar o efeito jurídico do fato cuja hipótese de incidência é composta por termos indeterminados; na cláusula geral, além da hipótese de incidência ser composta por termos indeterminados, ao magistrado é conferida a tarefa de criar os efeitos jurídicos decorrentes da verificação da ocorrência. Tomando-se por base essa dicotomia, o dispositivo do Código Civil em comento pareceria mais amoldar-se à idéia de conceito jurídico indeterminado, já que os efeitos da responsabilidade civil – reparação do dano e recomposição do *status quo ante* – já seriam previamente estabelecidos pela lei, cabendo ao juiz, tão-somente, fixar as balizas para a qualificação de uma atividade como perigosa.

de um processo de construção ou concretização da norma adequada ao caso concreto. O legislador deve ter em vista o ser humano em concreto, ao invés do sujeito de direito em abstrato, este próprio do direito liberal da modernidade. Disso resulta a concessão de larga margem de discricionariedade ao intérprete para, valendo-se de princípios, cláusulas gerais e usos locais, criar a adequada norma jurídica ao caso concreto.⁷⁰

Leciona Maria Helena Diniz⁷¹, que o Código de 2002 apresenta um aspecto mais paritário e maior preocupação com a justiça social, de sorte a atender os reclamos da realidade na qual se insere. Procurou albergar institutos dotados de certa estabilidade, por meio da elaboração de normas gerais definidoras de instituições e de suas finalidades, deixando as matérias específicas a cargo da legislação especial, mais facilmente mutável. Dentre suas diretrizes cita-se o princípio da operabilidade, “conferindo ao órgão aplicador maior elastério, para que, em busca de solução mais justa (LICC, art. 5º), a norma possa, na análise de caso por caso, ser efetivamente aplicada.”

Como salienta Cavalieri Filho,⁷² na sociedade moderna todas ou quase todas as atividades representam algum risco para outrem ou para um conjunto de pessoas. Desta feita, essa cláusula geral deve ser detidamente analisada de modo a poder-se fixar seu verdadeiro alcance.

Salienta Ripert que⁷³ aqueles que se entregam a uma atividade lícita, porém perigosa, têm obrigação de não causar prejuízo a outrem, mas causando-o, devem repará-lo. A esse título, admitiu-se em França, a responsabilidade objetiva por danos decorrentes da utilização de meios de transporte. Primeiramente as locomotivas foram consideradas como perigosas, depois os automóveis, e posteriormente os aviões, vez que a lei francesa de 31.05.1924 estabeleceu responsabilidade de pleno direito de quem explora a aeronáutica, em casos de acidentes ocasionados por evoluções do aparelho, causando prejuízos às pessoas e coisas situadas na superfície do solo.

O problema a ser enfrentado reside então em buscar o verdadeiro sentido da expressão *atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem*.

São conceitos que deverão ser devidamente trabalhados por doutrina e

⁷⁰ Francisco Amaral. *Direito*. cit., p. 101.

⁷¹ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

⁷² Sergio Cavalieri Filho. *Programa*. cit., p. 181.

⁷³ Georges Ripert. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório Oliveira. 3. ed. Campinas-SP: Boockseller, 2002, p. 237.

jurisprudência que, entretanto, podem por em cheque aquela noção de responsabilidade objetiva fixada apenas por lei. E de tal entendimento a doutrina não se distancia, pois, para Gramstrup⁷⁴, mal entrado em vigor o novo Código Civil, razões não há para se manietar a jurisprudência com visões excessivamente restritivas a respeito do disposto na segunda parte do parágrafo único de seu art. 927. Recomenda o autor que se deixe aos tribunais a prospecção de todos os tesouros que possam ali estar ocultos. Concorde com a idéia de aplicação do indigitado dispositivo aos serviços perigosos, quando não configurada a relação de consumo. O texto é suficientemente maleável para subsumir não apenas as atividades econômicas que se apresentam como perigosas, mas também aquelas desprovidas de interesses econômicos, porém que ofereçam riscos na vida social.

Ressalta Silvio Rodrigues que,⁷⁵

em conclusão, poder-se-ia dizer que o preceito do novo Código representa um passo a frente na legislação sobre a responsabilidade civil, pois abre uma porta para ampliar os casos de responsabilidade civil, confiando ao prudente arbítrio do Poder Judiciário o exame do caso concreto, para decidí-lo não só de acordo com o direito escrito, mas também, indiretamente, por equidade.

Incumbirá então à doutrina apontar e a jurisprudência reconhecer as hipóteses em que a responsabilidade será objetivada, sempre mediante fundamentação das razões conducentes à tal conclusão. Essa abertura do macrossistema permitirá que sejam adotados mecanismos judiciais, contrários àquela anomia da regra de responsabilidade, proporcionando-se a viabilização de, a partir das decisões judiciais, a revisão de temas envolvendo atividades que se sujeitam a uma rápida evolução tecnológica. A aplicação da teoria da responsabilidade, fundada no risco da atividade profissional, deflui da função social do direito, propugnando-se pela efetiva reparação do prejuízo sofrido pela vítima e a defesa dos interesses socialmente relevantes.⁷⁶

Em cheque encontram-se os prosélitos da concepção da segurança jurídica, a qual pode ser definida, segundo Francisco Amaral⁷⁷, como “a paz, a ordem e a estabilidade e consiste na certeza de realização do direito.” Significa que os sistemas jurídicos devem possibilitar que cada pessoa possa, de antemão, prever os resultados de seu

⁷⁴ Erik Frederico Gramstrup. *Responsabilidade*. cit., p. 53.

⁷⁵ Silvio Rodrigues. *Direito Civil*. v. 4. cit., p. 162.

⁷⁶ Roberto Senise Lisboa. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 46.

⁷⁷ Francisco Amaral. *Direito civil*. cit., p. 18-19.

comportamento, o que ressalta a importância do aspecto formal das normas jurídicas. O direito teria, como primeiro objetivo de uma escala de valores fundamentais, a segurança jurídica, traduzida na certeza da ordem jurídica e na confiança de sua realização; exprime, portanto, a possibilidade de se compreender o que é lícito e o que é ilícito, podendo cada um, regular seus comportamentos e atos.

A doutrina das cláusulas gerais, que tende a ganhar destaque cada vez maior, vai de encontro àquela antiga visão estritamente positivista da segurança jurídica, consoante a qual a única missão do juiz seria essencialmente a de fazer dos litígios particulares a aplicação exata dos textos legais, desempenhando um papel da “boca que pronuncia as palavras da lei”, sem tentar moderar-lhes a força nem o rigor. Ocorre que a noção do direito positivo, fundado em prescrições obrigatórias, revestido de caráter de generalidade e permanência, parece excluir, a princípio, toda idéia de uma participação aberta e normal do juiz na transformação das regras imperativas da lei.⁷⁸ Essa atuação ativa do magistrado, decorre de seu contato diário com a vida judiciária, em suas mais variadas manifestações, e de sua essencial preocupação de individualizar o direito, de sorte a buscar a melhor combinação entre as linhas gerais da lei com os traços característicos de cada um dos casos concretos, de que sucessivamente se ocupa. Tal incumbência mostra-se diretamente oposta à do legislador, que se preocupa com previsões genéricas e abstratas.⁷⁹

A equidade seria – no entendimento de Wilson Melo⁸⁰ –, ao lado da solidariedade, da paz social e do bem comum, um dos grandes instrumentos de justificação da tese da responsabilidade objetiva, agindo de maneira dúplice, isto é, de *lege ferenda*, ao preparar o caminho para as disposições legislativas; e de *lege lata*, ao conduzir à humanização da lei, à sua atualização, à sua boa aplicação em face dos casos concretos, sempre com o objetivo de se furtar a doloroso antagonismo se acaso interpretada a lei *ad unguem, como no caso do judeu Shylock, personagem de Shakespeare*.⁸¹

Segundo Bittar⁸², avulta de importância o papel exercido pela jurisprudência na

⁷⁸ Jean Cruet. *A vida do direito*. cit., p. 23.

⁷⁹ Jean Cruet. *A vida do direito*. cit., p. 62.

⁸⁰ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 271.

⁸¹ Na obra “O mercador de Veneza” de Shakespeare, o judeu Shylock, conquanto esteja baseado no direito, considera que somente pelos ditames da justiça não se consegue a salvação. Caso o judeu quisesse insistir em seu direito contra o mercador, o severo tribunal de Veneza contra este há de dar uma sentença. Mas, pela letra, o judeu teria direito de arrancar uma libra de carne do mercador, nem mais, nem menos do que isso. Ou seja, pela letra, a sangue jus não teria nenhuma gota. Assim, se o combinado foi uma libra de carne, então o combinado: mas se derramasse, no instante de a cortar, uma gota que seja de sangue cristão, os bens e terras todas do judeu, pelas leis de Veneza, para o Estado passariam de direito.

⁸² Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 40.

identificação em concreto das atividades consideradas perigosas, embora, em muitos casos, o próprio senso comum o evidencie.

Salienta Coelho⁸³ que, quando ao próprio legislador é impossível caracterizar as espécies dos fatos, em face de sua infinita variedade, deverá reputar-se verdadeira regra jurídica, se bem que excepcional, o princípio pelo qual se deixa ao magistrado uma maior liberdade de apreciação *in concreto* dos fatos.

Ocorre que determinadas regras jurídicas, mormente aquelas que prevêm de maneira genérica as possíveis classes de ações com respectivas conseqüências e sanções, possuem uma certa elasticidade semântica, de modo a possibilitar que se comporte sua aplicação a fatos sociais sequer imaginados pelo legislador da época em que foi editada. É neste momento que avulta ainda mais a importância dos trabalhos doutrinários e jurisprudenciais, voltados à atualização do sentido da lei, ajustando-a às circunstâncias e contingências do momento.⁸⁴ Tem-se, então, que a abertura do sistema objetivo resulta da essência do objeto da jurisprudência, designadamente da essência do direito positivo como um fenômeno colocado no processo da História e, como tal, mutável.⁸⁵

A realidade demonstra que, graficamente, o texto de um dispositivo legal pode permanecer o mesmo desde o momento de sua publicação, mas seu significado ou conteúdo pode sofrer modificações ao evoluir dos tempos. Isso ocorre porque a lei, uma vez publicada, destaca-se da pessoa do legislador, para integrar-se no processo social como um de seus elementos fundamentais. Daí a justificativa do porquê da variação de sentidos ao longo dos tempos, e em razão de inúmeras transformações de valores de dada sociedade que, a despeito de a gramática legislativa poder permanecer intacta, o preceito legal existe para acompanhar e atender as necessidades presentes na realidade social.⁸⁶

Discorre Aguiar Dias⁸⁷, que leis numerosas imputativas de responsabilidade civil tornam-se obsoletas em curto período de vigência, porque os fatos caminham muito mais rapidamente que a imaginação e ação, não muito audaciosas do legislador. Assim, com a constatação do declínio do direito, parece haver certa confusão acerca do verdadeiro papel da lei, que não pode ser tomada como solução perpétua e infalível, mas, por outro lado,

⁸³ Gabba. *Il danno incolpevole*, p. 239-276, apud José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade civil*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906, p. 115.

⁸⁴ Miguel Reale. *Lições*. cit. p. 170.

⁸⁵ Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução de Antonio Meneses Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 110.

⁸⁶ Miguel Reale. *Lições*. cit. p. 171.

⁸⁷ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 2. cit., p. 571-572.

como instrumento a serviço do intérprete e do Judiciário, com audácia suficiente para adaptar as normas jurídicas às circunstâncias de cada época histórica. À guisa de arremate, discorre o saudoso monografista:

cabe aos juízes conformar a lei, em seus propósitos, ao tempo em que ela é aplicada, sem provocação de censura pela suposta usurpação do terreno do legislador. É claro que a lei precisa orientar-se por padrões flexíveis, evitando o casuísmo que não resiste à expansão do seus objetivos. Assim, em lugar de proibições ou gabaritos rígidos, é mais inteligente estabelecer condições em que se caracterize a anormalidade do risco ou do incômodo, de acordo com a técnica mais avançada, colocando nas mãos dos juízes a responsabilidade de confrontar os interesses em conflito, para ditar a solução pela qual se restabeleça o equilíbrio rompido e reservando-se a reparação para os casos de necessidade e inevitabilidade da atividade danosa e a interdição para os casos em que a atividade perigosa ou pernicioso seja incompatível com a conservação da vida ambiente tolerável ou em que os meios para torná-la suportável não sejam tomados.

E, conclui:

interpretar a lei não é encará-la com a exatidão inflexível de um computador. É dar-lhe posição de instrumento do equilíbrio e da paz social, é considerá-la verdadeira mola da convivência harmoniosa entre os homens, é restituir-lhe o sopro sagrado da vida com que foi criada e que corre o risco de perder, se quem a aplica prefere a mecânica da fórmula transitória ao valor eterno da sensibilidade aos problemas, às dores e ao próprio futuro da comunidade.

Não se deve, por conseguinte, tomar como resultado final a determinação de que o sistema existente exige ou contradita uma determinada solução, mas antes apenas como a possibilidade de um seu aperfeiçoamento. Deste modo, aquilo que possa parecer ou mesmo ser, em certa altura, contrário ao sistema, pode, pouco mais tarde, surgir ultrapassado. Daí decorre a necessidade de se evitar, quando da obtenção do direito a partir do sistema, o mal-entendido de que este é sempre dado, de antemão, como pronto e, desde logo, capaz de oferecer as soluções para todos os problemas.⁸⁸

O papel da equidade é abordado pelo culto Wilson Melo⁸⁹, com aquela clareza que lhe é sempre peculiar. Para o saudoso mestre mineiro,

até que vença a lei injusta, a lei que não mais traduza o direito porque já

⁸⁸ Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento*. cit., p. 189.

⁸⁹ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 281.

deixou de atender às necessidades sociais do meio, a equidade atua em caráter supletivo, amoldando a norma à realidade, buscando fazer com que, não obstante a letra da lei, seu espírito não seja relegado ao oblívio [...] É a equidade atuando sobre o juiz, na sua exegese da norma. O direito não se estratifica nem se fossiliza nas suas disposições formais, diz-se. Ele deve evoluir com a vida. E quando mudam as condições do meio por influência de fatores vários: políticos, econômicos, históricos, etc, a lei terá de evoluir também, embora guardando, no mais das vezes, a antiga roupagem, literal, das suas disposições.

Mas, segundo as regras de hermenêutica e interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, o juízo de equidade somente pode ser proferido, segundo o disposto no art. 126 do Código de Processo Civil, nas hipóteses expressamente previstas em lei, o que não é o caso. O próprio Silvio Rodrigues⁹⁰ pondera, em outra parte de sua referida obra, ao tratar da questão do *quantum* indenizatório que, “em rigor o juiz não pode julgar por equidade, pois a solução nela baseada só é admissível quando a lei expressamente o permitir (CPC, art. 126)”.

Para Aguiar Dias⁹¹, a equidade não pode, por si mesma, constituir-se em fundamento para a responsabilidade civil. Caso assim o fosse, ter-se-ia, por via de consequência, o estabelecimento da premissa segundo a qual o rico deveria, sempre e sempre, ressarcir o dano amargado pelo pobre, conclusão de tal monta absurda, que deixa manifesta a inadmissibilidade da regra. Entretanto – prossegue o eminente autor – posta em seu verdadeiro papel – o moderador – a equidade não pode deixar de constituir influente princípio na reparação do dano. Isto significaria dizer, salvo melhor entendimento, que a equidade, até então, poderia ser aplicada para que, com maior justiça, pudesse ser aferido o *quantum* indenizatório, mas de nenhuma maneira, como critério de imputação de responsabilidade civil. Também, para Villaça⁹², a fixação de responsabilidade civil objetiva deve ser da exclusiva competência do legislador, pois, como indispensável medida de segurança, é preciso que se fixe na lei as atividades perigosas e seus limites. Segundo o ilustre mestre, tal encargo, por tão pesado, não poderia surtir de interpretação e de decisões judiciais, o que, além de trazer insegurança jurídica no âmbito obrigacional, traz imprevistos e incontornáveis riscos aos interessados.

Parece vir com Wilson Melo da Silva⁹³ a solução para o conflito entre a segurança jurídica e a estabilidade de um lado, e de outro a instabilidade do direito, sempre mutável e inconstante em suas constantes e periódicas adaptações aos fatos da vida. E na busca da

⁹⁰ Silvio Rodrigues. *Direito civil*. v. 4. cit., p. 162.

⁹¹ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1. cit., p. 63.

⁹² Álvaro Villaça Azevedo. *Proposta*. cit., p. 32.

⁹³ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 18.

harmonização dessas duas antagônicas tendências, defende o autor mineiro imprimir-se à ordem jurídica, ao mesmo tempo, certo grau de estabilidade e de flexibilidade.

Acrescenta Venosa⁹⁴ que esse alargamento da noção de responsabilidade constitui a maior inovação do atual Código Civil, em matéria de responsabilidade e requererá, sem dúvidas, extremo cuidado da nova jurisprudência. Por esse dispositivo, o magistrado poderá definir como objetiva, ou seja, independentemente de culpa, a responsabilidade do causador do dano no caso concreto.

Todavia, Venosa⁹⁵ mostra-se reticente ao avanço dado pelo novo Código, em sede de responsabilidade civil objetiva, defendendo que

o presente Código apresenta norma aberta para a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único). Nas chamadas normas abertas realça-se a discricionariedade do juiz, pontilhada amplamente no Código de 2002. Essa norma da lei mais recente transfere para a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto, o que talvez signifique perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa. É discutível a conveniência, ao menos na atualidade, de uma norma genérica desse sentido. Melhor seria que se mantivesse ainda nas rédeas do legislador com norma descritiva a definição das situações de aplicação da teoria do risco, embora, nesse campo, seja tempo de reformar, revolucionar, de superar limites (Hironaka, 2002:4).

Tal foi o objeto principal da Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002, na cidade de Brasília, oportunidade em que foi exarado o não muito esclarecedor Enunciado n. 38 cujo teor é o seguinte:

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do Art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Dentre outras coisas, incorre o texto supra em impropriedade no uso da linguagem técnico-jurídica, ao mencionar “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um *ônus maior* do que aos demais membros da coletividade”, (sem grifos no original) porque o termo “ônus” não tem o significado de encargo, prejuízo, dano, mas sim o de adotar determinada conduta no intuito de satisfazer

⁹⁴ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. v. 4. cit., p. 188.

⁹⁵ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. v. 4. cit., p. 19.

um interesse, ou seja, trata-se da observância de certo comportamento, não imposto por lei, porém necessário para a consecução ou manutenção de uma vantagem para aquele que dele deve se desincumbir. Daí falar-se ser o ônus da prova daquele que alega um determinado fato, ou de ser do comprador o ônus de registrar o imóvel adquirido.

Observa-se ter o Código, neste particular, adotado a subteoria do risco criado, defendida por Caio Mário, em seu projeto de Código de Obrigações, e de quem as palavras reproduz-se:

Das modalidades de risco, eu me inclino pela subespécie que deu origem à teoria do *risco criado*. Como já mencionei (Capítulo XVIII, *supra*), ao elaborar o Projeto de Código de Obrigações de 1965, defini-me por ela, no que fui seguido pelo Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto N° 634-B) depois de haver o Art. 929 deste Projeto (Art. 927 do Código) enunciado o dever ressarcitório fundado no conceito subjetivo, seu parágrafo único espousa a doutrina do risco criado, a dizer que, independentemente da culpa, e dos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar o dano *quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*.⁹⁶ (sem grifos no original)

Todavia, antes de adentrar-se propriamente no deslinde do dispositivo, expressão por expressão, deve-se asseverar que, se a tarefa já se mostrava nada fácil, mais árdua fica quando se encontra autores que distinguem a teoria objetiva da teoria do risco, constituindo-se esta, segundo alguns, em *tertium genus* de regra de imputação de responsabilidade civil.

Assim Zambrogna Matiello⁹⁷ argumenta que

Afora as responsabilidades subjetiva e objetiva como determinantes do dever de reparar danos injustamente causados a outrem, o legislador admite a aplicação da teoria do risco como fundamento da responsabilidade civil. Consiste ela na atribuição da obrigação de reparar aquele que normalmente desenvolva atividade que implica, por sua natureza, em risco para os direitos de outrem. A responsabilidade civil, neste caso, independe de prova de culpa, pois encontra amparo na circunstância de o agente dedicar-se à atividade geradora de risco a terceiros. Por outro lado, não é tão severa como a responsabilidade objetiva, eis que, enquanto esta prescinde de qualquer prova que não a existência do fato e da lesão, aquela reclama a demonstração de que a atividade desempenhada pelo agente é, por si mesma, causadora de

⁹⁶ Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade*. cit., n. 231.

⁹⁷ Fabrício Zambrogna Matiello. *Código civil comentado*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2005. Disponível em: <<http://www.ltrdigital.com.br>>, art. 927, n. 5.

riscos. Assim, excetuados o caso fortuito, a força maior e a culpa do próprio lesado na produção do dano, subsiste a responsabilidade inerente ao risco assumido.

O autor cita como exemplos de hipóteses subsumíveis ao disposto na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 os danos decorrentes da atividade de relacionamento entre as instituições financeiras e seus correntistas, por ser difícil para estes provarem a culpa daquelas; e cita também a hipótese de responsabilidade de pessoas empresárias de segurança, quando da superveniência de danos aos clientes.⁹⁸

Todavia, não poder-se-ia novamente deixar de mencionar que, segundo o princípio *lex specialis derogat lex generalis*, o dispositivo em comento não é aplicável, senão subsidiariamente, às relações de consumo já regidas por lei especial, vale dizer, pelo código de Defesa do Consumidor. E ainda assim, o Código de Defesa do Consumidor traz em seu bojo regra geral de responsabilidade civil objetiva muito mais simples e favorável ao consumidor (vítima), do que a regra da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. Por isso, ousar-se-ia dizer serem inférteis tais exemplos trazidos à lume pelo ilustre doutrinador.

Por fim, poder-se-ia apontar uma solução intermédia neste estudo, no concernente à celeuma da aplicação da equidade em desfavor de uma possível segurança jurídica.

Assim, talvez a melhor posição seria a de se considerar a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil como uma espécie de norma em branco, assim como as normas penais em branco. Destarte, o dispositivo deveria ser regulamentado por um instrumento nem tão subjetivo quanto o arbítrio dos magistrados, nem tão rígido como uma previsão em lei ordinária, pois esta segunda solução acabaria por tornar letra morta o dispositivo, mesmo porque sua primeira parte já se refere às previsões legais taxativas.

Seria possível então sugerir que uma relação das atividades qualificadas como perigosas fosse publicada periodicamente, por meio de decreto do Presidente da República, valendo-se do poder regulamentar que lhe confere o inc. IV do art. 84 da Constituição Federal.

A edição desses decretos, como observa um procedimento significativamente mais simples, em relação ao da lei ordinária, poderia importar, ao mesmo tempo, em instrumento de segurança jurídica e de celeridade quanto à sua mutação, para que, a cada passo da evolução, novas atividades pudessem ser catalogadas como perigosas, e outras

⁹⁸ Fabrício Zambogna Matiello. *Código*. cit., art. 927, n. 5.

antes como tais catalogadas, pudessem ser daquela relação retiradas, por não mais importarem perigo para os direitos de outrem.

3.5 A SEGUNDA PARTE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL

3.5.1 Independentemente de culpa

Segundo o dispositivo em análise, “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, [...] quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem”.

A expressão *independentemente de culpa* traz claramente a idéia de que se trata de responsabilidade civil objetiva.

Como visto em capítulo apropriado, os elementos da responsabilidade objetiva são os mesmos da subjetiva, com exceção do elemento culpa.

Deste modo, para que nasça o dever de indenizar faz-se mister que a vítima logre comprovar a existência de um fato do agente, o dano causado e o nexo de causalidade entre ambos, sem que se necessite comprovar existência de culpa.

Todavia, em que pese não haver necessidade de se demonstrar a ocorrência de culpa, cabe à vítima, além de comprovar fato, dano e nexo, demonstrar que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, *por sua natureza* implica risco aos direitos de outrem.

Tal prova pode ensejar importante questão processual para a qual atentou-se Leonardo Beraldo. Como se afirmou linhas acima, por tratar-se de responsabilidade civil objetiva, não há que falar-se em prova de culpa a cargo da vítima, senão de uma conduta ilícita, de um dano sofrido e do nexo de causalidade entre ambos.

Assim, quando a vítima propuser ação civil reparatoria em face de outrem, com fulcro na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, preocupar-se-á tão-somente em demonstrar os elementos inerentes à responsabilidade objetiva, além de ter que provar que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, por sua

natureza, implica em riscos para os direitos de outrem.

Pode ocorrer, entretanto, que em sentença entenda o juiz que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano por sua natureza não implica em riscos para os direitos de outrem, sendo por isso caso de responsabilidade subjetiva e, portanto, imprescindendo-se da prova de culpa do agente.

Todavia, a essa altura ultrapassada estará a fase instrutória, momento oportuno para a produção daquela prova de culpa do agente. Além disso, em tais condições, o juiz prolatará sentença de mérito, vale dizer, revestir-se-á tal *decisum* do manto da imutabilidade da coisa julgada, o que impedirá a vítima de novamente propor ação em face daquele agente para obter reparação por aqueles danos.

Deste modo é que se recomenda que o juiz, ao sanear o processo, manifeste-se a respeito de ser ou não a lide um caso de aplicação da teoria objetiva em face de atividades perigosas, de modo a fixar-se o ponto controvertido, intimando-se as partes a partir de então a produzirem as provas que entenderem necessárias.

3.5.2 Atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano

Entende Cavalieri Filho⁹⁹ ter sido o vocábulo *atividade* empregado para exprimir não uma conduta individualizada, isolada, mas sim a atividade como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial, com o intuito de realizar fins econômicos.

Parece acertado tal entendimento, mormente se cotejado com o vocábulo atividade no sentido empregado pelo Direito Administrativo. Di Pietro¹⁰⁰ define serviço público “como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime total ou parcialmente público.”

No entender de Diogo de Figueiredo Moreira Neto,¹⁰¹ seguindo a linha de René

⁹⁹ Sergio Cavalieri Filho. *Programa*. cit., p. 182.

¹⁰⁰ Maria Sylvia Zanella di Pietro. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, p. 84.

¹⁰¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>, cap. 16, n. 130.

Chapus, serviço público é “a atividade administrativa, assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige à satisfação de interesses coletivos secundários, de fruição individual, e considerados, por lei, como de interesse público.”

O Código de Defesa do Consumidor, no § 2º de seu art. 3º, define serviço como “[...] qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

O atual Código Civil, em diversos dispositivos, emprega o vocábulo *atividade*, como se depreende do texto do art. 966 que define empresário como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

Claro resta então que *atividade deve ser entendida no sentido de serviço*.

Já a expressão *normalmente desenvolvida* aponta para o fato de que não pode ser meramente esporádica ou momentânea, guardando estrita ligação com o seu fim imediato. Consoante ensinamentos de Venosa¹⁰², o juiz deverá avaliar, no caso concreto, a atividade costumeira do ofensor e não uma atividade esporádica ou eventual, vale dizer, aquela que, por um momento ou circunstância, possa configurar em atividade de risco. É que se tal aspecto não for deveras levado em conta, poder-se-ia transformar em regra aquilo que o legislador disciplinou como exceção.

Neste sentido oferece Leonardo Beraldo¹⁰³ interessante hipótese, capaz de tornar um pouco menos obscuro o mandamento legal em análise. Segundo aquele autor, ao imaginar-se uma sociedade empresária, cujo único objeto seja a comercialização de flores e plantas, conclui-se pela inexistência de atividade de risco normalmente desenvolvida. Todavia, pode ser que aquela floricultura possua um pequeno grupo gerador de energia elétrica, movido a óleo *diesel*, para poder continuar operando e manter refrigerado seu estoque, em hipótese de ocorrência de *black outs*. Certo dia, o grupo gerador explode, ocasionando danos nos prédios vizinhos. Deste modo, e tendo-se em vista a periculosidade do *diesel*, indaga-se a respeito da possibilidade de aplicação do dispositivo em questão. Impõe-se a resposta negativa, visto não ser necessário o uso e tal energia, na atividade normalmente desenvolvida por aquela sociedade.

¹⁰² Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. v. 4, cit., p. 23.

¹⁰³ Leonardo de Faria Beraldo. *A responsabilidade*. cit., p. 133.

Certamente os sócios da floricultura responderão para com os vizinhos pelos danos a eles causados, mas sob fundamento diverso da prática de atividades perigosas.

3.5.3 Por sua natureza

Trata-se de mais uma expressão de sentido duvidoso empregada pelo novo Código Civil. Não se sabe se está o dispositivo a referir-se às atividades essencialmente perigosas, ou de serviços cujo risco está intrinsecamente ligado à sua natureza.

Por uma questão de concordância gramatical, inclina-se para a interpretação segundo a qual a expressão *por sua natureza* refere-se à atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano.

Todas as atividades, ainda que minimamente, oferecem algum risco à sociedade. Destarte, faz-se mister restringir o rol daquelas atividades consideradas de risco para os direitos de outrem.

Assim é que se propugna pela aplicação do dispositivo àquelas atividades que, em sua essência, repouse uma determinada potencialidade lesiva estranha ao padrão normal, socialmente aceito.

Há que se distinguir entre risco inerente e risco adquirido. Existem riscos inerentes a determinados serviços intrinsecamente atados à sua natureza e modo de funcionamento que, por si sós, representam riscos que não podem ser evitados, ainda que sejam prestados com toda técnica e segurança.¹⁰⁴

Está-se, por outro lado, diante de risco adquirido quando os serviços ou atividades não apresentam riscos além dos limites toleráveis, todavia tornam-se perigosos quando apresentam determinados defeitos anormais e imprevisíveis.¹⁰⁵

Sobre o princípio da confiança, em lições de direito penal, plenamente transportáveis ao Direito civil, discorre Capez¹⁰⁶:

¹⁰⁴ Sergio Cavalieri Filho. *Programa*. cit., p. 184.

¹⁰⁵ Sergio Cavalieri Filho. *Programa*. cit., p. 184.

¹⁰⁶ Fernando Capez, *Curso de direito penal*, 8. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 12.

Funda-se na premissa de que todos devem esperar por parte das outras pessoas que estas sejam responsáveis e ajam de acordo com as normas da sociedade, visando a evitar danos a terceiros. Por essa razão, consiste na realização da conduta, na confiança de que o outro atuará de um modo normal já esperado, baseando-se na justa expectativa de que o comportamento das outras pessoas se dará de acordo com o que normalmente acontece.

Exemplifica o criminalista, enfocando as intervenções médico-cirúrgicas, em que o cirurgião deve confiar na correta assistência que recebe de seus auxiliares, de sorte que, se o enfermeiro lhe entrega injeção com medicamento trocado, do que decorre a morte do paciente, não haverá culpa do médico, pois não foi sua ação, mas sim a de seu auxiliar que violou o dever objetivo de cuidado.

Para alguns autores a responsabilidade civil das locadoras de veículos enquadra-se com justeza no parágrafo único de seu art. 927, pois desenvolvem atividade de risco. Prestam serviços perigosos que não podem ter defeitos. Assim, se violarem o correspondente dever de segurança, estarão obrigadas a reparar o dano independentemente de culpa.

Poder-se-ia, outrossim, entender-se que estaria perfeita a argumentação esposada por essa corrente, caso não vigesse no Brasil o Código de Defesa do Consumidor que, em relação ao Código Civil, é lei especial. É que dificilmente uma atividade desempenhada pelas locadoras de automóveis deixaria de enquadrar-se no conceito de relação de consumo.

E ainda que o lesado não pudesse ser enquadrado no conceito de consumidor descrito no *caput* do art. 2º do diploma consumerista, enquadrar-se-ia no conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29, segundo o qual equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Assim é que poder-se-ia afirmar ser passível de enquadramento na regra geral de responsabilidade por danos decorrentes de prática de atividades perigosas o julgado do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, apreciando responsabilidade civil por acidente de trânsito causado por empresa transportadora de valores em virtude de assalto em que o veículo foi alvejado, sendo abandonado pelo motorista, vindo a chocar-se, desgovernadamente, contra um muro, atingindo um pedestre, levando-o a óbito.

Caso fosse proferido na vigência do atual Código Civil, certamente o acórdão, cuja ementa doravante transcreve-se, fundamentar-se-ia na teoria das atividades perigosas:

Responsabilidade civil – teoria do risco – presunção de culpa – atividade perigosa – transportador de valores – acidente de trânsito – atropelamento de terceiro – inexistência de culpa da vítima – indenização.

1. É responsável aquele que causa dano a terceiro no exercício de atividade perigosa, sem culpa da vítima.

2. Ultimamente vem conquistando espaço o princípio que se assenta na teoria do risco, ou no exercício de atividade perigosa, daí há de se entender que aquele que desenvolve tal atividade responderá pelo dano causado.

3. A atividade de transporte de valores cria um risco para terceiros. Neste quadro, conforme o acórdão estadual, não parece razoável mandar a família do pedestre atropelado reclamar, dos autores não identificados do latrocínio, a indenização devida, quando a vítima foi morta pelo veículo dar ré, que explora atividade sabidamente perigosa, com o fim de lucro.

4. Recurso especial, quanto à questão principal, fundado no Art. 1.058 e seu parágrafo único, do Cod. Civil, de que a turma não conheceu, por maioria de votos. (STJ – 3. t. – Resp. 185.659-SP - Rel. Min. Carlos Alberto Meneses Direito – v.m. – j. 26.06.2000.)

3.5.4 Riscos para os direitos de outrem

Para alguns acolhedores da tese da responsabilidade objetiva, dentre os quais Demogue, a razão de ser desse entendimento encontrar-se-ia na periculosidade do organismo ou coisa. Para Demogue o uso do organismo perigoso seria mesmo a pedra de toque para a caracterização da responsabilidade objetiva, para quem se de tal uso resultou dano, por ele responderá *tout court* o agente. A doutrina de Demogue não ater-se-ia às estreitezas do só proveito que da coisa ou do organismo pudesse auferir aquele que deles se utilizasse, nem descambaria para a infinita imensidão do risco criado. Todavia, Demogue não ofereceu a conceituação ou, pelo menos, elementos capazes a delimitar o espectro daquilo que dever-se-ia entender como coisas ou organismos perigosos. Em outras palavras, só o dano decorrente da utilização da coisa ou do organismo perigoso seria capaz de justificar a razão objetiva de se indenizar.¹⁰⁷

Como foi apontado linhas atrás, a quase totalidade das atividades hoje desenvolvidas implica em algum risco para os direitos de outrem.

Ocorre que o legislador não ofereceu ao intérprete nenhuma diretriz a respeito do

¹⁰⁷ Cf. Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 111-112.

que deve-se entender por atividades que por sua natureza causem riscos aos direitos de outrem. Por isso, ficará a cargo da doutrina e jurisprudência, de maneira extremamente cautelosa, delinear os contornos gerais daquilo que se deve compreender nos limites das atividades de risco, para que o instituto não reste banalizado, vale dizer, que a regra em questão não sobreviva apenas no campo da validade, deixando de apresentar efetividade.

Neste sentido ressalta Miguel Reale¹⁰⁸ não bastar a validade técnico-jurídica para que a norma cumpra a finalidade para a qual foi concebida. Há leis que afrontam a tradição de um povo, não atendendo seus anseios. Tais normas só logram ser cumpridas de maneira compulsória, sendo, portanto, desprovidas de eficácia espontânea no seio da sociedade, apesar de apresentar validade formal.

Prossegue Reale salientando que a eficácia refere-se à aplicação ou à execução da norma jurídica, vale dizer, deve ser reconhecida pela sociedade e incorporada ao seu modo de ser e de agir. Em outros termos, a regra de direito, para cumprir seu mister, deve ser formalmente válida e socialmente eficaz.

Valiosa é a contribuição de Bittar¹⁰⁹, de modo a conferir sentido ao disposto na regra em comento. Para o ilustre professor, por intermédio de processos diretos, pode-se chegar à definição das atividades perigosas e, por exclusão, a das não perigosas. Define-se as primeiras pelo critério natural ou pelo jurídico.

Com base em elementos naturais, Bittar considera perigosa a atividade que, por sua condição ou pelos meios empregados (substâncias, aparelhos, máquinas e instrumentos perigosos) apresenta-se carregada de perigo; em função de elementos jurídicos, qualificar-se-iam como perigosas as atividades como tal consagradas na prática legislativa e as assim reconhecidas pela jurisprudência.

O risco deve referir-se à execução de uma atividade desenvolvida com habitualidade e profissionalidade, descabendo-se a idéia de aplicação do instituto a atos singularmente considerados, ainda que perigosos.

Segundo Bittar¹¹⁰, a atividade será perigosa, quando oferecer, em seu desenvolvimento, por força de sua natureza ou dos meios e materiais utilizados, riscos acentuados ao homem, à sua integridade ou à sua própria vida. Mais adiante, arremata o autor¹¹¹ no sentido de dever ser

¹⁰⁸ Miguel Reale. *Lições*. cit., p. 112-113.

¹⁰⁹ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 88.

¹¹⁰ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 39.

¹¹¹ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 89.

considerada perigosa a atividade que contenha em si uma grave probabilidade, uma notável possibilidade danosa, levando-se em conta o critério da normalidade média, revelada por meio de estatísticas e elementos técnicos e de experiência comum.

Não se trata de restringir o sentido de atividades de risco somente às empresariais, vez que podem haver atividades de outra natureza que também impliquem em riscos para os direitos de outrem, da mesma forma que podem haver atividades empresariais isentas de riscos.

Assim é que o parágrafo único do art. 966 do Código Civil afirma que

não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Segundo exemplos de Leonardo Beraldo¹¹², hipóteses de atividades não empresárias de risco são as compreendidas no dispositivo supra mencionado, em que seu objeto é científico, pois poderá haver constante manipulação de elementos explosivos ou radioativos, gerando, deste modo, uma potencialidade de danos a terceiros muito maior do que em outras atividades consideradas empresárias. Por outro lado, uma sociedade especializada na venda de balas e chocolates enquadra-se no conceito de empresária e, a uma primeira análise, nenhum risco oferece aos direitos de outrem.

É fácil afirmar que atividades de risco são aquelas que envolvem utilização de substâncias explosivas, inflamáveis, tóxicas, radioativas, dentre outras. Mas, certamente haverá casos em que a qualificação de uma atividade como de risco residirá em zonas fronteiriças entre o risco e o não-risco, situações em que deverá prevalecer a prudência do arbítrio dos magistrados e dos estudos doutrinários.

Para aplicar o direito ao conflito de interesses em determinado caso concreto, o juiz deve realizar um prévio trabalho de interpretação da norma jurídica, que às vezes é suscetível de mais de uma única apreensão intelectual. A contrário senso do que se passa com as leis físico-matemáticas, que apresentam rigor e estrutura que afastam interpretações conflitantes, as leis jurídicas são momentos de vida que se integram na experiência humana e que, a todo instante, exigem esforços de superação de entendimentos antagônicos, a fim de que possam ser

¹¹² Leonardo de Faria Beraldo. *A responsabilidade*. cit., nota de rodapé n. 11.

aplicadas consoante as exigências da sociedade, em determinado momento histórico.¹¹³

Arremata Reale¹¹⁴, ao dizer que um entendimento jurisprudencial não se firma após o proferimento de uma ou três sentenças, mas sim exige uma série de julgados que guardem entre si uma linha essencial de continuidade e coerência. Por isso faz-se necessário certo número de decisões coincidentes, no que pertine à substância das questões objeto de seu pronunciamento.

No magistério de Antunes Varela¹¹⁵, o caráter perigoso da atividade causadora dos danos pode resultar, como no disposto no art. 504º, 2, do Código Civil português, se explícita, ou da própria natureza da atividade, como no caso de fabrico de explosivos, confecção de peças pirotécnicas, navegação aérea etc., ou da natureza dos meios utilizados, como no caso de tratamento médico com ondas curtas ou com raio X, corte de papel com guilhotina mecânica, tratamento dentário com broca, transporte de combustíveis etc.

Com a propriedade que lhe é peculiar, salienta Hironaka¹¹⁶ que o ponto central da atenção e interesse do jurista da atualidade, no que diz respeito à tentativa de criação de uma regra legal ou jurisprudencial, ou mesmo um princípio de tendência geral, que fosse apto a fundamentar uma responsabilidade civil sem culpa, para os danos causados no exercício de atividades perigosas, residem certamente no fato de tal regra ou princípio, de caráter tão abrangente e portador de uma flexibilidade tal, que pudesse favorecer uma melhor adaptação do direito às mudanças da sociedade, em face da ocorrência de novos perigos, até então desconhecidos.

E nem se diga que o magistrado teria o poder de, com o mesmo texto gramaticalmente considerado, legislar, criar uma lei nova e diferente. Em eloqüente discurso pronunciado por ocasião do centenário do Código Civil francês, o presidente da Corte de Cassação exclamou: “O juiz não deve dedicar-se obstinadamente a investigar qual foi, há cem anos, o pensamento dos autores do Código [...], deve tratar de ver o que seria esse pensamento se o mesmo artigo fosse hoje redigido por eles”.¹¹⁷

¹¹³ Miguel Reale. *Lições*. cit., p. 167.

¹¹⁴ Miguel Reale. *Lições*. cit. p. 168.

¹¹⁵ João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações*. v. 1, cit., p. 50.

¹¹⁶ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 337.

¹¹⁷ Jean Cruet. *A vida do direito*. cit., p. 49-50.

3.5.5 Hipóteses de aplicação da regra da segunda parte do art. 927 do Código Civil

Não se pretende, a partir da abertura do presente tópico, elencar, à exaustão, hipóteses de aplicação do dispositivo em epígrafe.

Trata-se, tão-somente, de se verificar a aplicabilidade do dispositivo em estudo, a partir de abrangentes conjuntos, capazes de englobar diversos outros subconjuntos de atividades.

Antes disso, vale reafirmar, como supra deixou-se consignado, que o âmbito de aplicação da teoria das atividades perigosas receberá diversificado enfoque, de acordo com cada estágio social, científico ou tecnológico vigente em um determinado tempo histórico, de sorte a ser perigosa hoje uma atividade que assim não mais será considerada tempos a frente. Assim, nas lições de Jean Cruet¹¹⁸,

a evolução não consiste num desenrolar ininterrupto e retilíneo de transformações uma da outra procedente pela virtude oculta de um princípio interno. As não evoluem por evoluir, evoluem para se adaptarem, e o progresso resulta de uma pressão exterior, do choque inesperado de uma invenção vindo a produzir-se na ordem material, intelectual ou moral.

Destarte, passa-se então à análise da possibilidade de aplicação da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva – inovação do atual Código Civil – às relações de trabalho, às atividades profissionais e às atividades de imprensa.

3.5.5.1 *Os danos oriundos de relações de trabalho*

Com o surgimento da máquina no cenário econômico, o tema da responsabilidade civil ganhou, a cada dia, intenso desenvolvimento capaz de despertar o interesse dos juristas, apontando-lhes para o fato de que a ordem jurídica de então não se encontrava aparelhada, para o oferecimento de soluções às novas situações, criadas a partir de

¹¹⁸ Jean Cruet. *A vida do direito*. cit., p. 189-190.

acidentes sofridos pelos trabalhadores que, por força de um contrato de trabalho, estavam freqüentemente a eles expostos, muitas das vezes fatais.¹¹⁹

Ao subordinar-se a responsabilidade do patrão à verificação de uma culpa, cuja prova fica a cargo da vítima, reduz-se a responsabilidade civil a algo teórico, pois tal prova, que foi sempre difícil por recair em noção elástica e vaga, é ainda mais difícil nos dias atuais, por conta das transformações produzidas na indústria e com os progressos da ciência. O problema avulta de importância, quando a isto se alia o fato de a vítima encontrar frente a si, em muitos casos, uma sociedade empresária poderosamente constituída, dotada de um aparato consultivo bem organizado, munida de informações e dados técnicos os quais lhe faltam.¹²⁰

Nas lições de Ripert¹²¹, a responsabilidade do patrão assentar-se-ia sobre a idéia de risco profissional, já que a profissão une, em torno de um mesmo interesse, operário e patrão. Daí decorre que, segundo o autor francês, em caso de acidente, há dever de reparação do patrão, não porque seja o responsável, mas sim porque deve legalmente assistir ao operário. Isto é justificável no direito francês, vez que o cálculo de tal verba não é feito do mesmo modo que o é para as “responsabilidades civis”, porque observa a regras de tarifação. Para Ripert, o operário, em verdade, é protegido contra suas próprias faltas, o que seria inexplicável do ponto de vista da responsabilidade civil, tanto objetiva quanto subjetiva.

Neste diapasão, a única explicação plausível para as reparações do patrão em face de seus operários, assentar-se-ia na idéia de assistência, pois o patrão assiste a seus operários em relação entre o fortuito ocorrido e o serviço prestado, já que a pessoa empresária deve suportar os riscos que cria, inclusive prevendo-os em suas despesas. Tal idéia já vinha expressa no art. 262 do Código de Comércio francês, atualmente substituído pelo art. 79 da Lei de 13.12.1926 – Código do Trabalho Marítimo – ao referir-se à obrigação de assistência para com o marítimo que se encontrasse doente ou ferido, ainda antes do surgimento da teoria do risco profissional.

Conclui Ripert¹²² esposando o posicionamento consoante o qual seria preciso organizar e delimitar legalmente a extensão do dever de assistência, não mais sob a laica idéia moral de caridade, mas sim sob a idéia de solidariedade, porque aqueles que

¹¹⁹ Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. 4. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 331.

¹²⁰ Louis Jossierand. *Derecho civil*. v. 1, t. 2. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterota. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 297.

¹²¹ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 271-272.

¹²² Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 273.

consideram mais forte a idéia de solidariedade desconhecem que o dever de caridade é tão imperioso como o de justiça.

A crítica da idéia de assistência funda-se na não obrigatoriedade jurídica, senão moral, de se assistir ao próximo, bem como na vaguidade de se definir quem seriam os credores dessa “obrigação”.

A nova regra de cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, trazida pelo Código Civil de 2002 mostra-se de grande relevância também para o Direito do Trabalho, tanto no que pertine à responsabilidade civil por fato de terceiro, como pela circunstância de já haver enquadramento formal, por previsão de normas regulamentares, de determinadas atividades econômicas, como de risco para a saúde do trabalhador.¹²³

A despeito de judiciosas posições em contrário, e de aparente contradição com expreso texto constitucional, defende-se aqui a possibilidade de aplicação da teoria das atividades de risco, em relação a alguns danos advindos das relações de trabalho, senão veja-se. Dispõe o art. 7º da Constituição Federal que

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, *quando incorrer em dolo ou culpa*. (sem grifos no original)

Preliminarmente, faz-se mister e oportuno que se teça algumas palavras acerca do que se deve entender por acidentes de trabalho. Segundo o art. 19 da Lei n. 8.213, de 24.07.1991,

Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Os segurados a que se refere o inciso VII do art. 11 da lei em comento são os denominados segurados especiais, em tal classe compreendidos o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que

¹²³ Rodolfo Pamplona Filho. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo código civil. *Separata da revista trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, v. 12, 2006, p. 191.

com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges.

Para a doutrina, a definição oferecida pelo art. 19 supra mostra-se insuficiente para se ter uma adequada idéia do que de fato seja o acidente de trabalho, porquanto restringe-se a indicar os segurados que fazem jus à prestação securitária. Castro e Lazzari¹²⁴, reproduzindo o pensamento de Russomano, anotam que o acidente de trabalho é acontecimento geralmente subto, violento e fortuito, vinculado ao serviço prestado a outrem pela vítima, e que lhe determina lesão corporal.

Esclareça-se, outrossim, que o acidente de trabalho caracteriza-se quando o dano à saúde do trabalhador tenha decorrido do exercício de atividade laborativa, não sendo necessário, entretanto, que o fato tenha ocorrido no ambiente de trabalho, mas tão somente em sua decorrência, em tal compreendendo-se aqueles ocorridos no trajeto de casa para o trabalho e do trabalho para a casa – acidente *in itinere* –, bem como aqueles ocorridos em trabalhos externos.

Por força de uma literal análise do texto constitucional, grande parte da doutrina sustenta ser subjetiva a responsabilidade direta do patrão, quando da infringência de regras trabalhistas e de medicina e segurança do trabalho. Esclareça-se, desde logo, que não se está aqui a tratar daquela responsabilidade indireta do patrão por atos de seus empregados, serviçais ou prepostos que agirem no exercício do trabalho, conforme enunciam os arts. 932 III e 933, ambos do Código Civil.

Salienta Rodolfo Pamplona Filho¹²⁵ ter sido a norma da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil feita sob medida para as relações empregatícias, uma vez ser o empregador quem deva assumir os riscos da atividade econômica. Mas o risco em questão não se restringe àquele previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho, inerente à potencial ruína pelo insucesso da atividade econômica, com a qual seu empreendedor visava lucro.¹²⁶ Deve-se aqui considerar-se a possibilidade de a atividade econômica gerar risco maior de dano aos direitos do trabalhador.

É válido ressaltar a aplicação do princípio da protetividade do trabalhador, que visa amparar a parte mais fraca na relação contratual, de modo a viabilizar a consecução do

¹²⁴ Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari. *Manual de direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. Disponível em: <<http://www.ltrdigital.com.br>>, parte 4, n. 7.2.

¹²⁵ Rodolfo Pamplona Filho. *Responsabilidade*. cit., p. 196.

¹²⁶ Dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho, ao definir empregador, que: “Art. 2º – Considera empregador a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” (Sem grifo no original).

princípio constitucional da isonomia, não só em termos formais, mas também em sua feição substancial.

O próprio fato de a lei trabalhista exigir o pagamento de adicional de periculosidade para o exercício de certas atividades, já seria um indicativo para a aplicação do dispositivo do Código Civil em comento. A Consolidação das Leis do Trabalho prevê o adicional de periculosidade em seu art. 193¹²⁷, o qual será devido ao empregado que labora em acentuadas condições de risco, quando em contato com substâncias inflamáveis ou explosivas. A Lei n. 7.369, de 20.09.1985, enquadra como perigosa as atividades que colocam o trabalhador em contato físico ou que o exponham aos efeitos da eletricidade.¹²⁸

A Norma Regulamentadora NR-16 do Ministério do Trabalho, que versa sobre atividades e operações perigosas, elenca as situações como tais consideradas, em que será devido o adicional.

Destarte, com a superveniência do Código Civil de 2002, o melhor entendimento é no sentido de nada obstar a aplicação, pelo magistrado, do disposto na segunda parte do parágrafo único de seu art. 927, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo empregador ou comitente, por sua natureza, implicar em risco para os direitos dos trabalhadores em geral, vale dizer, dos empregados, serviçais e prepostos.

Sintetiza Pamplona¹²⁹ que, caso o empregado exerça atividade de risco, vindo a sofrer acidente de trabalho, três tipos de responsabilização daí podem decorrer: a) responsabilidade contratual, com eventual suspensão do contrato de trabalho e respectivo reconhecimento da estabilidade acidentária, prevista no art. 118¹³⁰ da Lei n. 8.213, de 24.07.1991; b) recebimento do benefício previdenciário do seguro de acidente de trabalho, financiado pelo empregador e adimplido pelo Estado; e c) a que gera mais polêmica, situando-se na esfera civil, com natureza de reparação de danos prevista no inc. XXVIII do art. 7º da Constituição, em caso de dolo ou culpa do empregador.

¹²⁷ Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 193 – São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou método de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos, em condições de risco acentuado.”

¹²⁸ Segundo o disposto no art. 1º da referida lei, o empregado que exercer atividade no setor de energia elétrica, em condições de periculosidade, tem direito ao recebimento de uma verba adicional de 30% sobre seu salário. Manda o art. 2º desta lei, que o Poder Executivo a regule, para especificar as atividades exercidas em condições de periculosidade.

¹²⁹ Rodolfo Pamplona Filho. *Responsabilidade*. cit., p. 197-199.

¹³⁰ “Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio doença acidentário, independentemente de auxílio acidente”.

Mas, como aduzido supra, ao prever a obrigação de indenizar do patrão, a Constituição não optou, de modo absoluto, por um núcleo subjetivo de imputação de responsabilidade civil.

A interpretação restritiva do dispositivo constitucional, ao imputar responsabilidade do patrão apenas em caso de culpa, levaria à perplexidade de responder, quando no exercício de atividade perigosa, perante seus empregados subjetivamente e, o mesmo empregador, responderia objetivamente pelos danos por si próprio causados, no exercício da mesma atividade de risco.

O conflito entre o dispositivo constitucional e a norma infralegal supra citados constitui-se, face ao melhor modo de vista, em antinomia solúvel ou aparente. Esclarece Bobbio¹³¹ que, devido a tendência de cada ordenamento jurídico constituir-se em sistema, a presença de antinomias é uma tarefa a ser solucionada pelo intérprete. Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis mostrando-se impossível ambas serem verdadeiras, portanto não podendo serem ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá seguir outra solução que não a inaplicabilidade de uma das normas conflitantes.

Vê-se, portanto, que vários autores denominam tal conflito de normas em antinomia real de 2º grau por, supostamente, estar em conflito uma norma anterior hierarquicamente superior e outra hierarquicamente inferior posterior. Ora, neste caso não há dúvidas que prevaleceria a hierarquicamente superior, ainda que anterior no tempo, por tratar-se de conflito entre um critério forte (hierarquia) e um critério fraco (temporariedade).

Mas, de outra banda, o que ocorre neste caso é simplesmente o fato de o Código Civil regular uma situação especial, não abarcada pela norma constitucional.

Esta interpretação coaduna-se com o princípio constitucional fundamental da proteção do trabalhador, porque é esta classe que ocupa posição de hipossuficiência na relação laboral, em face do poder econômico do empreendedor, devendo o ordenamento jurídico providenciar para que a desigualdade fática seja substituída por uma igualdade jurídica.

E a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, dentre outras, reafirma o princípio da isonomia material, implicando em garantia de ressarcimento para os acidentados, em decorrência da prestação de serviços, em uma relação de trabalho.

¹³¹ Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília-DF: UnB, 1999, p. 91-92.

Se do ponto de vista dos empregados alguma dúvida pudesse ter pairado, fácil é concluir que em relação aos empregados domésticos nem há que se fazer análise principiológica, para saber-se se seria ou não aplicável o disposto na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. É que para os empregados domésticos não se estendem, por força do parágrafo único do art. 7º da Constituição, muitas das regras aplicáveis aos empregados, dentre elas a do inciso XXVIII supra transcrito.

Deste modo, nas conclusões de Kionka¹³², certas atividades, por razões de política social, podem ser desempenhadas somente se aquele que as desempenha, anua em garantir que outros não venham a sofrer danos resultantes dos riscos por ela criados. A regra comum que norteia a responsabilidade por atividades perigosas é aquela que, independentemente do cuidado com que a atividade é conduzida, os custos dos riscos em sua decorrência criados devem ser suportados por aquele que a desempenha. Se não fosse pela extensão do conceito de culpa para nele incluir-se a criação desses riscos, talvez nenhum dano de tal natureza pudesse ser reparado.

E neste sentido apontam as jurisprudências trabalhistas, *ad instar* do que recentemente julgou-se no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, a saber:

ACIDENTE DE TRABALHO. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. A responsabilidade do empregador, no caso de acidente de trabalho, decorre da aplicação da teoria do risco da atividade, que prevê a responsabilidade civil objetiva como forma de obrigação de garantia no desempenho de atividade econômica empresarial, dissociada de um comportamento culposo ou doloso. A teoria do risco da atividade parte do pressuposto de que quem obtém bônus arca também com o ônus. O parágrafo único do art. 927 do CCB/02 recepcionou tal teoria em nossa legislação. (TRT – 4.ª t. – RO 00437-2005-511-04-00-9 – Rel. José Felipe Ledur – j. 30.03.2006 – v.u.).

Na oportunidade buscou-se condenar a ré – transportadora – ao pagamento de pensão mensal vitalícia equivalente ao salário recebido e indenização por dano moral.

No relatório assentou-se ser notório e independer de prova o fato de que as pessoas empresárias transportadoras obrigam os motoristas a percorrerem grandes distâncias em pouco tempo, acarretando sonolência e diminuição dos reflexos dos trabalhadores, propiciando a causação de acidentes de trânsito. No caso, a prova testemunhal e pericial demonstraram a relação de causalidade entre o acidente e a

¹³² Edward J. Kionka. *Torts*. cit., p. 38.

excessiva jornada de trabalho imposta aos motoristas da ré, na medida em que ela os obrigava a percorrer o trajeto Bento Gonçalves-Salvador em até quatro dias, quando o tempo normal dessa viagem seria de seis a sete dias.

Em caso de, por ventura, se verificar a ausência de culpa da ré, pediu o autor a aplicação da teoria do risco, porquanto a atividade desempenhada era perigosa. Invocou-se o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002. Acordaram os juízes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, à unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para condenar a reclamada ao pagamento de uma pensão mensal vitalícia e de indenização por dano moral.

3.5.5.2 *Os prejuízos decorrentes de atividades profissionais*

Ao partir-se do pressuposto de que o profissional realiza atividades em decorrência de sua área de atuação, importa salientar estar-se diante de responsabilidade contratual, pelo fato de o exercício do ofício, em regra, pressupor a realização de um negócio jurídico, por meio do qual o profissional se obriga a realizar determinada atividade pactuada.¹³³

Controvertida mostra-se a questão da natureza jurídica da responsabilidade profissional, havendo quem as inclua na seara contratual, e outros na extracontratual.

Maria Helena Diniz¹³⁴ posiciona-se no sentido de aplicarem-se as noções de obrigação de meio e de fim às atividades desenvolvidas pelos profissionais liberais e manuais, que partem de um contrato, o que importa na afirmação de que será contratual a responsabilidade decorrente de infração a essas obrigações.

Todavia, se como regra geral é possível afirmar-se que a responsabilidade do profissional é contratual, casos há em que essa responsabilidade poderá ser extracontratual. Para Serpa Lopes¹³⁵, todas essas relações jurídicas decorrem de um contrato e não podem deixar de ser contratual a responsabilidade advinda da infringência de tais obrigações. Entretanto, ao lado disso, há profissões que, por serem dotadas de uma função determinada na sociedade, porque o profissional, de algum modo, incumbe-se de preencher uma certa

¹³³ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso*. v. 3, cit., p. 204-205.

¹³⁴ Maria Helena Diniz. *Curso*. v. 7, cit., p. 294.

¹³⁵ Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso*. v. 5, cit., p. 224.

função social, o que leva a jurisprudência a reconhecer a existência de obrigações legais para certas profissões, respondendo o profissional tanto pelas obrigações legais como pelas que contratualmente assumira. Neste mesmo sentido, discorre Maria Helena Diniz¹³⁶, que

não se pode olvidar que há, sem dúvida, certas profissões dotadas de função social, daí serem obrigações legais, de modo que o profissional responderá por elas tanto quanto pelas obrigações assumidas contratualmente. São hipóteses em que coincidem as duas responsabilidades – a contratual e a extracontratual –, e o profissional deverá observar as normas reguladoras de seu ofício, umas vezes por força de contrato e outras, em virtude de lei. Mas, como a responsabilidade extracontratual só surge na ausência de um vínculo negocial, decorre daí que, se há vínculo contratual, o inadimplemento da obrigação contratual e legal cairá, conforme o caso, na órbita da responsabilidade contratual e não da delitual, ante a preponderância do elemento contratual. Todavia, em algumas hipóteses poder-se-á ter duas zonas independentes: a da responsabilidade contratual e a da delitual.

Contundente exemplo dado pela ilustre professora é o do médico que faz no paciente operação altamente perigosa e não consentida, sem que sejam observadas as normas profissionais regulamentares, caso em que a responsabilidade será extracontratual, visto não ter havido inadimplemento contratual, senão violação a dever legal.

Analisando lições de Gabba, discorre Serpa Lopes¹³⁷ que

em todos os contratos de locação de serviço celebrado com um técnico, tenham eles por objeto pessoas ou coisas, as prestações do locador técnico não são, nem podem ser predeterminadas pelo contrato, e o que por ele for ou não feito, bem ou mal, não é em razão de uma faculdade que concretamente lhe confira o contrato, senão, mas precipuamente, no exercício de uma faculdade indeterminada conferida contratualmente pela outra parte, faculdade essa que é o verdadeiro e próprio objeto e o fim imediato visado pelos contratantes. Conseqüentemente, conclui Gabba, se essas atividades dependem do arbítrio do técnico, se o contrato não faz nada mais do que criar a possibilidade de poder ele usar de tal arbítrio, impondo-lhe a obrigação genérica de fazer dele um uso bom e reto, segue-se que, se assim não proceder, em razão de um mau comportamento causar um prejuízo à coisa ou a pessoa entregue a sua direção, sua responsabilidade, acentua Gabba, Seja ela qual for, perde sua índole contratual, para se tornar extracontratual, dado que a sua origem parte mais do abuso de um poder conferido por um contrato do que da inadimplência deste ou de sua má execução.

¹³⁶ Maria Helena Diniz. *Curso*. v. 7. cit., p. 296.

¹³⁷ Gabba, *nuove questioni di diritto civile*, p. 237-239, apud Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso*. v. 5. cit., p. 224-225.

Conclui Serpa Lopes¹³⁸ que do contrato que se estabelece entre o profissional e o outro contratante, há uma gama de deveres que não resultam do contrato, senão das normas legais reguladoras da profissão, como o é o Código de Ética do advogado, como também ocorre com outras várias profissões previamente reguladas por estatutos uniformes e que se aplicam em todas as situações, a despeito de ser silente o contrato, e mesmo, segundo as circunstâncias, ao contrário do que se houver disposto contratualmente, quando a norma estatutária possuir carga moral de intensidade tal, que não possa ser derogada pela estipulação em contrário das partes.

Serpa Lopes então fecha seu pensamento afirmando não haver uma cumulação de responsabilidades, nem um caso de opção pela culpa contratual ou extracontratual, senão duas zonas livres e independentes aplicando-se distintamente a uma e a outra, conforme o caso, ou a culpa contratual ou a extracontratual. Assim, no que se refere aos serviços médicos, a inadimplência de obrigações tais como a extensão do tratamento e de sua remuneração, acarreta uma culpa contratual; mas se um cirurgião desempenha uma intervenção perigosa e não consentida, com inobservância das regras profissionais regulamentares, já se não pode alocar o caso na categoria da culpa contratual pelo fato de o contrato estar em causa, senão da culpa extracontratual, porquanto não se cogita de um simples inadimplemento de obrigação, mas de violação a um dever legal, que pela lei deve ser corrigido e sancionado.

O art. 1.545¹³⁹ do Código Civil de 1916 disciplinava a responsabilidade dos médicos, cirurgiões, parteiras e dentistas que culposamente, no exercício da profissão, causarem morte, inabilitação de servir ou ferimento do paciente. Anota Maria Helena Diniz¹⁴⁰ tratar-se de responsabilidade subjetiva desses profissionais por erro no exercício do mister, erro este que poderá configurar ato ilícito.

Superada então essa discussão, importa saber se, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo por ele permanecem inteiramente disciplinadas, ou se sobre algumas dessas relações incidiriam as disposições do Código Civil.

Para Aguiar Júnior¹⁴¹, no microsistema do direito das relações de consumo, inserido num sistema maior – o do direito privado – devem ser aplicados os princípios do sistema.

¹³⁸ Miguel Maria de Serpa. *Curso*. v. 5. cit., p. 226.

¹³⁹ “Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”

¹⁴⁰ Maria Helena Diniz. *Código Civil anotado*. 4. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 987.

¹⁴¹ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *O novo código Civil e o código de defesa do consumidor: pontos de convergência*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/574>>. Acesso em 16.07.2007.

Alude o Ministro que se se fizer uma distinção entre princípios e regras, entende-se que aqueles são preceitos que apreendem um certo valor e o revela em um enunciado destinado à interpretação de outros dispositivos; regras são normas de conduta reguladoras do comportamento e de suas conseqüências dentro do ordenamento jurídico. Entende que os princípios do Código Civil podem ser usados e aplicados no microssistema das relações de consumo, porém, no conflito de princípios deveriam prevalecer o do Código de Defesa do Consumidor; já no que tange às regras que enunciam condutas e suas conseqüências, às relações de consumo aplica-se o microssistema, mas, se o novo Código Civil especificamente regular uma situação de consumo, há que se aplicar a norma do Código Civil.

A responsabilidade do profissional por danos decorrentes do exercício de sua atividade, segundo a regra geral do Código Civil e por expressa disposição do Código de Defesa do Consumidor, é subjetiva.

Entretanto, aqui defende-se o entendimento de que tal regra não é absoluta, podendo haver aplicação da teoria do risco da atividade, prevista na parte final do parágrafo único do art. 927 do atual Código Civil, quando verificados os elementos caracterizadores da atividade como perigosa.

Analisando o dispositivo em comento, salienta Aguiar Júnior¹⁴² que

a regra atinge o empresário e o profissional liberal e, nesse ponto, contraria a regra do Código de Defesa do Consumidor, que exige, para a responsabilidade do profissional liberal, a demonstração da culpa.

Apesar de aqui concordar-se no que tange à aplicação do dispositivo civil às atividades profissionais, quando for o caso, não se vê nenhuma forma de contrariedade ao disposto no Código de Defesa do Consumidor que, em casos específicos, passa a ser lei geral em relação ao Código Civil, que, por sua vez, por exceção, assume a condição de lei especial.

Diverso é o entendimento dos ilustres professores baianos¹⁴³ Pamplona Filho e Stolze Gagliano, para os quais

a disciplina geral dos profissionais permanecerá de natureza subjetiva, uma vez que, embora seja o Código de 2002 lei nova em face do Código de Defesa do Consumidor, a regra constante nesse último diploma (art. 14, § 4º) não perderá vigência, por força do princípio da especialidade.

¹⁴² Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *As Obrigações*, cit.

¹⁴³ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso*. v. 3. cit., p. 208.

Acreditam os festejados autores ser este o melhor entendimento sobre a matéria, de sorte a preservarem-se a autonomia e a dignidade da atividade profissional, pois, na relação contratual, os danos decorrentes do descumprimento do avençado já trariam em si, a presunção de culpa.

Segundo o entendimento dos citados professores, ocorrendo dano por parte do profissional que possui tão-somente obrigação de meio, ao prejudicado caberá a prova da culpa, ou então do descumprimento de um dever contratual, para que, neste caso, incida a presunção de culpa; nas obrigações de resultado, não verificado este, automaticamente terá havido descumprimento contratual, incidindo contra o profissional a presunção de culpa.

Neste sentido também são as lições de Miguel Kfoury Neto¹⁴⁴, segundo quem

a ninguém ocorrerá atribuir aos profissionais da área da saúde o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implica riscos aos direitos do paciente – hipóteses que, caso admitida, descartaria a verificação da culpa, na atribuição da responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isto porque a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente antes, muito pelo contrário, visa a afastar o agravamento do seu estado de saúde, propiciando melhora ou a cura total mesmo que se utilize equipamentos em procedimentos cirúrgicos (cirurgias videolaparoscópicas, variadas aplicações de *lasers*, p. ex.), ainda assim será imperativo provar-se a imperícia, imprudência ou negligência profissional. Isto porque o advento da nova codificação civil, neste aspecto, nada inovou: a responsabilidade médica, em regra, continua a ser subjetiva.

Para encerrar o presente tópico, faz-se mister reforçar a posição aqui defendida: o Código de Defesa do Consumidor é lei especial em relação ao Código Civil.

Nas relações de consumo, a regra é a da responsabilidade objetiva, salvo no caso dos profissionais liberais, em que a responsabilidade será subjetiva; já nas relações civis, a regra é da responsabilidade subjetiva.

O Código de Defesa do Consumidor não se refere ao exercício de atividades perigosas, como fonte específica de imputação de responsabilidade civil.

Então, as atividades profissionais dos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo, que são regidas pela responsabilidade subjetiva, podem se qualificar como atividades de risco. Neste caso, a lei comum passaria a ser especial, e aquela

¹⁴⁴ Miguel Kfoury Neto. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 61, apud Roberta Densa. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60.

responsabilidade que, por força da lei consumerista, seria subjetiva, transmuda-se em objetiva, se houver enquadramento na parte final do art. 927 do parágrafo único do Código Civil.

Ei-la então, As vindouras críticas encarregar-se-ão de fazer com que este autor consolide esta opinião, ou que ela seja revista, para adequar-se àquilo que for mais condizente com o direito.

3.5.5.3 A atividade de imprensa

Gomes Júnior e Alves de Oliveira¹⁴⁵ propõem-se a deslindar a questão concernente à aplicação do disposto na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, aos órgãos de imprensa, nas ações de responsabilidade civil.

Que se faça o devido acertamento terminológico. Em direito administrativo, órgão é centro de competências ou atribuições, pelo qual se exprime a vontade de certa entidade de direito público. Melhor seria se os autores utilizassem a expressão pessoa jurídica concessionária ou empresária do ramo de comunicação.

Superada a questão terminológica, passa-se à análise da visão dos autores.

A Constituição garante a manifestação do pensamento, a expressão, a criação e a informação, vedando qualquer restrição, observados os demais princípios e normas constitucionais.

Inexistindo dolo ou culpa duas antagônicas correntes discutem sobre a possibilidade ou não de indenização por parte dos órgãos de imprensa.¹⁴⁶

Para a primeira delas, frente à ampla relevância da imprensa diante do atual sistema constitucional (art. 220 § 1º) não seria razoável dispensar a prova do dolo ou culpa, sob pena de se criar embaraços para uma correta e indispensável atuação, dos que exercem atividades de imprensa.

Para a segunda corrente, não há que se falar em obstáculo legal a impedir a aplicação da teoria do risco às atividades desenvolvidas pelos empresários de imprensa,

¹⁴⁵ Luiz Manoel Gomes Júnior e Ricardo Alves Oliveira. A responsabilidade civil dos órgãos de imprensa e a teoria do risco criado. *Revista de direito privado*. n. 28. São Paulo: RT, 2006, p. 157.

¹⁴⁶ Luiz Manoel Gomes Júnior e Ricardo Alves Oliveira. A *responsabilidade*. cit., p. 167-168.

pois a atividade de informação apresenta como um de seus elementos essenciais a utilização de vasta gama de recursos humanos e materiais, tendo como inevitável consequência a existência de erros causadores de danos à honra e dignidade das pessoas.

À guisa de conclusão, posicionam-se os autores¹⁴⁷ contrariamente à aplicabilidade da responsabilidade objetiva exarada na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, ao discorrerem: “pensamos que não é de ser aplicada a teoria do risco, sendo necessária a comprovação da culpa ou dolo para que haja o dever de indenizar pelos órgãos de imprensa, afastando a incidência do art. 927, parágrafo único, do CC”. Tal entendimento é por aqueles autores fundamentado no direito à liberdade de expressão, que

ocupa um papel central no próprio conteúdo dos direitos fundamentais. Isto na medida em que garante o direito de uma relevante liberdade individual, porque está intimamente ligada a um conceito de Estado democrático de Direito. Há quem argumente, com razão, que a liberdade de expressão é um dos pilares de uma sociedade democrática, juntamente com a generalização da instrução pública e o direito ao sufrágio universal.

É certo que a teoria objetiva representou uma importante evolução da responsabilidade civil, surgindo para evitar, ou minimizar injustiças ocasionadas pela impossibilidade total ou parcial de se produzir prova de dolo ou culpa do agente causador, em prejuízos de hipossuficientes, que haviam de submeter-se a situações de riscos, que geravam proveitos para aqueles que exploravam tais atividades, como as industriais e comerciais. O fundamento da teoria objetiva é proporcionar a essas vítimas a respectiva reparação dos danos sofridos, independentemente de prova de culpa do agente causador.

Com todo o respeito à conclusão chegada pelos citados autores, não é simplesmente a relevância da atividade de imprensa, fator único e suficiente a definir a incidência ou não da regra em análise; isto porque muitas outras atividades, socialmente aceitáveis e necessárias, podem ser qualificadas como perigosas, por representarem riscos aos direitos de outrem, fazendo com que sobre elas incida a regra em comento.

Ademais, a despeito da relevância da atividade de imprensa, levantada pelos mencionados autores, na grande maioria das vezes, o prejudicado estará contemplado no conceito de consumidor por equiparação, fazendo com que se aplique à hipótese a responsabilidade objetiva, regra geral do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁴⁷ Luiz Manoel Gomes Júnior e Ricardo Alves Oliveira. *A responsabilidade*. cit., p. 168.

3.6 A RESPONSABILIDADE DA UNIÃO POR ATENTADOS TERRORISTAS, ATOS DE GUERRA OU CORRELATOS

A Lei n. 10.744, de 09.10.2003, movida pelo episódio terrorista de 11.09.2001, perpetrado contra os Estados Unidos, dispõe sobre a responsabilidade civil da União perante terceiros, em caso de danos a bens e pessoas, passageiras ou não, causados em decorrência de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, em prejuízo de aeronaves de matrícula brasileira, operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as de táxi aéreo.

Trata-se de responsabilidade civil da União por atos de terceiros, mais abrangente do que o disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal.¹⁴⁸

Em regra – como asseguram Diez-Picazo e Gullon¹⁴⁹ – a responsabilidade por atos de terceiros configura-se como responsabilidade baseada em culpa própria, *culpa in vigilando* ou *in eligendo*, que a lei presume *iuris tantum*, pelo que incumbe aos responsáveis provar que empregaram toda a diligência do *bônus pater familias* para prevenir o dano, nos termos do art. 1.903¹⁵⁰. Entretanto, colacionam que, no concernente à responsabilidade do empresário, a jurisprudência espanhola vem impondo à referida responsabilidade certo matiz objetivista, no sentido de exigir uma vigorosa prova da diligência empregada pelo empresário em cada caso concreto, para desvirtuar aquela presunção de culpa.

A hipótese é de indenização pelo exercício de atividade perigosa lícita, qual seja, o exercício do transporte aéreo de caráter público, com exceção das empresas de táxi aéreo.

A indenização é limitada ao importe de um bilhão de Dólares americanos, e no caso de danos a pessoas, está restrita à reparação de danos corporais, doenças, morte ou invalidez sofridos em decorrência dos eventos supramencionados, ficando excetuados os danos morais, tais como a ofensa a honra, ao afeto, à liberdade, à profissão, ao respeito aos mortos, à psiquê, à saúde, ao nome, ao crédito e ao bem-estar, sem necessidade da

¹⁴⁸ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, p. 492.

¹⁴⁹ Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon. *Sistema de derecho civil*. v. 2. Madrid: Tecnos, 1976, p. 479-480.

¹⁵⁰ “Art. 1.903. La obligación que impone el artículo anterior (responsabilidad subjetiva) es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. [...] Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones. [...] La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”

ocorrência de prejuízo econômico. Nos casos de danos morais, o interessado deverá socorrer-se das regras gerais de responsabilidade civil, valendo observar que se o responsável for o Poder Público, aplica-se-lhe a responsabilidade objetiva, nos termos da Constituição Federal.

A União sub-roga-se em todos os direitos decorrentes dos pagamentos efetuados, contra aqueles que, por ato, fato ou omissão, tenham causado os prejuízos por ela pagos, ou tenham para eles concorrido, obrigando-se a empresa aérea ou o beneficiário da indenização a fornecer-lhe os meios necessários ao exercício dessa sub-rogação.

Poder-se-ia vislumbrar aqui uma variante da teoria das situações propiciatórias, que diz respeito, na maioria dos casos, à guarda, pelo Estado, de coisas ou pessoas perigosas, ensejando sua responsabilidade objetiva, mesmo quando o evento danoso haja sido deflagrado por força maior, vez que foi o Poder Público quem criou a situação da qual dependia o dano.

3.7 A RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA

A tese de livre-docência da professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka – já tão citada neste trabalho – sobre a responsabilidade pressuposta procura um critério geral de fundamentação ou imputação de responsabilidade civil muito além da casuística legal e até mesmo daquela regra proposta pelo já analisado art. 927, parágrafo único, segunda parte, do novo Código Civil.

Trata-se, não de um critério qualquer, mas de

um critério de natureza tão geral, que tenha não apenas a feição de portador de qualidades, que o permitam posicionar-se como um denominador comum de variadas hipóteses danosas, já ocorridas ou não, mas que tenha qualidades e atributos tão suficientes, que possam arrebatar as hipóteses todas, subsumindo-as à sua determinação de responsabilização.¹⁵¹

Com sua natural proficiência, Henrique Herkenhoff¹⁵², na releitura que faz acerca da tese da responsabilidade pressuposta, ressalta que:

¹⁵¹ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 228.

¹⁵² Henrique Jiaquinto Herkenhoff. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 397-398.

- a) O que se deve levar em consideração para estipular a responsabilidade civil não é o desvalor do responsável, de sua conduta ou de sua atividade, mas a dignidade e a cidadania do lesado, assim como o dever de solidariedade, que não exigem sejam negados idênticos atributos ao causador do resultado pernicioso, cuja dignidade humana deve igualmente ser preservada, trazendo à tona o princípio da equidade.
- b) Os fatos que concretizam o dever de indenizar não são os danos ilícitos, mas todas e quaisquer perdas injustas, das quais nenhuma deve deixar de ser recuperada, quando não as for possível prevenir.
- c) O responsável deve ser antecipadamente conhecido para o caso de efetivar-se um certo evento possível: a responsabilidade antecede a lesão, que só torna concreto o dever de reparar o dano. E será precocemente identificado porque será aquele a quem o direito impõe o dever de prevenção, isto é, de impedir ou minorar as conseqüências do fato potencialmente prejudicial.
- d) O desvalor do resultado (dano injusto) é o fato gerador do dever de reparação, e o dever jurídico de prevenir ou evitar o resultado é que constitui a razão de atribuí-lo ao Estado ou a determinado particular, quando essa obrigação não for convencional (seguro).
- e) Embora possam ainda servir como critérios para identificar-se o responsável e determinar o valor da indenização, a culpa e o risco não sustentam adequadamente a dignidade da pessoa humana, e a causalidade naturalística, além de padecer do mesmo vício, não atende às finalidades do direito, excluindo a reparação de uma série de tragédias injustificáveis e insuscetíveis de prevenção.

Assim, conforme leciona a professora Hironaka,¹⁵³ procura-se não apenas um critério geral, mas um critério tão geral capaz de constituir-se em fundamento essencial e intrínseco de um sistema de responsabilidade por vir.

É que se antes tinha-se que o critério de fundamentação ou de imputação de responsabilidade civil fundado apenas na culpa mostrou-se insuficiente, hoje o casuísmo legal ao qual está sujeita a responsabilidade civil objetiva muitas vezes deixa sem reparação a vítima do dano e engessa o desenvolvimento do direito.

Mas, adverte Hironaka¹⁵⁴, seria absurdo pensar que o ordenamento jurídico assimilasse que toda realização de atividade humana com exposição a perigo fosse, sempre, nefasta à sociedade, e que o banimento de toda atividade perigosa fosse a meta de uma ordem perfeita. Na verdade, o que se procura, a partir de um sistema otimizado de responsabilidade civil não é evitar todo e qualquer perigo, o que seria mesmo impossível, mas o que se com isto objetiva é a diminuição dos danos, pois a partir do momento em que se aceite a impossibilidade de evitá-los, a disciplina jurídica da responsabilidade civil deve

¹⁵³ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 228.

¹⁵⁴ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade*. cit., p. 320.

ser no sentido de visar o custo social que esses danos representam, quer pela adoção de eficazes medidas preventivas, quer porque por ele alguém responderá, por força de uma responsabilidade pressuposta e fundada num critério padrão de imputação.

A sociedade caminha em largos passos em direção à evolução e ao desenvolvimento, enquanto o legislador, ainda engatinhando, tenta acompanhá-la.

Já no século passado Alvino Lima¹⁵⁵ alertava para o fato de que

Quanto mais se desenvolvem e se intensificam as atividades humanas e mais densas se tornam as populações, maior é o número de interesses que se chocam e se contradizem. Este conflito inevitável é a essência da própria vida e a razão de ser dos preceitos normativos da conduta humana, cuja missão principal é limitar, conciliar e combinar atividades. Fosse possível traçar normas jurídicas perfeitas, que delimitassem, dentro de contornos inconfundíveis, as prerrogativas conferidas aos indivíduos; se a inteligência e a sabedoria humanas pudessem enfeixar nos preceitos legais as diretrizes a seguir no exercício dos direitos, a solução dos conflitos jurídicos seria, sem dúvida, tarefa menos árdua e não caberia à doutrina e à jurisprudência o papel tão preeminente, que ora desempenham, na solução do problema da responsabilidade civil.

Aí está a justificativa para se viabilizar um sistema geral de responsabilidade objetiva, capaz de se manter, por um espaço maior de tempo, condizente com as necessidades sociais de determinada época.

¹⁵⁵ Alvino Lima. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960, p. 218.

CAPÍTULO 4

AS ATIVIDADES PERIGOSAS NOS ORDENAMENTOS ITALIANO E PORTUGUÊS: UMA AMOSTRAGEM DO DIREITO EUROPEU

1 SEMELHANÇAS E DIVERGÊNCIAS

Constata-se – do que até então fora exposto – que o princípio da responsabilidade baseada na culpa vem dividindo sua posição de destaque com o princípio da responsabilidade fundada no risco da atividade desenvolvida, de sorte a não se cogitar da subjetividade do lesante, ou seja, de sua vontade na produção do evento danoso, senão da relação causal entre o desenvolvimento da atividade e o dano verificado.

No plano normativo, a disciplina da responsabilidade civil objetiva em decorrência de danos advindos do exercício de atividades perigosas lícitas, consta, geralmente, de leis apartadas das codificações, de modo a constituir-se um direito especial. Entretanto, os códigos alienígenas mais modernos inseriram em seu contexto alguns casos especiais de responsabilidade, como o fizeram o Código Civil italiano e português.¹

A previsão do Código Civil italiano não conheceu precedente nos ordenamentos então em vigor, embora não tenha sido objeto de aprofundadas discussões nas comissões preparatórias da novel codificação.

Apresentada a situação atual em que se encontra a questão do sistema geral de responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro, resta analisar – ainda que de maneira perfunctória – a matéria à luz do direito estrangeiro, para que se possa compará-la com o tratamento dispensado, pelo ordenamento pátrio, à responsabilidade por atividade perigosa.

Mostra-se incansável o esforço da doutrina em se buscar um critério capaz de conformar-se à procura do justo e do equânime, por meio de um denominador comum, apto a assegurar efetiva e adequada reparação dos danos ocasionados pelas especificidades dos hodiernos modos de atuação do homem, pois, se a cada momento histórico alteram-se os

¹ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: RT, 1985, p. 95.

paradigmas, conseqüentemente alterar-se-ão os enfoques das idéias de obrigação e do dever de indenizar um dano sofrido por outrem. A busca por tão decantado senso de justiça, talvez poder-se-ia concretizar por meio da fixação de um novo critério de fundamentação do regime objetivo de responsabilidade civil, situado além da solução legal casuística.²

Procurou-se aqui elencar, basicamente, dois ordenamentos jurídicos, para deles se extrair uma pequena amostragem do que se passa com a responsabilidade civil objetiva em alguns países europeus, também de origem romano-germânica.

Servirão de base para as considerações a seguir as obras de Geneviève Champs e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que tratam especificamente da responsabilidade nas atividades perigosas, enfocando ambas o direito italiano.

Assim sendo, serão abordadas as cláusulas gerais de responsabilidade civil objetiva presentes no direito italiano e português.

4.2 A EXPOSIÇÃO AO PERIGO DO ART. 2.050 DO CÓDIGO CIVIL ITALIANO

A concepção de atividade perigosa plasmou-se no plano legislativo, passando a inspirar e a compor leis especiais, destacadas dos códigos, para disciplinarem situações em que evidencia-se o caráter perigoso da atividade. Particularizada a noção e o caráter objetivo de seu fundamento, a responsabilidade civil por atividades perigosas passou a integrar expressamente o texto de alguns códigos do século XX, com destaque aqui para o italiano. Com isto, reconhecia-se a inserção legislativa, completada pelo desenvolvimento jurisprudencial, que encarrega-se de reconhecer o caráter de periculosidade de certas atividades, consideradas em diferentes situações práticas.³

No século XIX, com o aumento das atividades perigosas acompanhando a Revolução Industrial, a Itália não se contentou em solucionar, mediante o sistema casuísta, o problema da indenização das vítimas dos infortúnios daquelas atividades. Então, o caminho adotado foi o de resolver o problema de uma maneira global, a partir do advento do Código Civil de 1942. Essa previsão está estabelecida em seu art. 2.050, em que se

² Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 283.

³ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 86-88.

disciplina a reparação de danos ligados à realização de uma atividade perigosa cuja particularidade é de estar definida em termos assaz geral.⁴

No entanto, há que se deixar assentado que a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, que a seguir será analisada, pode ser vislumbrada pela primeira vez, na Suíça, que em 1875, introduzira um sistema de responsabilidade civil fundada na exposição ao perigo, porém restrito às hipóteses de danos causados na prestação do serviço de transporte ferroviário. Essa legislação, que precedeu a promulgação do Código Suíço de Obrigações, serviu de modelo para a construção legislativa de outros sistemas de responsabilidade civil, fundados na periculosidade da atividade.⁵

A Holanda, por sua vez, admitiu um sistema de responsabilidade civil independentemente de culpa, para atividades ligadas à utilização e a detenção, industrial ou profissional, de substância perigosa.⁶

A disciplina da matéria, no direito italiano, nos termos do referido art. 2.050, demonstra ter o legislador peninsular, a partir de então, não mais se contentado com as soluções casuísticas de imputação de responsabilidade civil objetiva, procurando uma solução geral que propugnasse pela reparação de danos ligados à exposição ao perigo, cuja particularidade seria, justamente, a de ser definida em termos bastante amplos.⁷

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo⁸,

nas últimas décadas tem adquirido importância a teoria do risco, que assenta a responsabilidade no mero fato de exercer uma atividade perigosa, ou de utilizar instrumentos de produção que oferecem risco pela sua manipulação ou controle. Exemplo dessa concepção determinante da responsabilidade está no art. 2.050 do Código Civil italiano.

Expõe Silvio Venosa⁹ que ao se analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil de pós-modernidade, o que se leva em conta é a possibilidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo, noção introduzida pelo Código Civil italiano de

⁴ Geneviève Champs. *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité – analyse de droit compare*. Bruxelas: Bruylant e Paris; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998, p. 19.

⁵ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 327.

⁶ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 323.

⁷ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 285.

⁸ Arnaldo Rizzardo. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>, cap. 3, n. 4.

⁹ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. 5. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2005, p. 20-21.

1942 (art. 2.050) leva em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados.

Mas, ao inverso do que pensa Venosa, apesar de a exposição ao perigo do direito italiano corresponder ao exercício de uma atividade que implique em perigo para terceiros, em razão de sua natureza ou da natureza dos meios adotados, aquele dever indenizatório surge com os danos sofridos pelo terceiro à atividade estranho, vale dizer, somente a realização do dano, e não a exposição ao perigo de per si é que se mostra passível de indenização, a cargo de quem empreende atividade.¹⁰

Assim, a atividade deve ser considerada perigosa ou não sobre o prisma substancial, tendo-se em consideração uma objetiva periculosidade, ínsita em si mesma – periculosidade intrínseca – ou em relação aos meios empregados, salientando-se, contudo, que o perigo deve decorrer tão-somente do exercício da atividade e não da conduta do autor.¹¹ Salienta Messimeo¹², que a previsibilidade do dano encontra-se *in re ipsa*, ou seja, na índole da atividade exercida; daí o conhecimento do perigo de dano dever obrigar o agente a adotar as possíveis medidas para evitá-lo ou reduzir-lhe a possibilidade de se verificar.

Com efeito, dispõe o art. 2.050 que

Todo aquele que causar dano a outrem, no desenvolvimento de atividade perigosa, por sua própria natureza ou pela natureza dos meios empregados, é responsável por seu ressarcimento, se não provar ter adotado todas as medidas cabíveis para evitá-lo.

Não é fácil a tarefa de determinar-se a periculosidade da atividade, devendo-se, entretanto, serem incluídas nesta noção aquelas que, pelo grau de risco que representam, justifiquem a aplicação de uma responsabilidade particular, significando que não somente as enumeradas expressamente em lei merecem tal qualificação, mas também devem merecê-la aquelas que revelem periculosidade intrínseca ou relativa aos meios de trabalho empregados, na fórmula consagrada pela Suprema Corte italiana.¹³

Preliminarmente, cabe perquirir se a periculosidade a que se refere é a de certa

¹⁰ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 291.

¹¹ Eugenio Bonvicini. *La responsabilità civile*. t. 2. Milão: Giuffrè, 1971, p. 699, apud Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 88-89.

¹² Francesco Messimeo. *Manuale di diritto civile e commerciale: codice e norme complementari*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 596.

¹³ Vittorio di Martino. *La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari*. Milão: Giuffrè, 1979, p. 80, apud Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 90.

conduta ou a da atividade levada a cabo pelo agente, contendo a potencialidade danosa em relação a terceiros, mesmo porque o que se busca é a definição de um critério que autorize a imputação de responsabilidade civil desprendida da noção de culpa, bem como além da previsão legal casuística de responsabilidade civil objetiva.¹⁴

Como já oportunamente afirmado, ao decompor-se e analisar-se a redação da parte final do parágrafo único do art. 927 do Código Civil brasileiro, no capítulo 3 deste estudo, toda atividade humana, em maior ou menor grau, traz consigo certa carga de periculosidade tanto para quem a exerce como para terceiros.

Talvez possa-se entender por periculosidade da conduta a atividade em regra inofensiva, que somente adquire caráter perigoso quando praticada de forma imprudente, negligente ou imperita por parte de quem a exerce. Ora, se a periculosidade de que se trata assim fosse encarada, ter-se-ia, nada mais, do que simples responsabilidade civil por culpa, nos termos do art. 2.043 do Código Civil italiano, semelhante ao art. 186 do Código Civil brasileiro. Entretanto, por periculosidade da atividade, nos moldes do art. 2.050 do Código italiano, deve-se entender o exercício de atividade potencialmente perigosa, em razão do elevado número de danos que pode causar, quer em razão de sua natureza, quer em razão dos meios adotados para o seu exercício, independentemente da conduta de quem a exerce.¹⁵

Para Trabucchi¹⁶, com a finalidade de afastar o perigo de certas situações e prever o risco derivado de outras determinadas relações, o legislador estabelece uma presunção de responsabilidade para aqueles que se aproveitem das mesmas. Com efeito, com alcance geral, o art. 2.050 do Código Civil italiano impõe aos que exercem uma atividade perigosa o dever de reparar qualquer dano que ocasionar a terceiros, salvo se provado haver adotado todos os meios idôneos para evitá-los.

A grande controvérsia que gravita em torno deste princípio geral de responsabilidade civil situa-se em saber se sua aplicação também atinge os demais dispositivos sobre responsabilidade civil, que o avizinham no Diploma italiano, ou seja, se aquela disposição incidiria ou não sobre os arts. 2.048, 2.049 e 2.051 a 2.053, que tratam da responsabilidade dos pais, dos tutores, dos curadores, dos professores, dos patrões, dos comitentes, do guarda da coisa e do animal e do dono do edifício em ruína. A indagação fundamenta-se na postura adotada pelo legislador italiano que, podendo tê-lo feito, preferiu

¹⁴ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 296.

¹⁵ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade*. cit., p. 297.

¹⁶ Alberto Trabucchi. *Instituciones de derecho civil*. v. 1. Luis Martinez-Calcerrada, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967, p. 223.

não estabelecer, com clareza, um regime baseado na responsabilidade objetiva, tampouco admitira um sistema fundamentado na simples culpa. Ao contrário, adotou posição intermediária, porquanto manteve a culpa como fundamento da responsabilidade, mas deixou pesar sobre o agente a prova liberatória da imputação estabelecida.¹⁷

A descrição da prova liberatória, de modo dúbio, é considerada contraditória, porque, de uma parte parece afirmar aquele tradicional princípio *pas de responsabilité sans faut*, e de outra parte, o rigor de seu objeto deixa entrever a possibilidade de um outro fundamento de responsabilidade, em razão da qualificação objetiva operada pelo legislador. Daí porque alguns quiseram relacionar o exercício de uma atividade perigosa a uma responsabilidade por atividade perigosa, ou mesmo por risco criado, objetivamente evitável. Assim sendo, o art. 2.050 consistiria não em sancionar uma culpa, senão em operar uma pressão econômica impessoal por certo risco relacionado a tal disposição legal.¹⁸

A jurisprudência italiana dos anos 60 negou-se em reconhecer ao art. 2.050 um alcance geral. Na época, parecia certo, entretanto, que o legislador não quis estabelecer um regime pautado na responsabilidade objetiva, tampouco admitiu um sistema repousante sobre a simples culpa. Optou-se por uma solução intermediária em que se mantém a culpa como fundamento da responsabilidade, mas coloca a cargo do agente a prova liberatória e alarga o conteúdo do dever que lhe é imposto. Os fiéis à tradicional concepção *pás de responsabilité sans faut*, deduziram da leitura dos trabalhos preparatórios daquele Código Civil, que o dever de diligência põe a cargo do agente, a título de presunção *iuris tantum*, a prova de sua não-culpa. *O ofensor somente pode então exonerar-se de responsabilidade, se provar determinado grau de diligência.*¹⁹

Tal concepção encontra guarida no entender de Bruno Barel, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi²⁰, para quem a presunção de responsabilidade somente pode ser afastada por meio de uma prova particularmente rigorosa, sendo colocado a cargo do explorador da atividade perigosa o ônus de demonstrar ter adotado todas as medidas idôneas para evitar o dano. Portanto, não basta a prova negativa de não cometimento de nenhuma violação das normas de segurança ou de comum prudência, mas é necessária aquela positiva, de se haver empregado todo cuidado ou medida apta a impedir o evento danoso, de modo que o

¹⁷ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 292-293.

¹⁸ Geneviève Champs. *La mise en danger*. cit., p. 30-31.

¹⁹ Geneviève Champs. *La mise en danger*. cit., p. 27-29.

²⁰ Bruno Barel, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi. *Commentario breve al Codice Civile: complemento giurisprudenziale*. Padova: Cedam, 1996, p. 2324.

fato da vítima ou de terceiro pode produzir efeito liberatório apenas se sua incidência ou relevância for capaz de romper o liame de causalidade.

Ao salientar que no Código Civil brasileiro de 1916 não havia regra jurídica escrita sobre a responsabilidade pelo exercício de atividade perigosa, Pontes de Miranda²¹ indaga-se sobre a necessidade de se inserir nas leis regras gerais sobre os danos causados pelo exercício dessa categoria de atividades, apontando já se ter cogitado, com a evolução técnica que vem se operando, as atividades das empresas de transporte. Argumenta que o primeiro fundamento contrário à necessidade de uma regra jurídica geral estaria em que, se a profissão fosse provavelmente perigosa, a causação do dano logo estabeleceria a presunção *hominis*. Assim sendo, ou a solução legislativa seria a da responsabilidade objetiva – pelo insigne autor considerada radical – ou a da transformação da presunção *hominis* em presunção *iuris tantum*. Prossegue então no sentido de que

no sistema jurídico que acolhe a responsabilidade pela presunção *iuris tantum*, como se passa no Código Civil italiano, art. 2.050, abstrai-se dos casos raros em que, a despeito da periculosidade da profissão exercida, a causação não compõe a presunção *hominis*. De qualquer modo, alegado e provado que o dano resultou da atividade perigosa, a culpa do exercente está presumida. Ao demandado caberia então apresentar a prova de que não teve culpa, demonstrando que tomara todas as providências e medidas para que o dano não se desse.

Todavia esclarece Gramstrup²² não haver no direito comparado dispositivos semelhantes ao constante na parte final do parágrafo único do art. 927 do Código Civil brasileiro. Em que pese de redação semelhante ao dispositivo pátrio, o art. 2.050 do Código Civil italiano parece prevê nada mais do que presunção de culpa. Como se diz, culpa presumida, ainda que presumida não deixa de ser culpa. Se bem que neste caso Geneviève Champs²³ enfatiza que nas diversas disposições do Diploma italiano, a culpa do responsável é presumida e a prova liberatória é entendida a partir do Código de 1942, no sentido de ausência de culpa, e a derrogação do princípio geral, desde então, resume-se à só inversão do ônus da prova. Entretanto, certas presunções não podem ser revertidas para demonstrar a impossibilidade de evitar o fato danoso.

²¹ Francisco Cavalcante Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. t. 53. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 94-95.

²² Eric Frederico Gramstrup. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Federal, 2006, p. 53-54.

²³ Geneviève Champs. *La mise en danger*. cit., p. 19.

Assim, particulariza-se com a responsabilização do condutor de veículo²⁴, solidária com a do proprietário, usufrutuário e do adquirente sujeito à reserva de domínio, cessando, entretanto, para o praticante da atividade ao provar haver adotado todas as medidas idôneas para evitar o dano. Isto vale dizer que a responsabilidade cessaria, para o condutor, para o proprietário, para o usufrutuário etc que provar que, por exemplo, o veículo entrara em circulação contra sua vontade.

No art. 2.050 o legislador italiano adotou a noção de exposição ao perigo em sua conotação genérica. Pretendeu-se no art. 2.054 a regulamentação de uma noção particular de exposição ao perigo, limitada à colocação de um veículo em circulação. Neste caso, por haver liberdade do condutor na escolha do trajeto, a responsabilidade deve ser avaliada com rigor que o art. 2.054 comporta. Não é de se admitir a atenuação de responsabilidade e a consideração mais benévola do caso, que a presença de trilhos de rota sugere.²⁵

Segundo a interpretação dos trabalhos preparatórios do Código Civil italiano, embora não reste pacífico, essas duas normas seriam procedentes de uma mesma intenção do legislador. Talvez ter-se-ia querido que se estendesse a toda atividade suscetível de criar perigo para terceiros o regime da responsabilidade fundada na culpa presumida, organizado pela lei especial relativa à proteção das estradas e da circulação.²⁶

Adverte Hironaka²⁷ que o legislador italiano não foi muito explícito ao enunciar essa prova liberatória, restringindo-se a consignar que os danos causados no exercício de atividade perigosa devem ser indenizados, afastando tal dever, entretanto, quanto aos danos absolutamente inevitáveis. Porém, o caráter vago e ambíguo acerca da prova liberatória

²⁴ Código Civil Italiano. “Art. 2.054. “Circolazione di veicoli) Vedere anche Leggi Speciali su Assicurazioni Il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno. Nel caso di scontro tra veicoli si presume, fino a prova contraria, che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli. Il proprietario del veicolo, o, in sua vece, l'usufruttuario (978 e seguenti) o l'acquirente con patto di riservato dominio (1523 e seguenti), è responsabile in solido (1292) col conducente, se non prova che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà. In ogni caso le persone indicate dai commi precedenti sono responsabili dei danni derivati da vizi di costruzione o da difetto di manutenzione del veicolo.” “(Circulação de veículos) O condutor de veículo desprovido de trilho de livre circulação é obrigado a ressarcir o dano causado a pessoas ou coisas em razão da circulação do veículo, se não puder provar ter tentado o possível para evitar o dano. Em caso de choque de veículos presume-se, até prova em contrário, que ambos os condutores tenham concorrido em igual proporção para o dano causado pelos veículos individualmente considerados. O proprietário do veículo ou, em seu lugar, o usufrutuário (978 e seguintes), ou o adquirente com pacto de reserva de domínio (1523 e seguintes) é responsável solidário (1292) ao condutor, se não puder provar que a circulação do veículo ocorreu contra sua vontade. Em cada caso as pessoas indicadas nos tópicos anteriores são responsáveis pelos danos oriundos de eventuais vícios de construção ou defeitos de manutenção do veículo.” (Tradução livre)

²⁵ Francesco Messimeo. *Manuale*. cit., p. 606.

²⁶ Geneviève Champs. *La mise en danger*. cit., p. 19-20.

²⁷ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 304-305.

tem sido fortemente criticado pela doutrina, que recomenda uma revisão do sistema de modo a torná-lo mais claro, justo e coerente, pois, caso o agente demonstre que as medidas acautelatórias adotadas foram adequadas para evitar todos os danos possíveis, desapareceria o caráter de periculosidade da atividade, e, por via de consequência, afastar-se-ia, no caso, a aplicação do art. 2.050.

Também ressalta Venosa²⁸ que não chega o referido dispositivo ao extremo de prever uma responsabilidade sem culpa, em que pese disso muito aproximar-se. No entanto parece ter contentado em transferir o ônus da prova ao executor da atividade perigosa, encarregando-se a jurisprudência de fixar os limites de tal regra.

Para Francesco Messimeo²⁹, não teria sido adotada nem a solução da responsabilidade objetiva, nem a da responsabilidade por culpa, uma vez que o legislador optara por um princípio intermédio, mantendo-se sempre a culpa, como base da responsabilidade, pois se não apenas é posto a cargo do ofensor o ônus da prova liberatória. Isso porque, pela inversão do ônus da prova, o ofendido não está isento de provar que a atividade do ofensor é qualificada como perigosa e, além disso, demonstrará o nexo de causalidade entre tal atividade e o dano dela decorrente.

Fornece Guido Alpa³⁰ alguns elementos indispensáveis à correta exegese do art. 2.050 do Código Civil italiano. Em primeiro lugar, deixa claro tratar-se de agravamento do conceito de diligência comum além daquela esperada do *bonus pater familias*. A tal diligência, acresce-se na hipótese um dever de peculiar cautela, numa noção bem mais severa do que a ordinária.

Como já deixou-se consignado no capítulo antecedente, a noção do que seja atividade perigosa vem sendo oferecida pela doutrina e jurisprudência, assentando-se na idéia de que atividade perigosa é aquela que oferece a terceiros situação de perigo para além do normal curso da vida. Segundo Barel, Cian e Trabucchi³¹, constitui atividade perigosa aquela que importa em relevante possibilidade de verificação de dano, por sua natureza ou pelas medidas adotadas, não só em casos de ação, mas também na hipótese de dano derivado de omissão de cautelas. O juízo sobre a periculosidade vem expresso não na base do evento danoso efetivamente verificado, mas mediante uma prognose posterior, sobre a base da circunstância de fato que se apresentava no momento mesmo do exercício

²⁸ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. v. 4, cit., p. 25.

²⁹ Francesco Messimeo. *Manuale*. cit., p. 597.

³⁰ Guido Alpa. *Trattato de diritto civile*. p. 683-686, apud Erik Frederico Gramstrup. *Responsabilidade*. cit., p. 54.

³¹ Bruno Barel, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi. *Commentario*, cit. p. 2323.

da atividade, devendo ser conhecida do homem médio, ou, de qualquer sorte, devendo ser conhecida do agente em consideração ao tipo de atividade exercida.

Por força de tal princípio – ainda nas considerações dos autores italianos – o produtor que introduz no mercado uma determinada substância, tem a obrigação de verificar sua inocuidade. Portanto, a produção e distribuição no mercado de medicamento contendo gamaglobina humana, destinado à inoculação no organismo humano, constitui atividade dotada de potencial nocividade intrínseca, estando presente o risco de contágio do vírus da hepatite tipo B. Daí advém que o produtor, bem como o importador do medicamento, e mesmo o produtor da gamaglobina, para liberar-se da presunção de responsabilidade contemplada na norma, deverá fornecer a prova, particularmente rigorosa, da adoção de todas as medidas idôneas a evitar o dano, com a verificação de inocuidade do produto, pelos métodos e experimentos, análises e controles que a ciência médica fornece, não bastando, para tanto, a prova negativa de não haver cometido nenhuma violação das normas legais ou de comum experiência, mas, ao contrário, sendo necessária a prova positiva, de ter sido empregado todo cuidado e medida aptos a impedir o evento danoso.

Para Messimeo³², as figuras mais freqüentes, em que ocorreria atividade perigosa, por si ou pela natureza do meio adotado, seriam: o exercício de empresa, de moinho, de indústria insalubre ou tóxica; a condução de caldeiras ou de máquinas, acionados a vapor ou a eletricidade, as estações de distribuição de energia elétrica, o exercício de ferrovia, o fabrico de explosivos, os depósitos de gases incendiáveis (oxigênio, metano) ou de outras matérias inflamáveis (benzina, palha etc), o exercício de indústrias ou de atividades agrícolas, a organização e o exercício de atividade esportiva em geral etc. Ao invés, tem-se por não aplicável o art. 2.050 quando a administração pública causa dano a outrem, no exercício de atividade perigosa, provocada pela atividade militar de guerra, devendo-se excluir o fim utilitário próprio da administração pública.

À míngua de mais detida disciplina legal, os limites da regra em enfoque, vale dizer, o conceito de periculosidade, tem sido delineado sob o viés de dois critérios objetivos, que se fazem presentes na doutrina e jurisprudência italianas, a saber, um quantitativo e outro qualitativo.

O quantitativo preocupa-se com a elevada probabilidade de o exercício da atividade ocasionar danos, dentro de uma certa freqüência constante, superior àquela considerada geral

³² Francesco Messimeo. *Manuale*. cit., p. 596.

e inerente a toda atividade, consoante o normal curso dos acontecimentos.

Já o qualitativo encara o problema da periculosidade da atividade sob o enfoque da intensidade de ocorrência eventual do dano, e pode ser melhor deduzido da “natureza dos meios adotados”, exatamente por ter faltado, desde a vigência da norma em tela, um detalhamento mais consistente da maneira de se graduar, quando de sua aplicação em concreto, esses dois patamares analíticos do fenômeno da periculosidade da atividade danosa, que vêm geralmente sendo analisados em conjunto. Mas, não se pode olvidar da possibilidade de que uma atividade ocasione, durante um determinado período, elevada quantidade de danos, porém de pequena gravidade; igualmente pode se dar que uma atividade, em que pese a realização de riscos ser pouco elevada, suas ocorrências, não obstante eventuais e mais raras, são potencialmente muito mais graves.³³

A tal doutrina da inversão do ônus da prova, referia-se Saggio Orlando³⁴ sob o enfoque da responsabilidade do patrão por danos ocorridos a seus funcionários, no exercício da atividade laboral, segundo a qual provando o operário o dano sofrido, será necessário que o patrão prove que o fato resultou de circunstância imprevista ou força maior, ou então que foi devido à negligência do obreiro, para isentar-se de responsabilidade. Assim, o patrão que prosseguisse sem culpa mas que não conseguisse provar em juízo sua inocência, ficaria igualmente responsável, como se com culpa houvesse procedido.

Segundo Fusinato³⁵, o reiterado hábito do desenvolvimento de ocupações perigosas, a contínua e mecânica repetição do mesmo trabalho, acabam por fatalmente habituar o operário ao perigo, tornando-o insensível a este, de maneira a passar a agir de modo temerário e imprevidente, levando-o a se esquecer das mais elementares regras de prudência. E se a confiança temerária no perigo mostra-se como inevitável conseqüência do trabalho, e se há imprudência dos operários que se acha de certo modo íntima e invencivelmente relacionada com o trabalho, os infortúnios que daí derivem devem, quanto aos seus efeitos, equiparar-se àqueles que têm sua origem na indústria.

Destas observações de Fuzinato extraem-se, não só a evolução da responsabilidade sem culpa, como também a concepção econômica de risco; conceito este que envolve aqueles acidentes que, considerados isoladamente, apresentam-se como

³³ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 301-302.

³⁴ Pensamento reproduzido por José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade civil*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906, p. 45.

³⁵ Neste sentido, Cf. José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 47-48.

impossíveis de previsão ou como frutos de acontecimento fortuito ou de força maior, mas que por estarem íntima e estreitamente ligados ao exercício da indústria de onde advêm, e que considerados no conjunto dos casos e nas grandes médias, apresentam-se como efeito inafastável da própria indústria. É de boa justiça portanto, que o empresário, assim como retira proveitos dos lucros produzidos, indistintamente suporte eventuais prejuízos e perdas. Trata-se da doutrina do risco profissional, que faz derivar o dever de reparar os danos decorridos do exercício da própria atividade, e que leva ao estabelecimento de seguro pelo patrão.

Talvez a moderna tendência aponte para uma nova análise do enfoque do dispositivo, tendo-se em vista, especialmente, a busca por um critério que justifique uma responsabilidade objetiva generalizada e que não exija, a cada caso, uma consulta específica a respeito da presença ou não de uma exposição a perigo, que justifique o dever de indenizar o dano.³⁶

Neste sentido, é válido colacionar o seguinte julgado:

Responsabilità civile – Esercizio di attività pericolose. La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose rientra nelle ipotesi di responsabilità oggettiva e prescinde dalla colpa di chi ha posto in essere l'attività; tuttavia, pur in caso di mancata adozione della misure previste dalla legge o, in ogni caso, idonee ad evitare l'evento dannoso, la responsabilità va esclusa ove si accerti che il comportamento del danneggiato sia stato idoneo a interrompere il nesso eziologico tra attività pericolosa ed evento dannoso. (CASSAZIONE CIVILE III, SENTENZA 8457 DEL 04-05-2004).³⁷

Em meio a tantas controvérsias acerca da interpretação do dispositivo do Código Civil italiano, defende Hironaka³⁸ que

o evoluir jurisprudencial, então, cada vez mais, passa a registrar decisões que se expressam em termos de presunção de responsabilidade, e não presunção de culpa. Como se uma espécie de responsabilidade pressuposta, nem fundada na culpa, nem derivada no risco. Objetivada, mas com precauções.

³⁶ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade presusposta*. cit., p. 318.

³⁷ “Responsabilidade civil – Exercício de atividade perigosa. A responsabilidade pelo exercício de atividade perigosa abrange a hipótese de responsabilidade objetiva e prescinde da culpa de quem coloca outrem em situação de risco ou de perigo. Todavia, no caso de não se adotar os cuidados previstos em lei ou, ainda, atitudes para evitar o evento danoso, a responsabilidade deve ser excluída, caso se verifique que o comportamento da vítima foi capaz de interromper o nexo causal entre a atividade perigosa e o evento danoso.” (CORTE DE CASSAZIONE CIVILE III, SENTENZA 8457, DE 04.05.2004). (Tradução livre).

³⁸ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade presusposta*. cit., p. 295-296.

4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PERIGOSAS PREVISTA NO ART. 493º, 2 DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

O fato de o dever de diligência impor a observância de condutas tendentes a evitar a lesão de direito alheio – salienta Jorge³⁹ – não significa que toda e qualquer atividade, pelo único fato de caracterizar-se como perigosa, deva ser evitada em absoluto, e que sua prática importe, necessariamente, em ilicitude.

Ainda segundo Jorge, as atividades perigosas somente são proibidas quando a lei assim o preceitua. Sucede, entretanto, que a prática de tais atividades exige maiores cuidados que outras não qualificadas como perigosas.

Salienta Antunes Varela⁴⁰ que, quanto aos danos decorrentes do exercício de atividades perigosas, como no caso de fabrico de explosivos, tratamento com rádio, transporte de combustíveis, navegação marítima ou aérea, o ofensor somente poderá exonerar-se da responsabilidade, se provar ter empregado todas as providências exigidas pelas circunstâncias para evitá-los. Assim, afasta-se indiretamente, mas de maneira concludente, a possibilidade de o responsável eximir-se da obrigação de indenizar simplesmente com a alegação de que os danos ter-se-iam verificados por uma outra causa, mesmo que o ofensor houvesse adotado todas aquelas providências.

Prossegue o autor luso⁴¹, trazendo à baila a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da abrangência ou não da circulação de veículos automotores pelo rótulo de atividade perigosa disciplinada pelo art. 493º, 2 do Código português. Trata-se deveras de saber se aos acidentes provenientes de veículos automotores aplica-se a presunção de culpa estabelecida no dispositivo em questão.

Foi a doutrina da inaplicabilidade do referido dispositivo à responsabilidade civil decorrente de acidentes causados por veículos automotores, que prevaleceu na jurisprudência do Supremo Tribunal português, no acórdão de 25.07.1978 e no Assento de 21.11.1979⁴².

Mas, assim como se passa quando da interpretação do art. 2.050 do Código Civil italiano, há forte corrente doutrinária seguindo o entendimento de que o dispositivo do

³⁹ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 88.

⁴⁰ João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações em geral*. 10. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2005, p. 594-595.

⁴¹ João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações*. v. 1, cit., p. 595-597.

⁴² “O disposto no artigo 493º, nº 2 do Código Civil, diz-se no assento, não tem aplicação em matéria de acidentes de circulação terrestre”.

Código Civil português encerra, tão-somente, hipótese de responsabilidade civil subjetiva com inversão do *onus probandi*.

Para Jorge⁴³, a periculosidade pode ser fundamento do dever ressarcitório com base no risco, mas só excepcionalmente, quando a lei assim o determina, como ocorreria com o art. 502^{o44} do Código Civil português. Afora esses casos, quanto aos prejuízos advindos da prática de atividades perigosas por sua natureza, ou pela natureza dos meios empregados, segue-se a regra da responsabilidade fundada na culpa, embora, neste caso, a culpa seja presumida, impondo ao agente a prova de ter adotado todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fito de prevenir os danos, vale dizer, ter atuado com a devida diligência, conforme dispõe o art. 493^o, 2, do Código Civil luso.

Neste sentido mostra-se o julgado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, a seguir:

1 - Enquadra-se na previsão do art.º 493º, nº 2, do Código Civil – exercício de actividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios empregados – a sujeição do lesado a transfusão de sangue que se tornou necessária para debelar anemia subsequente a intervenção cirúrgica de correcção a uma fractura da tíbia.

2 - Provado que a transfusão deu causa à contaminação do lesado pelo vírus da hepatite C (VHC), o estabelecimento hospitalar não responde civilmente caso se demonstre que à data este vírus ainda não estava isolado e que todas as análises laboratoriais ao sangue transfundido para despistagem ao vírus da hepatite A e B, da sífilis e da sida produziram resultado negativo.

3 - A transfusão não é um acto ilícito se tiver sido efectuada nas condições descritas em 1) e 2), mediante a prestação de consentimento do lesado depois de informado dos riscos a ela inerentes, e após submissão do dador, devidamente identificado, a um exame preliminar. (ACÓRDÃO DE SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA N. 07A96, DE 13.03.2007).

No mesmo sentido entende Antonio Fernandes del Castillo⁴⁵, ao analisar o art. 1.913 do Código Civil mexicano, de idêntica redação, não ter acolhido a teoria objetiva, pois estabelece as exceções de “culpa ou negligência inescusáveis”, o que valeria afirmar, segundo o autor, que no dispositivo há apenas uma inversão de ônus da prova, tornando

⁴³ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaio*. cit., p. 88.

⁴⁴ “ARTIGO 502º (Danos causados por animais) Quem no seu próprio interesse utilizar quaisquer animais responde pelos danos que eles causarem, desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização.”

⁴⁵ Antonio Fernandes del Castillo. La evolucion industrial y la reparacion de daño. *Revista de derecho y ciencias sociales*. n. 28. Mexico: Jus, 1940, p. 479, apud José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 96.

excepcionalmente difícil a defesa do demandado. Preceitua o dispositivo:

Art. 1.913. Quando uma pessoa faz uso de mecanismos, instrumentos, aparatos ou substâncias perigosas por si mesmas, pela velocidade que desenvolvem, por sua natureza explosiva ou inflamável, pela energia da corrente elétrica que conduzam ou por outras causas análogas, está obrigada a responder pelo dano que causar, ainda que não aja ilicitamente, a não ser que demonstre que esse dano se produziu por culpa ou negligência inescusável da vítima.⁴⁶

Porém, a opinião de Aguiar Dias⁴⁷ é no sentido de que a teoria objetiva não se mostra incompatível com essa classe de causas escusativas. À guisa de arremate, expõe o ilustre monografista brasileiro: “e os seus autores se baseiam, precisamente, na ‘inversão da prova’, para demonstrar que a teoria da culpa, com suas sucessivas concessões a esse fenômeno, resulta, afinal, em puro disfarce da teoria objetiva”. Ocorre que, na prática, por ser tão difícil a prova escusativa, leva praticamente ao mesmo resultado pretendido pela teoria do risco.

Exemplo disso pode-se encontrar em acórdão unânime do Supremo Tribunal de Justiça português, sob relatoria de Ferreira Girão, exarado em 17.06.2004. Na oportunidade discutiu-se a responsabilidade solidária da Irmandade local e de uma seguradora, devido ao fato de a autora, menor de idade, ter sido atingida por uma labareda e faíscas decorrentes de uma largada de fogo de artifício, feita no interesse e por conta da ré, numa procissão de 13.08.1992, na romaria de São Bento da Porta Aberta.

Os fatos provados, relevantes para a solução do recurso foram os seguintes:

1º Na noite do dia 13/8/1992, no âmbito da Romaria de S. Bento, foi realizado fogo de artifício em honra de S. Bento da Porta Aberta; 2º Tal fogo de artifício teve lugar em frente do Mosteiro, em S. Bento da Porta Aberta, Terras de Bouro; 3º A mãe da autora, com a autora ao colo, encontrava-se debaixo de um abrigo; 4º A responsabilidade civil pelos danos a terceiros com o uso de fogo de artifício em todo o período compreendido entre 10 e 15 de Agosto de 1992, havia sido transferida para a Império, mediante contrato de seguro titulado pela apólice nº 91-32925; 5º O abrigo debaixo do qual a autora e a sua mãe se encontravam era localizado em frente da Casa das Velas; 6º A dado momento a

⁴⁶ “Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por si mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energia de la corriente electrica que conduzcan o por otras causas analogas, esta obligada a responder del dano que cause, aunque no obre ilicitamente, a no ser que demuestre que ese dano se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la victima.”

⁴⁷ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1. cit., p. 96.

labareda do fogo com várias faíscas atingiu a autora e sua mãe; 7º O identificado fogo de artifício foi realizado por conta, ordem e no interesse da ré Irmandade.

No relatório restou mencionado que o lançamento de fogo de artifício especificamente regulado no artigo 38 do Regulamento Sobre o Fabrico, Armazenagem, Comércio e Emprego de Produtos Explosivos, aprovado pelo DL 376/84, de 30 de novembro, é uma atividade perigosa, nos termos e para os fins do art. 493, nº2 do Código Civil. Prossegue o relator:

Dispõe o nº 2 do artigo 493 do Código Civil que quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir. Esta norma consubstancia um dos casos de presunção legal estabelecida no âmbito da responsabilidade civil extracontratual. Como é sabido, quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz - nº 1 do artigo 350 do Código Civil –, competindo-lhe apenas alegar e provar o facto que serve de base à presunção, como ensina Antunes Varela na RLJ 122º-217, onde, com a habitual clareza, dá resposta directa à questão que nos é colocada nos seguintes termos: «Desde [...] que o queixoso alegue e prove que os danos foram causados no exercício de uma actividade perigosa (por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados), a lei (art. 493.º, nº 2, do Cód. Civil) presume, a partir desse facto (base de presunção), que o acidente foi devido a culpa do agente. Para exigir a indemnização, não se torna, por conseguinte, necessário ao queixoso alegar nem provar as circunstâncias concretas do acidente, para convencer o tribunal de que o agente procedeu com culpa e é, conseqüentemente, obrigado a reparar o dano causado. Ao demandado é que cabe, pelo contrário, se quiser liberar-se da obrigação de indemnizar, o ónus de alegar e provar, nos termos da disposição legal citada, que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias para prevenir os danos ou que o acidente se deveu a culpa do lesado ou de terceiro.»

Destarte, uma vez tendo a autora alegado e provado o fato do lançamento do fogo de artifício, considerado atividade perigosa, e as lesões direta e necessariamente causadas, bem como as conseqüências danosas daí advindas, já é o bastante para se aplicar a presunção de responsabilidade prevista no dispositivo em análise.

Só poderia ter sido diferente se as rés houvessem afastado a presunção legal em apreço, alegando e provando que, no lançamento do fogo, haviam sido empregadas todas as providências exigidas pela circunstância para prevenir os danos, ou que o acidente decorreria de fato da própria vítima ou de terceiro, o que não ocorreu no caso. A suma do

julgado é a seguinte:

ACTIVIDADES PERIGOSAS – RESPONSABILIDADE CIVIL – PRESUNÇÃO DE CULPA. Na acção indemnizatória que intentou contra a entidade por conta, ordem e interesse da qual foi lançado fogo de artifício – actividade perigosa, nos termos do nº 2 do artigo 493 do Código Civil – e a respectiva seguradora, a lesada nesse lançamento, porque goza da presunção legal da culpa (do lesante, obviamente) estabelecida na norma, não necessita de identificar o fogueteiro, nem de pormenorizar as circunstâncias do acidente; basta-lhe alegar este facto e os consequentes danos. (SJ200406170016752).

Como se pôde depreender, os dispositivos do Código Civil italiano e português, apesar da grande semelhança que guardam, vêm recebendo interpretações distintas, para não dizer antagónicas.

Afinal, muito há de se investigar para que se possa chegar ao estabelecimento de uma regra segura e uniforme acerca da responsabilidade civil por actividades perigosas lícitas.

CAPÍTULO 5

O DANO DECORRENTE DE ATIVIDADES LÍCITAS E SUA REPARAÇÃO

5.1 O DANO E OS DIVERSOS SENTIDOS DO DEVER DE INDENIZAR

Segundo Geneviève Champs¹, se, por um lado a prevenção é essencial, por outro ela denota sérios limites diante de riscos cuja periculosidade não pode ser inteiramente afastada. Quando a exposição ao perigo se transforma em dano, à vítima não resta outro recurso que não as regras existentes para tentar obter a reparação dos prejuízos suportados.

Não há dúvidas de que, qualquer dano ocasionado à pessoa ou a seus bens seria um lastimável menoscabo tanto para a vítima, como para a sociedade da qual é parte. O dano implica sempre, ou quase sempre, em prejuízos econômicos, de sorte a causar diminuição da riqueza corrente no meio social, pois os braços inutilizados para o trabalho são braços retirados da cadeia de produção; os bens degradados pelo dano são bens que se furtam da massa comum, social, dos valores econômicos, todos colocados, de modo amplo, a serviço da coletividade.²

Nas palavras de Garcez Neto³, a mentalidade contemporânea não mais suporta a idéia de dano, não havendo, hodiernamente, quem se submeta, resignadamente, a um prejuízo. O homem de hoje reage de maneira bem diversa daquela que ocorria com o de outrora, pois não mais se conforma com o mal, preferindo atribuir aquele dano amargado à ação de outrem, e que portanto deve arcar com as conseqüências do evento.

Tal fato leva à verificação de que, nos dias atuais, ajuíza-se demandas que tempos atrás, a ninguém ocorreria propor. É justamente essa tormentosa questão que os juristas modernos denominam de crise da responsabilidade civil.

¹ Geneviève Champs. *La mise em danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité – analyse de droit compare*. Bruxelas: Bruylant; Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1998, p. 9.

² Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade civil e socialização dos riscos*. Belo Horizonte: Francisco Álvares, 1962, p. 263.

³ Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18-19.

Para o direito norte-americano, dano é um conceito abstrato, vago, que gera grande gama de discussão sobre sua definição, já que nenhuma definição é suficientemente compreensiva para abranger todos os prejuízos de forma que não reste totalmente sem sentido. Em que pese os países da *common law* tratem a questão do dano e da responsabilidade individualizadamente, ou seja, caso a caso de modo a carecer de um princípio geral, o único elemento caracterizador de todos os danos situa-se no fato de alguém ter suportado uma perda ou sacrifício como resultado de alguma ação ou omissão de outrem.⁴

Leciona Serpa Lopes⁵ que o dano representa, com a imputabilidade e o nexo causal, o terceiro elemento integrante da responsabilidade civil, que a faz distinguir da responsabilidade penal, já que para esta pode se concretizar sem que haja necessidade do prejuízo, como ocorre com a tentativa, punida na seara penal, mas absolutamente neutra na civil, se dela não resultar prejuízo patrimonial ao ofendido. Em verdade, para o direito penal, o fato culposos ou doloso que transgredir uma norma incriminadora, ainda que não cause dano à outrem, poderá engendrar responsabilidade penal, mas de modo nenhum poderá gerar responsabilidade civil. Isso porque, nas palavras de Luiz Roldão⁶, a reparação civil procura, tanto quanto possível, reintegrar o prejudicado naquela situação patrimonial anterior em que se encontrava, ao passo que a sanção penal nenhuma possibilidade de recuperação patrimonial oferece, preocupando-se esta, tão-somente com o restabelecimento da ordem social ao *status quo*.

Leciona Fernando Jorge⁷, que a responsabilidade civil surge somente no campo dos deveres cuja violação mostre-se suscetível de gerar prejuízos, excluindo-se, portanto, os deveres cuja omissão, por natureza ou pelo próprio sistema jurídico, nunca dá ensejo ao aparecimento de danos reparáveis. Compreendem-se nesta categoria alguns deveres de caráter público, como o de prestar serviço militar, deveres impostos com intuito meramente preventivo como condição do exercício de certa atividade, *ad instar* do que se passa com o dever de não conduzir veículo automotor sem regular habilitação. No campo do direito

⁴ Edward J. Kionka. *Torts*. 3. ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 1-2.

⁵ Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. 5. ed. v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 222. Em que pese o autor, na referida passagem de sua obra, referir-se à responsabilidade subjetiva, ao empregar o termo “imputabilidade”, entendemos válida mencioná-la pois, em se tratando de responsabilidade objetiva, basta desconsiderar-se o elemento “imputabilidade”.

⁶ Luiz Roldão de Freitas Gomes. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 25.

⁷ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 283-284.

privado, há também deveres que não dão lugar à responsabilidade civil, como freqüentemente ocorre no setor familiar.

Ainda nas preclaras lições do mestre luso⁸, a ofensa apresenta-se de duas formas fundamentais, a ofensa-lesão e a ofensa-perigo. A ofensa-lesão traduz-se na desvinculação efetiva do bem à satisfação do interesse. Já a ofensa perigo constitui apenas uma ameaça de lesão, pois o titular de uma situação vantajosa não é efetivamente despojado do bem jurídico ou impedido de utilizá-lo, mas cria-se o risco sério de tal vir a suceder, como no caso de o dono de um prédio ver desencadear-se um incêndio no prédio vizinho, que ameaça propagar-se ao seu.

Assim – ainda segundo Fernando Jorge –, a instalação de uma fábrica de explosivos junto a um prédio urbano representa ofensa-perigo para sua utilização para fins de habitação, mas já pode constituir ofensa-lesão quanto à sua utilização para locação ou venda, pela diminuição de valor ocasionada.

Portanto, a diferença entre ofensa-lesão ou simplesmente lesão, e ofensa-perigo é de extrema relevância para o domínio da responsabilidade civil, que necessariamente pressuporia a prática de um ato ilícito ou atividade lícita, porém causadora de dano ao titular de um direito.

Daí extrai-se que para que um fato doloso ou culposos, comissivo ou omissivo, gere responsabilidade na órbita civil é imprescindível que cause dano a outrem. A existência de um fato emanador de efeitos na esfera civil que não implicar em dano não interessa ao direito civil.

Na definição de Agostinho Alvim⁹,

dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, economicamente apreciáveis.

Neste sentido, leciona Trabucchi¹⁰, que dano ressarcível é a lesão de um interesse, direta ou indiretamente patrimonial; aqui, compreende-se não somente a destruição de uma

⁸ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaio*. cit., p. 291-292.

⁹ Agostinho Alvim. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 172.

¹⁰ Alberto Trabucchi. *Instituciones de derecho civil*. v. 1. Tradução de Luis Martinez-Calcerrada, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1962, p. 226.

coisa, mas também a lesão da integridade física ou moral de uma pessoa, pois a consideração normal do objeto ressarcível forma-se por uma valoração em termos econômicos.

Entretanto, não é necessário que o prejuízo seja atual, podendo ser ressarcido o dano futuro, desde que certo, tomando-se em consideração o desenrolar dos fatos, como na hipótese de moléstia causada aos habitantes de certa localidade, em decorrência do funcionamento de uma serralheria ali instalada.¹¹

Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.

Segundo o direito francês¹², a reparação mede-se pela extensão do dano, devendo ser integral. A jurisprudência aplica à responsabilidade *delitual* a regra do art. 1.151¹³, relativa à responsabilidade contratual, já que é necessário que se observe um liame de causalidade entre a culpa e o dano.

Observe-se outrossim que, em relação ao princípio geral de responsabilidade civil subjetiva, houve uma alteração de redação do art. 186 do Código Civil de 2002, em comparação com a do art. 159 do Código Civil de 1916. O texto anterior, ao prever o dever de reparação, valia-se da conjunção alternativa **ou** “*violar direito ou causar prejuízo a outrem*”, já o atual dispositivo vale-se da conjunção aditiva **e** “*violar direito e causar dano a outrem*”.

Pondera Venosa¹⁴ que, apesar da celeuma que a princípio tal modificação tenha causado, não parecem existir diferenças semânticas entre ambos os dispositivos. Isso porque, no uso vernacular, às vezes a conjunção alternativa **ou** pode ser empregada no sentido aditivo **e**, e vice-versa. Além disso, sem a existência de efetivo prejuízo, ainda que de cunho exclusivamente moral, não haverá indenização.

¹¹ Louis Jossierand. *Derecho civil*. v. 1. Tradução de Santiago Cunchilos y Manterota. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 327-328.

¹² Marcel Planiol, Georges Ripert e Jean Boulanger. *Traeté Elementalre de droit civil*. 2. ed. t. 2. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1950, p. 395-396.

¹³ Código Civil francês: “Article 1.151: Dans le cas même où l’inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre 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’inexécution de la convention.” “Em caso de inexecu o da conven o resultante de dolo do devedor, as perdas e danos somente devem compreender a perda que tenha sofrido o credor e o ganho que fora privado, que se houveram produzido como consequência imediata e direta do incumprimento do acordo.” (Tradu o livre).

¹⁴ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. 5. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2005, p. 15.

Nas observações de Inacio de Carvalho Neto¹⁵

a lei fala agora em violar direito e causar dano, ao contrário do Código de 1916, que estabelecia disjuntiva entre esses dois fatores. E acertou o novo Código, pois não basta a violação do direito para gerar a obrigação de indenizar. Não há obrigação de indenizar sem dano, pelo que a disjuntiva não era correta.

A doutrina é uníssona quando apregoa a impossibilidade de haver responsabilidade sem dano, exatamente pelo fato de a responsabilidade civil resultar em dever de ressarcir, o que não poderia concretizar-se onde nada há o que reparar.

De outra sorte, no ordenamento jurídico italiano, segundo o art. 2.043 de seu Código Civil, o elemento “prejuízo” do ato ilícito é acompanhado da adjetivação “injusto”. Deste modo, dispõe o art. 2.043¹⁶ que “Qualquer ato doloso ou culposo que ocasione a outrem um *prejuízo injusto*, obriga aquele que praticou o ato a indenizar o prejuízo”. (sem grifos no original).

Neste sentido discorre Aguiar Dias¹⁷ sobre a necessidade de se estabelecer o dever de reparação frente à causação de um dano injusto, e não simplesmente frente à mera verificação do liame de causalidade, sob pena de tornar-se a vida em sociedade insuportável. Isto porque,

o comerciante melhor aparelhado prejudica a seus concorrentes; o cidadão que procura casa e que, por suas relações com o proprietário do imóvel, obtém o apartamento vago, prejudica o pai de família vítima da crise de habitação; o aluno que obtém um prêmio lesa os colegas; o bispo que condena o mau livro prejudica seu autor; o educador que proíbe o cigarro aos alunos prejudica o negociante do fumo.

Daí concluir-se que, somente do prejuízo injusto é que surge responsabilidade civil, e em sua decorrência o dever de indenizar, em que pese o direito brasileiro não adjetivar tal dano, como o fizera o italiano, por exemplo.

¹⁵ Inacio de Carvalho Neto. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006, p. 414.

¹⁶ Código Civil italiano: “Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185).” “Ressarcimento por fato ilícito. Qualquer fato doloso ou culposo, que cause a outrem dano injusto, obriga quem o cometeu a ressarcir o dano.” (Tradução livre).

¹⁷ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 59-60.

Se é pacífico o entendimento de que o ato ilícito é aquele contrário ao direito, que o campo da ilicitude é delineado pela violação de um dever jurídico, que o agente do ato ilícito deve ser capaz e imputável por envolver sempre um juízo de reprovação, casos há em que o dever de reparação surge também para aquele que atuou dentro da mais estrita legalidade.

Ao falar-se de reparação de danos por parte do civilmente responsável, há que se levar em conta os possíveis sentidos atribuídos ao dever reparatório.

Recentemente forma-se entendimento jurisprudencial, mormente em sede de dano moral, no sentido de que a indenização pecuniária não apresenta apenas cunho de reparação do prejuízo, mas também apresenta caráter punitivo, pedagógico e repressor, pois a indenização não apenas repara o dano procurando repor o patrimônio da vítima ao *status quo*, mas também atua de forma educativa para o ofensor e a sociedade e intimidativa para evitar danos futuros.¹⁸

Ripert¹⁹ traça interessante paralelo entre a fraude e os sentidos do dever de reparação. Segundo o autor francês, para prevenir-se a fraude, basta que se dêem como ineficazes os atos assim praticados, assegurando-se ao lesado, por meio da ação de nulidade, simultaneamente a repressão e a reparação. Todavia, há casos em que a nulidade não ofereceria resultado prático, quando o ato que se pretende anular já houvesse surtido efeitos irreparáveis, sendo mesmo impossível em relação a fatos materiais prejudiciais que se não pode desfazer. Indaga-se então, se contentar-se-ia o direito civil com as hipóteses de reparação civil baseadas no princípio geral de responsabilidade subjetiva previsto no art. 1.382 do Código Civil francês, no art. 159 do anterior Código Civil brasileiro, e no art. 186 do Diploma atual, capazes de conduzir senão a uma satisfação inadequada em relação ao prejuízo causado.

O que se perquire com isso é se, quer frente à ação de nulidade, quer frente à de reparação, deveria o direito civil desinteressar-se da culpabilidade no aumento do ato ou do fato para preocupar-se, tão-somente, com o prejuízo causado ao ofendido? Apesar da separação entre sanção civil e penal, às vezes o direito civil, *mutatis mutandis*, recorre ao auxílio da sanção penal, como ocorre com a restrição de liberdade do inadimplente devedor de alimentos e com o infiel depositário.

¹⁸ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. v. 4, cit., p. 33-34.

¹⁹ Georges Ripert. *A regra moral nas obrigações civis*. 3. ed. Tradução de Osório Oliveira. Campinas-SP: Bookseller, 2002, p. 329-330.

Isto posto, conforme salienta Rubens Marin²⁰, em obra coletiva em homenagem à professora Giselda Hironaka,

três são os sentidos mais facilmente identificáveis no instituto da responsabilidade civil: (I) o sentido compensatório, que compreende a simples reparação do dano; (II) o sentido pedagógico, que visa educar e inibir a incidência de atos de natureza lesiva; e por fim (III) o sentido punitivo, que objetiva impor uma pena ao autor da ação lesiva.

5.1.1 Sentido compensatório

Vê-se que o principal sentido em que a responsabilidade civil é aplicada é o compensatório, visando, a partir da fixação de uma indenização em dinheiro, proporcionar uma compensação à vítima pelos danos sofridos.

Ressalta Silvio Rodrigues²¹ que “indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima cobrindo todo o dano por ela experimentado. Esta é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima”.

Das claras lições de Aguiar Dias²², extrai-se que, de duas formas pode se processar o ressarcimento do dano.

A primeira delas é pela reparação natural – *in natura* – que corresponderia melhor ao intento de restaurar as coisas ao estado anterior. Esta reparação pode ser material ou econômica. Será material, quando consistir na entrega do próprio objeto, como no exemplo do criado que permite o furto de uma jóia e depois a recupera, restituindo-a ao dono. Será econômica quando, em que pese o objeto restituído ser outro, é da mesma espécie daquele deteriorado.

Já a indenização pecuniária, de caráter subsidiário, mostra-se mais freqüente, dadas as dificuldades práticas da reparação natural, em face das circunstâncias e da impossibilidade de rigorosamente se restabelecer a situação vigente anteriormente ao evento danoso.

²⁰ Rubens Leonardo Marin. Dos sentidos da responsabilidade civil no código civil de 2002, e sua correlação aos tipos. In: *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial - estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 425.

²¹ Silvio Rodrigues. *Direito civil*. 20. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185.

²² José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 2. cit., p. 845-846.

Defende a doutrina, sem maiores oposições, que a indenização deve ser fixada num montante tal que seja capaz de compensar os prejuízos causados, sem contudo mostrar-se excessiva de sorte a proporcionar enriquecimento injusto à vítima.

Neste sentido defende o art. 944 do Código Civil que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, autorizando que o magistrado, em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduza equitativamente a indenização.

Todavia, Aguiar Dias²³, ao comentar o art. 946 do então Projeto, que resultou no art. 944 do atual Código, afirma que tal regra pecaria por falta de mais cuidadosa atenção, pois dispõe que a indenização se mede pela extensão do dano, significando que não seria o grau de culpa que influenciaria na avaliação. Entretanto, no parágrafo único, manda que se reduza a indenização, em caso de excessiva desproporção entre a culpa e o dano.

Neste sentido, lecionam os irmãos Mazeaud²⁴ que a extensão da reparação deve corresponder à importância do dano, que deve ser mensurado tendo-se em consideração o prejuízo experimentado pela vítima, e não considerando-se a culpa do ofensor, a menos que se trate de danos morais. A gravidade do desvalor da conduta deve restar sem influência sobre o montante dos danos, pois o juiz que condena o responsável, não o impõe uma pena, mas obriga-o a reparar um dano.

Essa indenização, como se pode depreender, visa retornar os fatos, tanto quanto possível, ao *status quo ante*.

O sentido compensatório da responsabilidade civil restringe a preocupar-se com o dano e sua composição, portanto aplicando-se a todos os fatos danosos dos quais surge o dever ressarcitório, seja por ato ilícito ou lícito, por atividades perigosas, por fato da coisa ou de terceiro etc.

²³ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1, cit., p. 45.

²⁴ Henri, Leon e Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*. 2. ed. t. 3. Paris: Montchrestien, 1963, p. 570.

5.1.2 Sentido pedagógico

Este viés da responsabilidade civil pode ser encarado por dois ângulos distintos, mas correlatos entre si. O cunho pedagógico da responsabilidade civil pode ser analisado individualmente, vale dizer, apenas em relação ao agente causador do dano, e coletivamente, como forma de prevenir a coletividade, genericamente considerada, da proliferação de condutas análogas, nela encetando a consciência geral de que aquele que causar danos fica obrigado a indenizar.

Analisando-se pelo viés individual, a responsabilidade civil tem por fim disciplinar a conduta do próprio agente do ato danoso e, por conseguinte, a comunidade, por efeito demonstrativo, de modo a inibir a prática de novos atos deste jaez, indesejáveis pela coletividade.

A reprovação daquela modalidade de comportamento, asseverando o princípio *neminem laedere*, constitui-se em verdadeiro exemplo ao causador do dano e aos demais componentes da sociedade que, ao tomarem conhecimento da atuação estatal sobre o responsável, certamente preocupar-se-á em adotar comportamento tal de modo a evitar incidir nas mesmas sanções que outrora recaíram sobre um de seus pares.

Todavia, em algumas hipóteses, restaria inexplicado o sentido educativo da indenização caso fosse encarado apenas pelo viés individualista. É que, em sede de responsabilidade subjetiva, exige-se do agente, além de conduta e ato lesivo, o chamado nexo de imputação ou imputabilidade.

Via de regra, se no momento da prática do ato ensejador de responsabilidade civil o agente não tivesse condições de entender o caráter ilícito da conduta, não pode ser responsabilizado. Assim é que se pode estar diante de um dever de indenizar sem que haja culpa ou mesmo ilicitude no comportamento do responsável.

Segundo o que dispunha o art. 156²⁵ do Código Civil de 1916, o menor relativamente incapaz, portanto aquele que contava com idade superior a 16 e inferior a 21 anos, equiparava-se ao maior, quanto às obrigações resultantes da prática de atos ilícitos, em que houver obrado com culpa.

²⁵ Código Civil de 1916: “Art. 156. O menor, entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, equipara-se quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos em que for culpado.”

Observava-se uma equiparação do menor ao maior, com o escopo de proteger o interesse público, sem prejuízo da responsabilidade solidária do representante legal, fundada na *culpa in vigilando*.²⁶

Segundo Antunes Varela²⁷,

nota-se na vasta literatura jurídica sobre a matéria uma acentuada divergência de orientação entre os autores que, fiéis às linhas mestras do pensamento clássico, persistem em filiar a responsabilidade extracontratual na idéia da culpa (doutrina da responsabilidade subjectiva) e aqueles que, pelo contrário, tendem a desprender-se cada vez mais desse pressuposto individual, para olharem de preferência à necessidade ou conveniência social de reparar o dano sofrido pelo lesado (teoria da responsabilidade objectiva), desde que este não tenha agido com culpa grave ou com dolo. A tendência dos últimos tratadistas é toda orientada no sentido de ampliar o domínio da responsabilidade fundada no risco e na prática de factos lícitos que, aproveitando a determinadas pessoas, causem prejuízo a outrem. E pretendem ainda estimular a ampliação dos seguros sociais, capazes de promover à reparação dos danos provenientes de actos (humanos) não culposos e de circunstâncias fortuitas ou de força maior ou dos casos em que o autor do facto ilícito danoso seja desconhecido ou careça de meios para pagar a reparação.

5.1.3 Sentido punitivo

Trata-se do sentido da responsabilidade civil cuja aceitação é mais controversa, vez que propugna, prioritariamente, por uma sanção simplesmente punitiva, afastando-se daquela idéia de simples reparação do dano.

Sua finalidade é punir, castigar civilmente o autor da conduta danosa.

Segundo a doutrina francesa da condenação exemplar²⁸ – *condamnations exemplaires* – a condenação é dita *exemplar* quando é pronunciada para reprimir o ato cometido sem que haja algum nexó entre a extensão do dano e o montante da reparação. Isso somente pode ocorrer em dois casos opostos: a) se os danos acordados são superiores ao prejuízo causado, haveria uma pena privada quando, por exemplo, a condenação é

²⁶ Maria Helena Diniz. *Código civil anotado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 167.

²⁷ João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações em geral*. 10. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2005, p. 523-524.

²⁸ Marcel Planiol et ali. *Traité*. t. 2. cit., p. 396-397.

fixada no dobro do prejuízo. Pode-se trazer à lume os casos em que a lei fixa por si mesma o montante dos danos, ou, pelo menos, assinala um mínimo; b) o juiz não pode fixar à vítima uma quantia superior àquela que está sendo demandada. Ocorre algumas vezes que o demandante reclama 1 Franco de indenização, para mostrar seu desinteresse pecuniário na causa. Ocorre, outrossim, que o juiz, estimando que o prejuízo é puramente moral, querendo pronunciar apenas uma condenação legal, fixa ele próprio, em 1 Franco, o montante dos danos.

Para que se possa perceber com maior clareza a dificuldade do problema – salienta Ripert²⁹ – é preciso que se traga à lume hipóteses em que o prejuízo pecuniário inexistente, como nos casos de se atingir a afeição de uma mulher ou de um filho, quando a pessoa morta era um rico ocioso ou que estava somente a cargo de sua família, quando houver ataque às convicções religiosas e injúrias sem conseqüências para a reputação do ofendido. Nesses casos, a ação da vítima é toda voltada para o desejo de se obter uma punição para o ofensor, afastando-se daquela idéia de reparação trazida pelo art. 1.386 do Código Civil francês, correspondente ao art. 186 do atual Código Civil brasileiro.

Neste diapasão, este sentido da responsabilidade civil pode ser aplicado às condutas culposas e, com rigorosa prudência, àquelas atividades consideradas de risco.

Uma das mais fervorosas críticas que se coloca contra esse aspecto da responsabilidade, reside no fato de se querer assemelhar a sanção civil à penal, sem que se observe o princípio *nula poena sine lege previa*.

Se a responsabilidade tivesse caráter de sanção, em princípio nasceria imediata e necessariamente da prática do ato ilícito, ainda que não houvesse prejuízo. Tal conclusão – afirma Jorge³⁰ – além de contrária à lei e ao entendimento geral da doutrina, seria ininteligível, pois se a responsabilidade civil, por definição, consiste no dever de indenizar prejuízos, não se lhe pode imaginar sem este; se a responsabilidade desempenhasse exclusivamente função punitiva-preventiva, forçoso seria admitir sua aplicação em caso de tentativa de lesão ou de lesão frustrada, em termos análogos aos que aparecem no direito penal, bem como devia ser oficiosa a respectiva ação.

Por este viés, poder-se-ia inclusive afirmar haver no ordenamento brasileiro, reiteradas decisões judiciais fixando indenizações conducentes ao enriquecimento ilícito da

²⁹ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 338.

³⁰ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaio*. cit., p. 48-49.

vítima, sob o fundamento de aplicar-se ao ofensor sanção condizente com a gravidade de seu comportamento.

Algumas decisões, preocupando-se com a justiça da emanção da prestação jurisdicional, têm fixado um *quantum* indenizatório compensatório e um outro punitivo, destinando-se este último a instituições beneficentes atuantes em prevenção de atos danosos.

À guisa de arremate, Algumas diferenças podem ser levantadas entre o caráter punitivo e o caráter ressarcitório ou reparatório da responsabilidade civil. Enquanto que a pena – caráter punitivo – tem em vista a culpa do infrator, não se preocupando com a existência de prejuízo, cogita, tão-somente, da imposição do mal ao seu causador; ao passo que a indenização – caráter reparatório – atende ao intento de reparação do dano, não se compreendendo se este não existir, medindo-se em sua função. Observa-se ainda que a pena é sempre conseqüência de delito, ao passo que, dentre as diversas causas de indenização, o ato ilícito é apenas mais uma.³¹

5.2 A IDENTIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL PELO DEVER DE REPARAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DE ATIVIDADES PERIGOSAS LÍCITAS

De início, prevalecia a idéia de solidariedade do grupo, num regime de justiça cujo objetivo era a simples manutenção do equilíbrio rompido com o dano, bastando, para tanto, a lei da compensação. Nesta época, a distinção entre fato voluntário e involuntário era de toda supérflua, inexistindo preocupação quanto à imputabilidade do agente ou à responsabilidade individual. Com o abandono noxal que se operou significativa transformação, de sorte a substituir um sistema político por um outro, de caráter jurídico. Destarte, com essa nova concepção, vencida restaria aquela velha e ultrapassada lei da solidariedade, deslocando-se a responsabilidade do grupo para direcioná-la unicamente ao indivíduo causador do dano, que então deveria suportá-la, sem a solidariedade dos demais componentes.³²

Com isto, o responsável passou a entender justo o dever a ele imputado, quando realmente fosse o causador do dano, sem que tal, igualmente, pesasse sobre os demais membros de seu clã.

³¹ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 2. cit., p. 859-869.

³² Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso*. v. 5. cit., p. 164-165.

Percebe-se, então, que a inserção da noção de culpa como fundamentação da responsabilidade civil liga-se intimamente ao deslocamento da responsabilidade solidária, que pesava indiscriminadamente sobre todos os membros do grupo, para a idéia de responsabilidade individual, subjetiva e afastada em decorrência de eventos fortuitos ou de força maior.

Entrementes, a atual tendência da responsabilidade civil é retornar às suas origens, de sorte a assumir, cada vez mais, um caráter solidário e desprendido da boa ou má intenção do ofensor.

Mais importante do que se saber quem é o culpado, problemática é a questão de se identificar a quem o dano deve ser imputado. Ao contrário do raciocínio tomado pelos redatores do Código Civil de 1916, a vida em sociedade tornara-se cada vez mais conflituosa e prejudicial, avultando de importância a questão de saber-se a quem o dano deve ser imputado, se à vítima ou ao seu autor. Repartir os riscos significa, de certa feita, determinar quem deve suportá-los. A chave para esta indagação tem sido dada com base em regras de equidade, colocando o fundamento da responsabilidade menos no indivíduo e mais na sociedade.³³

Assim tem-se que a responsabilidade decorre, não pelo fato de considerar-se um indivíduo livre por natureza, mas porque a sociedade considera justo torná-lo responsável, na medida em que o faz suportar as conseqüências do dano.

O desenvolvimento do seguro de responsabilidade civil, e mais recentemente o da seguridade social, dando ensejo, via de conseqüência, à coletivização e a socialização dos riscos, corroboram o supra-exposto. No caso do seguro de responsabilidade, a culpa do indivíduo torna-se cada vez mais despicienda, vez que à seguradora cabe ressarcir à vítima dos danos causados, pouco importando a caracterização do comportamento de seu segurado/responsável; e no caso da seguridade social, o Estado é quem promove a indenização e assistência das vítimas, sem que busque imputar tal responsabilidade a qualquer sujeito especificamente considerado.³⁴

Em Portugal³⁵, os modernos autores e alguns projetos legislativos mais avançados, demonstram a tendência de socialização dos riscos ou de comunizarem-se os danos em caso de acidentes de aviação, assegurando-se, deste modo, a indenização devida ao lesado, não só

³³ Alberto do Amaral Júnior. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993, p. 73.

³⁴ Alberto do Amaral Júnior. *Proteção*. cit., p. 73.

³⁵ João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações*. v. 1. cit., p. 635.

quando o acidente seja devido ao caso fortuito ou à força maior, portanto estranhas ao funcionamento do meio de transporte, mas também aqueles em que o responsável não seja conhecido, ou em que o sendo, não possua meios para fazer frente à sua responsabilidade. Neste caso, em princípio o responsável seria o Estado, assistindo-lhe, entretanto, direito de regresso nos casos em que houver culpado e este possuir meios para responder.

5.3 SOCIALIZAÇÃO DO RISCO E SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

5.3.1 Conceito

Nas límpidas lições de Silvio Rodrigues³⁶,

o extraordinário desenvolvimento dos seguros propiciou o surgimento de infinitas modalidades de negócios, não havendo leviandade em afirmar, em nossos dias, que praticamente todos os riscos são suscetíveis de ser assegurados.

Exemplo disso é o seguro de responsabilidade civil em decorrência de danos causados por segurados contra terceiros que, sem precedente no Código Civil de 1916, é previsto pelo vigente Diploma, em seu art. 787 e §§. Na dicção do *caput* do art. 787, “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.”

O seguro de responsabilidade civil, como garantia de reparação civil, é contrato pelo qual o segurador garante ao segurado, mediante prestação de prêmio por parte deste àquele, o pagamento de verba indenizatória a um terceiro ou ao próprio segurado. Tal obrigação decorre da verificação de um fato gerador danoso ao segurado e/ou a terceiros, previamente definido e que, quando verificado, acarreta ao segurador a obrigação de ressarcir-lo dentro dos limites previamente estipulados.

Tomado na dicotomia seguro de pessoas versus seguro de danos, a natureza jurídica do seguro de responsabilidade civil enquadra-se nesta última, não obstante haver

³⁶ Silvio Rodrigues. *Direito civil*. v. 3. cit., p. 335.

quem o considere um *novus genus*, distinto dos tradicionais seguros de danos e seguros de pessoas. Isso porque, o seguro de responsabilidade visa assegurar a reparação de danos advindos dos riscos de determinadas atividades ou de situações jurídicas das quais possam advir o dever de reparação por parte do segurado. Assim é que, *verbi gratia*, num acidente automobilístico em que o motorista atropela um transeunte, segurado é o proprietário do veículo e não o próprio veículo. Há que se esclarecer que, enquanto as demais modalidades de seguro garantem direitos, o seguro de responsabilidade garante obrigações.

Essa modalidade de seguro não era prevista pelo Código Civil de 1916 por, na época, ser muito pouco difundida, bem como pelo fato de considerar-se imoral a possibilidade de alguém transferir para uma companhia seguradora a obrigação de indenizar.

Segundo Ripert³⁷, a jurisprudência francesa não admitiu a validade do seguro de responsabilidade em caso de dolo ou culpa do agente. Neste sentido, a lei francesa de 13.07.1930, no § 2º de seu art. 12, dispõe que o segurador não responde por perdas e danos provenientes de culpa ou dolo do segurado, não obstante haver convenção em contrário, o que faz com que se mantenha a responsabilidade necessária à moralidade das ações.

5.3.2 Natureza jurídica do seguro de responsabilidade no direito brasileiro

O novo Código Civil contemplou o seguro de responsabilidade como subespécie da espécie *seguro de danos*, ao discipliná-lo na Seção II – Do Seguro de Dano, do Capítulo XV – Do Seguro, do Título VI – Das Várias Espécies de Contrato, do Livro I – Do Direito das Obrigações, de sua Parte Especial.

O seguro de responsabilidade civil livra o responsável do dever de reparação do dano, atribuindo-lhe ao segurador. Destarte, a vítima tem aumentada suas expectativas de reparação. Segundo dispõe o Código Civil, em seu art. 787 “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiros.”

Assim é que se pode considerar o seguro de responsabilidade civil como espécie do gênero *seguro*, uma vez que aquele possui definida a natureza da responsabilidade segurada, a determinação do sinistro indenizável e a verificação do evento provocador.

³⁷ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 244.

Outra particularidade acerca do seguro de responsabilidade civil, analisado em relação àquele *contrato geral de seguro*, reside na eliminação da controvérsia acerca da ação direta conferida ao terceiro para haver da seguradora a indenização que lhe é devida pelo segurado.

É que em sede de seguro de responsabilidade, o beneficiário é terceiro indeterminado que, ao ser identificado, adquire direitos por força de um contrato firmado entre segurador e segurado, sem que, para tanto, se lhe exija nenhum ato posterior além da prova do dano sofrido e da identificação de seu causador. Então, o terceiro lesado pode exigir a indenização da seguradora sem sujeitar-se a contraprestações. E do mesmo turno, é reconhecido ao segurado promissário o direito de exigir da seguradora a reparação do dano sofrido pelo terceiro.

Aí está o interesse do promissário segurado em efetuar tal espécie de contrato, pois assim procedendo, em que pese ser o causador do dano, corre contra o segurador o dever de indenizar.

Pelo fato de a indenização ser paga a um estranho ao contrato, há quem considere tal contrato como estipulação em favor de terceiros. Mas de tal entendimento aqui não se compartilha, pois o terceiro de todo modo teria direito à indenização pelos danos sofridos. Porém, por força de contrato entre segurado e segurador, e com o intuito de facilitar o recebimento da indenização pelo terceiro, a reparação será feita pelo segurador e não pelo causador do dano (segurado).

5.3.3 Fundamentos do seguro de responsabilidade civil

A idéia de seguro social surge do entendimento europeu segundo o qual a proteção social seria um dever da sociedade como um todo, apresentando o caráter de solidariedade até hoje vigente, pelo qual todos contribuem para que os necessitados de amparo possam tê-lo. Esta noção é fundamental para a compreensão do chamado seguro social, vez que se não fosse o caráter de proteção de todos por todos, mediante cotização

geral dos riscos entre os componentes da sociedade, não se chegaria a conceitos tais como o de previdência social.³⁸

Em uma sociedade fundada na divisão de trabalhos, os riscos inerentes às atividades de cada qual, por todos deveriam ser suportados, vez que a vítima não poderia restar desamparada em decorrência de eventos cuja verificação não deflui de culpa de quem quer que seja.

Admita-se, por exemplo, que tenha havido a explosão de uma máquina que, ao espalhar, com seus estilhaços, a morte, quem por tais danos deveria responder, se todas as possíveis cautelas houvessem sido adotadas tanto na construção quanto no funcionamento daquele equipamento? Se de tudo se fez na ampla conjuração dos perigos atinentes a um tal organismo perigoso, e ainda assim eventos danosos se verificaram, poder-se-ia concluir que por tais ninguém seria responsável? Seria justo que toda aquela coletividade, que se beneficiara dos potentes meios de produção de riqueza, nada despendesse para o ressarcimento dos danos advindos do exercício de atividades perigosas, cujos bônus são repartidos a todos?³⁹

Salienta Noronha⁴⁰ que, se o Código Civil de 1916 condensou uma evolução multimilenar, consagrando soluções consideradas as mais perfeitas para a época do início de sua vigência, verdade é que, em poucas décadas, deixaram elas de atender proficuamente as necessidades sociais.

Aquelas concepções, então vigentes no século XIX, sofreram bruscas alterações no decorrer do século XX, entrando a sociedade num veloz processo de transformação dantes desconhecido, rapidamente fazendo anacrônico o regime jurídico instituído em 1916 e que começou a vigor no ano seguinte.

Com o advento da Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra no século XVIII, agravou-se a exposição das pessoas a situações de riscos outrora desconhecidos. Deste modo, fez-se necessário um maior desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil, com flexibilização da adoção da teoria da responsabilidade subjetiva dominante no século XIX, para, em poucos e determinados casos, aplicar-se a teoria da responsabilidade civil objetiva. Só assim foi possível oferecer alguma proteção jurídica aquelas vítimas de fatos danosos, que

³⁸ Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari. *Manual de direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. Disponível em: <<http://www.ltrdigital.com.br>>, n. 15.

³⁹ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 290.

⁴⁰ Fernando Noronha. *Direito das obrigações*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 536.

ficavam na contingência da irressarcibilidade pelas dificuldades de se demonstrar a culpa do causador do dano, pressuposto inafastável da responsabilidade subjetiva.

Ressalta Noronha⁴¹ que o crescimento da responsabilidade civil, devido à Revolução Industrial, manifesta-se mediante um triplo fenômeno, que pode ser denominado de *expansão dos danos sucessíveis de reparação, objetivação da responsabilidade e sua coletivização*.

Prossegue aludindo que o fenômeno da ampliação dos danos sucessíveis de reparação traduz-se essencialmente, ainda que não exclusivamente, na extensão da obrigação de se indenizar os danos extrapatrimoniais e na tutela dos danos transindividuais, correspondendo os dois aspectos à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente possível.

Por sua vez, o fenômeno da objetivação consiste no progressivo distanciamento desta com relação ao princípio segundo o qual não há responsabilidade sem culpa.

Essa objetivação tem como resultado o trespasse da responsabilidade, do plano individual para o coletivo, ou seja, para coletivizá-la, fazendo com que ela remonte do autor individual do dano ao organismo ao qual pertence. Assim, a responsabilidade dos membros de uma escola pública, é tomada, em certo modo, pelo Estado; certos danos causados por um notário, nesta qualidade, a seus clientes, serão imputados ao corpo notarial que, em seu conjunto, haverá de responder pelas faltas de seus membros.⁴²

Nas lapidares lições de Silvio Rodrigues⁴³, a excessiva severidade dos tribunais, na admissão do caso fortuito como exonerador de responsabilidade, principalmente em um país como o Brasil, em que o seguro de responsabilidade é pouco difundido, pode aumentar enormemente o número de casos em que o agente, embora agindo sem culpa, causa dano a outrem e é obrigado a indenizar. Tal solução, como já foi apontado, em muitos casos apenas transfere a desgraça da pessoa da vítima para a pessoa do agente, este também inocente e desmerecedor de tão pesada punição.

Na preclara síntese de Wilson Melo da Silva⁴⁴,

⁴¹ Fernando Noronha. *Direito das obrigações*. v. 2. cit., p. 540.

⁴² Louis Josserand. *Derecho civil*. v. 1. cit., p. 301.

⁴³ Silvio Rodrigues, *Direito civil*, v. 4, cit., p. 176.

⁴⁴ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 293.

a corrente da socialização do direito não se alicerça em fantasia, mas na realidade. A sociabilidade humana, viu-se, é um fato comprovado sob todas as luzes. Deflui da natureza do homem. E, por isso, teorias jurídicas que não partissem de um tal suposto, seriam teorias que se firmassem em errôneas premissas. E quem se apóia no equívoco só pode mesmo chegar a resultados enganosos e falsos.

Isso porque, as soluções oferecidas pela teoria da culpa são individualistas, além do que, se não lhe pode negar o valor de um princípio, é falha quando erigida, isoladamente, como o único princípio de imputação de responsabilidade civil.

Os regimes atuais de responsabilidade objetiva podem coexistir com o mecanismo do seguro. A passagem de uma responsabilidade fundada na culpa para uma responsabilidade objetiva é fruto do princípio segundo o qual a riqueza obriga – *la richesse oblige* – o qual supõe que a proteção e indenização das vítimas devem ser asseguradas pela pessoa que retira vantagem da atividade desenvolvida. Atualmente, o princípio *la richesse oblige* transforma-se, às vezes, no princípio segundo o qual o seguro obriga – *l'assurance oblige*.⁴⁵

Salienta Venosa⁴⁶ haver na responsabilidade civil objetiva uma pulverização do dever de indenizar por um amplo número de pessoas. Por isso, a tendência é que procure-se encontrar, no contrato de seguro de responsabilidade, a solução para a amplitude de indenização que se almeja sob o lastro da paz e justiça sociais.

A objetivação da responsabilidade civil, cujos progressos, em pouco menos de um século, podem levar ao prognóstico de maior expansão, Não coadunar-se-ia com a individualização do ressarcimento. Isto porque o dano advindo do risco tem caráter social e de justiça, por toda a coletividade devendo ser reparado, pois do contrário o homem poderia entregar-se à pernicioso negligência, temeroso por seus atos e pelos danos que deles pudessem decorrer, ainda em suas mais lícitas atividades.⁴⁷

Todavia, quanto maior for o número de atividades protegidas pelo seguro, menor será a possibilidade de prejuízos restarem irressarcidos e, por via de consequência, cada vez mais o seguro passará a ser tarifado de sorte a limitar o *quantum* da indenização, desatendendo-se, destarte, aquele preceito exarado no art. 944 do Código Civil segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

⁴⁵ Geneviève Champs. *La mise en danger*. cit., p. 23.

⁴⁶ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. v. 4. cit., p. 22.

⁴⁷ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 307.

Finalmente, o fenômeno da coletivização da responsabilidade civil traduz o declínio da responsabilidade individual, perante o desenvolvimento de processos comunitários para a reparação de diversos danos, especialmente aqueles que afetam, de certo modo, a integridade física ou psíquica das pessoas. Tais danos são postos a cargo de toda a coletividade. Pode-se citar, como exemplos de coletivização da responsabilidade civil, o dever de indenização por danos corpóreos em acidentes de trânsito, posto a cargo de todos os proprietários de veículos automotores, mediante o pagamento do seguro obrigatório, e a responsabilidade por acidentes de trabalho, a cargo de toda a coletividade, por meio da seguridade social.

A teoria do risco é defendida, por conseqüência, como forma de atribuir à coletividade uma consciência mais clara da solidariedade que os une. Essa solidariedade combate o individualismo egoísta, que não se preocupa com o interesse dos outros e que paralisa as forças nocivas pela ameaça de uma responsabilidade. Deste modo, o seguro tornou-se praticamente necessário para todos os riscos, porque reparte entre todos os segurados a carga da reparação dos danos, numa verdadeira socialização dos riscos.⁴⁸

A socialização de riscos denuncia o fracasso do individualismo jurídico, levado ao extremo pelos enciclopedistas e filósofos da Revolução Francesa, e presente nas legislações do século XVIII e na quase totalidade das legislações do século XIX, todas inspiradas pelo Código Napoleão.⁴⁹ E arremata o eminente Wilson Melo da Silva⁵⁰, ao afirmar que

o individualismo jurídico que teve sua justificação em determinada fase histórico-jurídica da vida dos povos, revelou-se calamitoso quando erigido em princípio teórico. Sancionou o egoísmo do homem fechado em torno de si mesmo, do que resultou originar-se o tipo do homem burguês tão acrimoniosamente vilipendiado por um dos maiores católicos de nossos tempos, o ardoroso Léon Bloy de le Desespere.

O seguro de responsabilidade é de tal modo difundido atualmente em diversos ordenamentos estrangeiros, que na maioria dos casos de ação de responsabilidade civil por acidentes, os pedidos de reparação são dirigidos contra os seguradores, e os juízes tendem a levar em consideração o montante do seguro para fixar a indenização.⁵¹

⁴⁸ Marcel Planiol et ali. *Traeté*. t. 2. cit., p. 315.

⁴⁹ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 239.

⁵⁰ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 245.

⁵¹ Marcel Planiol et ali. *Traeté*. t. 2. cit., p. 399.

Todavia, com o alargamento da responsabilidade objetiva, maior é a facilidade de a vítima ter seus danos reparados e, diretamente proporcional a isto, é o impacto do dever indenizatório no patrimônio do ofensor.

Com o intuito de diminuir esse impacto que pode causar ruínas e demais adversidades capazes de influenciar negativamente no progresso social, na geração de empregos e no desenvolvimento de novas técnicas artísticas, científicas, de produção e de serviço, vem, ainda timidamente, difundindo-se no ordenamento brasileiro o seguro de responsabilidade civil.

É neste diapasão que explicam os Mazeaud⁵², que O responsável podia mostrar-se previdente; podia, antecipadamente, liberar-se, no todo ou em parte, de sua obrigação de reparar. Assim, o causador do dano convencionou com um terceiro – o segurador – que este efetuará, em seu lugar, a reparação. É o que os franceses denominam *contrat d'assurance de responsabilité*.

Neste diapasão, salienta Hironaka⁵³, que o atual sistema de responsabilidade civil está voltado para atender as vítimas, uma vez que, na maioria dos casos, os responsáveis tinham a possibilidade e a obrigação de se garantir, com isso garantindo também a segurança dos demais a quem acaba de vitimar.

Outra vantagem de se difundir o seguro de responsabilidade, traduz-se na maior possibilidade reparatória da indenização de eventos danosos ocorridos sem a intervenção do responsável. É que, muitas vezes, o dever indenizatório faz-se presente mesmo que não tenha havido falta do responsável, o que pode levar o Judiciário a excitar-se em fixar elevadas indenizações capazes de reparar completamente os danos, sob o fundamento de evitar a ruína do causador, pois deste modo estar-se-ia resolvendo um problema e criando-se um outro.

É neste contexto que se apresenta o seguro de responsabilidade como importante mecanismo posto à disposição do judiciário, para que sintam-se mais a vontade ao fixar indenizações mais condizentes com a proporção do dano causado a outrem, sem que essa dosimetria implique, necessariamente, na inviabilidade do progresso social.

Além do mais, o fato de o terceiro ter direito de ação diretamente contra o segurador traz-lhe inúmeras vantagens, dentre as quais pode-se citar a maior solvabilidade

⁵² Henri, Leon e Jean Mazeaud. *Leçons*. t. 3. cit., p. 592.

⁵³ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 144.

do segurador, sem que a verba tenha que passar antes pelas mãos do segurado para que este efetue o pagamento. O fato de tal verba não passar antes pelo patrimônio do segurado impede eventuais desvios, além de se evitar o risco de retenção por conta de concurso de credores em casos de insolvência civil e falência.

5.3.4 Críticas ao seguro de responsabilidade civil

A difusão do seguro de responsabilidade civil pode outrossim importar em efeitos indesejáveis pela sociedade, pois tem o condão de esconder o responsável atrás do segurador. É que, na prática, quem conduz o processo é o segurador que, afinal, desembolsará a quantia indenizatória, disvirtuando-se com isso o principal fundamento da responsabilidade civil, que é a prevenção de danos. Isso pode ocorrer, já que não será o causador do dano quem suportará o dever ressarcitório, levando-lhe, às vezes, a despreocupar-se em adotar condutas diligentes, as quais obrigar-lhe-iam a indenizar, caso tivesse que suportar, pessoalmente, o pagamento das verbas indenizatórias.

O seguro de responsabilidade apresenta o grave inconveniente de suprimir, de fato, a responsabilidade, favorecendo a negligência. Tal inconveniente revela-se, às vezes, tão grave que foi posta a questão de limitar o *quantum* do seguro de responsabilidade, não permitindo-se que cobrisse todos os danos ou o montante total da reparação. Por outro lado, o seguro de responsabilidade é favorável à vítima do dano, pois garante sua reparação, se bem que é necessário e, em certos casos, obrigatório.⁵⁴

O tema não escapou às críticas dos irmãos Mazeaud⁵⁵, os quais preconizaram ser necessário reconhecer, de outra parte, que a pessoa coberta por uma garantia de responsabilidade às vezes mostra-se menos despreocupada em evitar as imprudências suscetíveis de provocar dano. Portanto, quanto mais há acidentes e processos, mais se procura assegurar-se, e quanto mais se assegura, mais há acidentes e processos.

Neste ponto, contra-argumenta Lisboa⁵⁶, pois

⁵⁴ Marcel Planiol et ali. *Traeté*. t. 2. cit., p. 322.

⁵⁵ Henri, Leon e Jean Mazeaud. *Leçons*. t. 3. cit. p. 295.

⁵⁶ Roberto Senise Lisboa. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 49.

criticar-se a aplicação da teoria da socialização dos riscos sob o pretexto de que o profissional relaxaria no exercício da sua atividade, transferindo a sua responsabilidade ao segurador, é incorrer em evidente equívoco. O acionamento do seguro provocaria a perda dos bônus conferidos ao profissional e importaria na elevação dos custos do seguro, quanto mais fosse ele solicitado.

O importante a se considerar é que, diante do seguro de responsabilidade civil, o lesante/segurado passa a figurar como mero responsável nominal, já que quem suportará todo o encargo de seus atos danosos é o segurador.

Nas lúcidas observações de Luiz Roldão⁵⁷, nesta virada de milênio, a massificação das sociedades clama por garantias para bens do indivíduo, as quais não podem ser atendidas apenas pelos outros, mas também por sistemas mais desenvolvidos de colaboração coletiva como seguros e fundos de garantia. Entretanto, faz-se mister preservar, igualmente, o fundamento moral da responsabilidade para que, ao revés, não se dilua a pessoa no conjunto de indivíduos.

5.3.5 O seguro obrigatório

Se, por um lado, a utilização de meios ou instrumentos capazes de produzir um risco impõe àqueles a quem deles aproveita, a obrigação de suportar os prejuízos que se causam, prescindindo da existência ou inexistência de culpa; por outro, adverte-se que o sistema de responsabilidade objetiva complementa-se, em determinados casos, com a implantação de um seguro obrigatório, para o qual as próprias vítimas do dano cooperam para atenuar o mesmo, evitando assim que a carga reparatória incida exclusivamente sobre o patrimônio do responsável, o que poderia colocá-lo em situação de impossibilidade de poder fazer frente a todas as conseqüências do evento danoso. Assim é acertado falar-se em uma socialização da responsabilidade, em que se dilui o risco na medida mais ampla possível.⁵⁸

O seguro obrigatório, como óbvio, não tem condições de dosar os prêmios de acordo com os riscos representados por cada um dos segurados, individualmente

⁵⁷ Luiz Roldão de Freitas Gomes. *Elementos*. cit., p. 27-28.

⁵⁸ Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon. *Sistema de derecho civil*. v. 2. Madrid: Tecnos, 1973, p. 475.

considerados, resultando que os mais diligentes deverão pagar maiores prêmios, para que se possibilite a cobertura dos danos causados pelos mais descuidados.

Como deixou-se assentado linhas atrás, pode-se mencionar, como hipótese de coletivização de riscos presente no cotidiano, o dever de reparação por danos à pessoa decorrente de acidente de trânsito, que é suportado por todos os proprietários de veículo automotor, a cargo do seguro obrigatório. Também constitui-se em coletivização de riscos a manutenção, por toda a sociedade, da Seguridade Social, mediante contribuição compulsória, a fim de acobertar todo aquele que se encontra em situações de contingência, previamente definidas em lei.

No que tange à previdência social, salientam Castro e Lazzari⁵⁹, a ação estatal justifica-se a partir da constatação de que as relações contratuais de trabalho estabelecem, via de regra, cláusulas para vigorarem enquanto o trabalhador as pode cumprir. A ausência de cláusula contratual para a hipótese de cair o trabalhador na impossibilidade de prestar os serviços contratados, por força de algum acidente que ocasionou sua incapacidade laborativa temporária ou permanente, confere-lhe a possibilidade, sempre presente, de vir a ser colocado à margem da sociedade como um ser inútil, fazendo com que seja ignorado pelos detentores dos meios de produção, sem nenhum direito a receber daquele que contratava sua mão-de-obra. Daí, forçoso é afirmar a necessidade da intervenção estatal no domínio econômico, pois cabe-lhe fazer frente às falhas do mercado, naquilo que concerne aos ingressos jubilatórios, vale dizer, com o escopo de garantir um regime isonômico para todos os trabalhadores.

Prosseguem os ilustres previdenciaristas⁶⁰, consignando que a prestação de benefícios previdenciários decorrentes de acidentes de trabalho segue a regra do risco social, segundo a qual é devido o benefício, independentemente da existência de dolo ou culpa da vítima ou de quem quer que seja, ou mesmo independentemente de casos fortuitos ou de força maior. Isso significa que, mesmo quando o segurado tenha agido dolosamente com a intenção de auto lesar-se, ainda assim fará jus à percepção do seguro previdenciário.

Em caso de seguros obrigatórios, conforme dispõe o art. 788 do Código Civil, a indenização por sinistro será paga pelo segurador, diretamente ao terceiro prejudicado. Segundo a teoria do risco social, a sociedade arca com os encargos do indivíduo incapacitado, independentemente de quem causou o infortúnio.

⁵⁹ Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari. *Manual*. cit., parte 1, n. 2.1.

⁶⁰ Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari. *Manual*. cit., parte 4, n. 7.2.

Assim tem-se que, segundo o parágrafo único do art. 788 do Código Civil, o segurado somente será citado para integrar o contraditório, caso o segurador alegue exceção de contrato não cumprido.

Além do seguro automobilístico previsto pela Lei n. 6.194, de 19.12.1974, a outras hipóteses também se aplica esta modalidade de seguro, como por exemplo, ao turismo aéreo, ao seguro locatício contra reclamações de vizinhos, ao seguro de responsabilidade profissional, como a do médico, a do arquiteto e a do engenheiro.

A grande resistência de aceitação dessa espécie de seguro no ordenamento brasileiro deu-se, principalmente, por prever o art. 1.436 do anterior Código Civil que nulo seria o contrato de seguro, quando o risco, de que se ocupasse, se filiasse a atos ilícitos do segurado, do beneficiado pelo seguro, ou dos representantes e prepostos, quer de um, quer do outro. Para os defensores dessa corrente, tal entendimento era corroborado com o disposto no inciso II do art. 145 daquele Código, o qual fulminava de nulidade o ato jurídico quando fosse ilícito seu objeto.

Todavia, sobre tal aspecto já chamava atenção o eminente Aguiar Dias⁶¹, no sentido de que, embora a primeira impressão oferecida pelo dispositivo fosse a de que não seria possível estipular-se seguro de responsabilidade civil por ato ilícito, não se poderia deduzir a impossibilidade do seguro de responsabilidade civil, porque o art. 1.436, combinado com a disposição geral do art. 145, II, todos do Código anterior, por si sós, não repercutiriam na ilicitude do contrato de seguro, além do que o seguro de responsabilidade não visa a objeto ilícito ou impossível, mesmo porque pode inclusive ser considerado como forma de garantia de reparação do dano objetivo, a que se não pode caber qualquer daquelas qualificações. Assim, devidamente compreendida a expressão “ato ilícito” constante do texto legal, o seguro de responsabilidade civil somente não será possível se tiver por objeto o dolo do segurado.

Não só no ordenamento brasileiro, como também em vários outros alienígenas, é assente o princípio segundo o qual não pode ser objeto de contrato de seguro o ato doloso, por contrariar a moral e a ordem pública.

Avulta de importância a noção de seguro obrigatório diante de danos à coletividade, tais como os danos ambientais, – explica Roldão⁶² – em face da acentuada

⁶¹ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 2. cit., p. 979-983.

⁶² Luiz Roldão de Freitas Gomes. *Elementos*. cit., p. 86-87.

dificuldade quando se tem em vista a necessidade de demonstração do nexo de causalidade. Ocorre que, em sede de agressões ao meio ambiente, os danos dos particulares não pressupõe, necessariamente, relação entre vítima e agente, de modo a processar-se indiretamente por meio do ambiente. Adicione-se a isto que o problema da causalidade, muitas vezes, é de intrincada prova, em regra de difícil produção, e considerando-se que as vítimas, geralmente, são pessoas mal preparadas técnica e culturalmente, ou ainda não dispõem de recursos suficientes para tanto.

Neste diapasão, vêm os tribunais franceses assentando a relação de causalidade em um conjunto de presunções graves, precisas e concordantes, estabelecidas negativamente, por não ter havido, no momento do dano, outro fato capaz de explicá-lo. Por isso entendem, doutrina e jurisprudência francesas, que a constituição de fundos destinados à indenizações de vítimas, bem como o seguro obrigatório, seriam soluções aptas a conceder à sociedade o ressarcimento devido.

5.4 ASPECTOS JURÍDICO E MORAL DO DEVER DE REPARAÇÃO

José de Aguiar Dias⁶³ já chamara a atenção para os diferentes planos em que se desenvolve a atividade do homem, inclusive aquelas simples atividades da consciência que caracterizam os aspectos da responsabilidade. É mediante uma visão de conjunto que se pode reduzir a dois esses aspectos, a saber, o jurídico e o moral.

Obtempera Paulo Nader⁶⁴ que a relação entre sociedade e direito apresenta duplo sentido de adaptação: de um lado, o ordenamento é elaborado como processo de adaptação social, devendo ajustar-se às condições do meio; de outro lado, o direito cria a necessidade de o povo adaptar seu comportamento aos novos padrões de convivência. Por definição – prossegue o autor juiz forano –, o direito deve ser uma expressão da vontade social, devendo a legislação assimilar os valores positivos que a sociedade estima e vive.

O direito não é o único instrumento responsável pela harmonia da vida social. Para que a sociedade ofereça um ambiente incentivador ao relacionamento entre os homens, é fundamental a participação de instrumentos de controle social, tais como a

⁶³ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1. cit., p. 4.

⁶⁴ Paulo Nader. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 16.

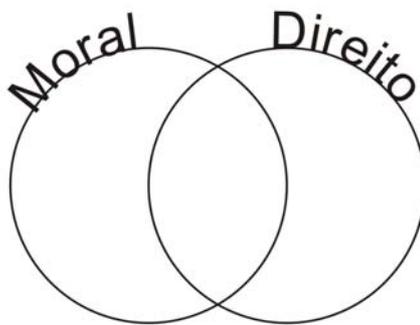
moral, a religião e as regras de tratado social, de modo a condicionarem a vivência do homem em sociedade.⁶⁵

A doutrina jusfilosófica desenvolveu algumas teorias sobre a relação entre direito e moral, recorrendo-se, para tanto, ao auxílio de figuras geométricas.

Deste modo, para a teoria do mínimo ético de Jeremy Bentham, representada por círculos concêntricos, o direito estaria incluído totalmente no campo da moral. Tal teoria enuncia que o direito representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver.⁶⁶ Daí infere-se ser o campo da moral mais amplo do que o do direito, subordinando-se este àquela.⁶⁷ A partir da figura ilustrativa a seguir, pode-se afirmar que, segundo tal teoria, tudo quanto é jurídico seria moral, mas nem tudo quanto fosse moral seria jurídico.



Para a teoria dos círculos secantes de Du Pasquier, a representação geométrica entre direito e moral apresentaria uma faixa de competência comum e, concomitantemente, uma área particular independente. Nas palavras de Miguel Reale,⁶⁸ a concepção de Bentham seria uma concepção ideal, ao passo que a de Du Pasquier seria uma concepção real ou pragmática das relações entre direito e moral, que podem ser representadas da seguinte forma:



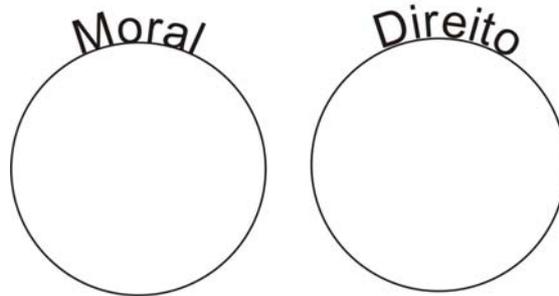
⁶⁵ Paulo Nader. *Introdução*. cit., p. 29.

⁶⁶ Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 42.

⁶⁷ Paulo Nader. *Introdução*. cit., p. 40.

⁶⁸ Miguel Reale. *Lições*. cit., p. 43.

Já na concepção de Hans Kelsen direito e moral constituem-se em dois sistemas independentes, sendo a norma o único elemento essencial ao direito, cuja validade independe de regras morais. Para a teoria pura de Kelsen⁶⁹, o direito deve ser apresentado tal como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto. Sua representação dar-se-ia da seguinte maneira.



Para Ripert⁷⁰, a delimitação do domínio do direito unicamente à regulamentação dos deveres de justiça ditados pela moral, pode ser uma boa forma de organização político-liberal, porém é racionalmente indefensável. Seria mesmo uma concepção estreita o fato de limitar-se a sanção jurídica à obediência dos deveres de justiça, deixando-se de fora da organização política, a determinação dos deveres da assistência.

Segundo Ferraz Júnior⁷¹, tanto o jurídico quanto o moral têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações de forma objetiva, ou seja, independentemente do consentimento individual. Além disso, ambos são elementos inestirpáveis da convivência, visto que inexistente sociedade sem direito, como também não há sociedade sem moral.

Assim, ao assinalar essa distinção – salienta Aguiar Dias⁷² – que não significa dizer que, só pelo fato de a responsabilidade amoldar-se a um dos campos, ela será excluída do outro. Pelo contrário, há hipóteses em que a responsabilidade pode resultar da violação, a um só tempo, de normas tanto jurídicas quanto morais, o que vale dizer que o fato em que se concretiza a infração pode apresentar múltiplo caráter, *verbi gratia*, proibido pela lei moral, religiosa, costumeira ou pelo direito.

Deste modo, percebe-se que a idéia de responsabilidade está presente, tanto na esfera moral quanto jurídica das pessoas. Todavia, sabe-se que a responsabilidade moral é

⁶⁹ Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de Agnes Cretela e José Cretela Júnior. São Paulo: RT, 2003, p. 48.

⁷⁰ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 26-27.

⁷¹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. 2 tir. São Paulo: Atlas, 2003, p. 356.

⁷² José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1. cit., p. 4.

conceito extremamente subjetivo, mostrando-se necessário analisar-se o estado interior do agente, para sua verificação.

Segundo Serpa Lopes⁷³, a responsabilidade moral pertence exclusivamente ao terreno da consciência individual, restringindo-se à disciplina de relações estabelecidas entre o homem e um ser supremo – se se trata de um homem de fé – ou entre ele e sua própria consciência – se se trata de homem sem crença.

Por isso pode-se afirmar que a responsabilidade, analisada pelo prisma da moral, independe da verificação de um evento danoso a outrem, vez que um simples pensamento, sem reflexos no mundo exterior é fonte suficiente de pecado e, por via de consequência, de uma responsabilidade moral. Isto significa dizer que, enquanto para a moral mostra-se perfeitamente possível a existência de responsabilidade sem a causação de um prejuízo, para o direito a existência de um prejuízo é o fundamento primeiro da responsabilidade civil.

É certo que, como supra-exposto, o campo da moral é mais amplo que o do direito, não havendo entre ambos necessária intersecção, senão em alguns casos. Todavia, não se pode olvidar dos ensinamentos de Alf Ross⁷⁴, quando leciona que há fenômenos normativos que exibem estrutura institucional semelhante à do direito, porém baseados em sanções diversas da força física. Ressalta que no domínio da moral e dos usos convencionais não há legislador nem juiz, decidindo por si só cada indivíduo aquilo que entende moral e apropriado, assim como ocorre com a reprovação, como forma de sanção das regras morais e convencionais. Isso importa dizer não haver uma moral ou convenção com vigência nacional, mas unicamente atitudes individuais mais ou menos paralelas, caracterizadas como predominantes ou típicas em dado meio social.

Segundo Bobbio⁷⁵, a sanção às normas morais é unicamente de cunho interior. Por sanção deve-se entender a consequência desagradável da violação de dada norma, cujo fim é prevenir tal violação ou, em caso de a norma ser transgredida, eliminar as consequências nocivas. Assim tem-se que a única consequência advinda da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, o estado de incômodo, de perturbação, de remorso ou de arrependimento.

⁷³ Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso*. v. 5. cit., p. 161.

⁷⁴ Alf Ross. *Direito e justiça*. 11. ed. Tradução de Edson Bini. Bauru-SP: Edipro, 2003, p. 86-87.

⁷⁵ Norberto Bobbio. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Tradução de Ariani Sudatti e Fernando Pavan Baptista. Bauru-SP: Edipro, 2003, p. 155.

Nas lapidares lições de Garcez Neto⁷⁶, as regras jurídicas não têm por fim senão assegurar a necessária harmonia para o desenvolvimento dos indivíduos, não se admitindo, portanto, responsabilidade civil em tais relações, sem que haja um dano ou prejuízo. Com efeito, o que se passa no domínio da moral, vale dizer, no foro íntimo das pessoas, é matéria estranha ao direito. Mas tal fato, de maneira nenhuma deduz que o direito e a moral sejam campos inteiramente estranhos entre si, pois a regra de direito careceria de fundamento caso não se conformasse com a regra moral.

Ressalte-se ainda que, prossegue o mestre, a regra de direito não pode afastar-se de sua *ratio essendi*, traduzida na missão de fazer prevalecer a ordem e assegurar a liberdade individual, mediante a observância de uma estrita disciplina.

Em verdade, como visto no decorrer deste trabalho, o conceito de dano e sua reparação possuem significados diferentes, tendo-se em vista a responsabilidade jurídica e a responsabilidade moral. Basta atentar-se para o fato de no campo da responsabilidade jurídica subsistir o dever de indenizar, ainda que de culpa levíssima se trate, ao passo que o mesmo não subsistiria na responsabilidade moral.

Por outro lado, há várias hipóteses em que o dever de indenizar subsiste independentemente do elemento subjetivo, vale dizer, ainda que inexista comportamento ilícito do agente. Para o campo da moral, neste caso, seria inconcebível a subsistência do dever ressarcitório, em casos como o de presunção de culpa.

Atente-se para o fato de alguém exercer uma empresa – atividade – mediante a condução de um automóvel. Em que pese o condutor aplicar toda sua diligência e perícia, não afasta a noção de que tal atividade implica um risco profissional, podendo causar danos que nem sempre a habilidade poderá evitar. Assim, o sentimento de justo talvez leve à conclusão de que, aquele que colhe os cômodos, deve suportar seus riscos, em nada importando que seu ato envolva ou não culpa. A responsabilidade do condutor, que a teoria objetiva procura estabelecer, torna-se simples e clara, e verdadeiramente geral.

Mas esta clareza e generalidade podem inexistir, bastando-se, para tanto, vislumbrar-se não mais a hipótese de um condutor profissional, mas sim de dois, ambos desenvolvendo suas empresas. Havendo um choque entre os dois automóveis, ficando um deles completamente deteriorado, como saber qual deles deverá indenizar o outro, se ambos tinham os mesmos cômodos, exerciam a mesma empresa, de modo a exporem-se

⁷⁶ Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade*. cit., p. 44-45.

aos mesmos riscos? Certamente, se se recorresse ao primeiro popular que houvesse presenciado a colisão entre os dois automóveis, diria que Caio agira com culpa, enquanto Tício de nada é culpado.

O exemplo dado é bastante para se concluir que a teoria da culpa não é abstrata invenção dos jurisconsultos, mas é expressamente reconhecida por todos, a todo momento, como natural e necessária manifestação do sentimento de justiça que existe em todo homem, e sobre o qual pela mesma razão assenta a responsabilidade penal.⁷⁷

Afeitos à idéia de culpa, estão os sectários da escola individualista do direito, para os quais os indivíduos nascem livres e iguais, com uma vontade que respeite a todo transe, ainda que movidos por suas manifestações egoísticas. O livre respeito às expansões individuais encontraria limites somente no ponto em que iniciasse a liberdade alheia. O corolário lógico dessa concepção é que, do ponto de vista moral, unicamente pelos atos voluntários responderia o indivíduo, muito embora de seus atos involuntários prejuízos pudessem advir, porque equiparados ao fato do acaso.⁷⁸

E conclui Coelho⁷⁹, indagando-se senão pelo sentimento de justiça, qual teria sido a razão para que, em vinte séculos as leis civis afirmassem o critério da culpa como fundamento da responsabilidade? Invoca o autor as palavras de Gaio para quem “*mulionem quoque si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obriverint, vulgo dicitur culpae nomine teneri*”, de Ulpiano “*in lege aquilia et levissima culpa venit*” e dos jurisconsultos de Roma para quem “*aliquatenus culpa reu est, quod opera malorum hominem uteretur*”. Expõe que o sentimento natural de justiça é que conduziria sempre ao critério da culpa; prescindir desta para elucidar os problemas de responsabilidade civil importaria em uma rebelião contra todas as leis antigas e modernas, uma ofensa à tradição constante, uma desobediência ao sentimento de justiça que surge no coração de cada um, e que revoltaria a consciência de um espírito bem formado.

Em verdade, o grande obstáculo no qual se esbarra ao defender-se a teoria da responsabilidade sem culpa, remonta aos princípios da religião cristã, ao estabelecer-se, no Decálogo, o preceito “Não matarás”, submetido ao controle da vontade, *ad instar* da

⁷⁷ O exemplo dos condutores é dado por Giorgi, Teoria das obrigações, t. 5, p. 402-403, apud José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 86-87.

⁷⁸ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 29.

⁷⁹ José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 93.

generalidade das leis penais, que não impõem a mesma penalidade para o homicida que estrangula ou envenena e para o motorista que mata acidentalmente.⁸⁰

Veementes são as críticas de Ripert⁸¹ no que pertine à generalização da teoria do risco, pois isto afastaria o entendimento consoante o qual a responsabilidade civil nada mais seria do que uma organização técnico-jurídica da responsabilidade moral. Segundo o ilustre autor, o homem tem o sentimento de sua responsabilidade ao julgar-se falível e responsável, aflorando em si próprio, entretanto, o sentimento de cessação dessa responsabilidade a partir do momento em que reparado aquele mal que causara a outrem. Destarte, se por um lado há casos em que o dever moral mostra-se incontroverso, como nas hipóteses em que se tenha agido contra a honestidade e a legalidade, por outro lado, há casos em que o dever moral não se mostra muito claro, como ocorre nas hipóteses de ações honestas, porém danosas.

Todavia, de uma forma ou de outra, o dever de reparação surge a partir da prolação de uma sentença condenatória em face do agente, devendo este, pelo fato mesmo de viver em sociedade, curvar-se às leis integrantes do contrato social. É por isso que, diante de casos em que a ação do ofensor parece irrepreensível, por ter-se realizado segundo a mais estrita legalidade, pode ser condenado a reparar os inconvenientes causados a seus pares, vez que a atividade, embora nociva, é admitida e tolerada pela sociedade em decorrência de sua utilidade. Por isso é que conclui o autor francês dizendo que, no seu entender, algumas leis que impõem o dever de reparação sem culpa do agente, como as de acidentes de trabalho e de automóvel, em verdade não seriam leis de responsabilidade civil, mas sim leis de seguro, porque deslocam e dividem os riscos avaliados em quantia fixa.

Coelho⁸², reproduzindo o pensamento de Gabba, esclarece que nem todo prejuízo ocasionado a outrem pode dar lugar ao dever de reparação, tampouco a medida da indenização pode ser determinada segundo a entidade objetiva do dano, abstraindo dos ditames da equidade. Assim, somente seria admissível a teoria objetiva quando combinadas as razões do direito com as da equidade, nem tão genéricas nem por excessivo absolutismo, segundo a fórmula “no dano não culposos, que da pessoa de um indivíduo

⁸⁰ Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso*. v. 5. cit., p. 174.

⁸¹ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 222-224.

⁸² José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 114-115.

resulta à pessoa ou cousa de outrem, deve ser indenizado, e a medida da indenização deve ser determinada em harmonia com as exigências da equidade e da conveniência social”.

Assevera Agostinho Alvim⁸³ que a boa-fé do agente nem sempre implica em ausência de culpa, pois, *verbi gratia*, o devedor pode, de boa-fé, violar o avençado quer pela má apreciação de certos fatos, quer pela errônea interpretação contratual, nem por isso exonerando-se de responsabilidade.

Para Teisseire, citado por Wilson Melo⁸⁴, o fundamento doutrinário da responsabilidade civil deverá ser buscado em outra fonte que não a da vetusta culpa subjetiva, porque a lei civil não deveria cuidar de moralidade e de punibilidade, pouco lhe importando que um ato seja ou não repreensível. Afirma ainda que dia virá em que a responsabilidade civil será como se impondo tão-somente de patrimônio a patrimônio, tempos em que o cidadão não será atingido pelo dever de reparar os danos que cometera apenas porque seja titular de uma razão, de um querer, de uma liberdade, mas tão-somente porque seja titular de um patrimônio.

Pode-se trazer à baila a exposição de Alf Ross⁸⁵ quando defende que a força como reação jurídica tem, normalmente, ao mesmo tempo o caráter de reprovação pública ao denunciar que a conduta que dá origem à reação do Estado é socialmente indesejável, qualificando-se como violação a um dever. Mas nem sempre a reação tem esse caráter, sendo imperioso traçar um paralelo entre sanções repreendedoras e sanções não-repreendedoras, pois à falta de tal distinção, que se baseia na função ideológico-moral da sanção, não seria possível entender a diferença entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Para Ripert⁸⁶, há casos em que a estrita moral exitaria ante o dever de reparação por inexistir imputabilidade em hipóteses nas quais o autor do prejuízo nenhum ilícito cometeu, encontrando-se na contingência de ser tão-somente uma vítima da sorte ou do azar. Em casos em que o prejuízo não podia ser previsto e a falta do agente tenha sido leve, a moral não impõe necessariamente a reparação do prejuízo causado. Mas daí por diante, verifica-se a intervenção da lei civil, ditando a regra de conduta a ser observada nesses casos, já que essa lei – como visto supra – não é simplesmente a tradução da regra moral.

⁸³ Agostinho Alvim. *Da inexecução das obrigações*. cit., p. 13-14.

⁸⁴ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 110.

⁸⁵ Alf Ross. *Direito e justiça*. cit., p. 89.

⁸⁶ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 206.

Segundo Antunes Varela⁸⁷, a teoria da responsabilidade subjetiva constitui a solução mais defensável no plano da justiça e das conveniências sociais, que o problema comporta em tese geral. Não seria justa a solução de obrigar-se outrem a responder por atos de que não é culpado. Além do que, a idéia de que os indivíduos não respondem pelas contingências da sorte ou pela fatalidade do infortúnio, mas apenas pelos fatos dependentes de sua vontade, que poderiam e deveriam ter prevenido, constitui, por outro lado, um poderoso estímulo para que cada um possa orientar suas ações de modo a corresponder ao tipo de conduta humana que a ordem jurídica toma a cada passo como padrão.

Os argumentos supra-aduzidos pelo autor luso encontram guarida no fato de que, em que pese o indivíduo não poder ser considerado um ser abstrato e isolado, porquanto elemento necessário de uma coletividade, isto não importa em concluir que, tão-somente o interesse social seja digno de consideração, relegando-se ao segundo plano o interesse individual. Assim é que o sacrifício do indivíduo, em detrimento da sociedade, poderia levar à conclusão oposta de que a condição da existência da sociedade é a de garantia da esfera de liberdade de cada indivíduo, pois o grupo só existe e só se desenvolve por causa do indivíduo, havendo inclusive quem afirme que o indivíduo continua a ser o centro do direito e, no problema da responsabilidade, não pode deixar de ser colocado em primeiro plano. Pois se assim não se fizer, o que se colocaria em perigo é precisamente a sociedade, em nome da qual se preconiza a adoção da doutrina do risco, condenando-se o homem à inércia, parализando-se toda iniciativa humana. Somente assim, combatendo-se a teoria do risco, é que se poderia resguardar os princípios de moral e equidade.⁸⁸

Essa visão individualista, entretanto, é fortemente combatida por Michel de Montaigne. Em sua crítica da razão humana – ressalta Cassirer⁸⁹ – Montaigne usa todos os conhecidos argumentos tradicionais do sistema do ceticismo grego. Mas acrescenta um novo instrumento, que em suas mãos revelam ter enorme força e fundamental importância. Nada seria melhor para abater o orgulho da razão humana, que uma visão sem preconceitos do universo físico. Que o homem – escreveu Montaigne em famoso trecho de sua *Apologie de Raimond Sebond*

⁸⁷ João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações*. v. 1. cit., p. 630-631.

⁸⁸ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1. cit., p. 79.

⁸⁹ Cassirer, Ernst. *Ensaio sobre o homem: introdução à uma filosofia da cultura humana*. Tradução de Tomas Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 29-30. Alteram-se algumas palavras da tradução brasileira ora utilizada, para adequá-la à forma pronominal que se entende mais correta. Alterou-se aqui, todavia, entre aspas, as palavras de Montaigne.

me faça entender, pela força de sua razão, sobre quais fundações ele ergueu as grandes vantagens que pensa ter sobre outras criaturas. Quem o fez acreditar que este admirável movimento do arco celestial, a luz eterna dessas luminárias que passam tão altas sobre sua cabeça, os prodigiosos e temíveis movimentos desse oceano infinito teriam sido estabelecidos e continuariam por tantas eras para o seu serviço e conveniência? Pode-se imaginar algo tão ridículo, que essa criatura alquebrada e miserável, que não é sequer senhora de si mesma, mas está sujeita às injúrias de todas as coisas, devesse chamar a si mesma de senhora e imperatriz do mundo, do qual não tem o poder de conhecer a menor parte, e muito menos de comandar o todo?

Acredita-se, na senda de Wilson Melo⁹⁰, que a teoria objetiva tenha surgido da necessidade do restabelecimento do equilíbrio social, que há muito já parecia rompido, da aspiração de uma maior harmonia entre interesses contrapostos, do reforçamento das boas regras de coexistência e da necessidade da manutenção da própria paz social. Por isso seu móvel é a justiça, que no mais das vezes, encontra-se associada à idéia de equidade do que de lógica.

Inobstante os argumentos em prol da teoria subjetiva, o próprio Coelho⁹¹, ao concluir o capítulo em que trata da questão, afirma que, se é em nome da justiça que se proclama tal critério, casos há em que, embora o dano não envolva culpa, essa justiça aconselha a levar-se em linha de conta a situação do lesado.

Por isso, sem prejuízo da lógica e sem ofensa aos princípios de que parte aquele autor, e com irrepreensível coerência, poder-se-ia nestes casos, onerar com a reparação, dentro dos limites do possível e do justo, e nos termos da equidade, aquele que de direito e moralmente era irresponsável.

Deste modo – ainda segundo Coelho – não se comprometeria o valor do princípio da teoria da culpa, pois sua aplicação genérica continuará de pé, afastando-se-lhe apenas em circunstâncias particulares de um caso singular que a dificuldade resulta; não sendo, no entanto, razoável pretender um princípio dotado de elasticidade tal, que se amolde e ajuste a todas as circunstâncias de ocasião, sem quebra dos mais elementares princípios de justiça. Porém, tentando não se desprender da teoria da culpa, arremata o autor dizendo que

nem assim se partilha do princípio do *damno objectivo*, pois a consideração que aduzimos não é a de quem causa um *damno* a outrem é obrigado a repará-lo; apenas ponderamos que, se foi lesado um direito,

⁹⁰ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 189.

⁹¹ José Gabriel Pinto Coelho. *Responsabilidade*. cit., p. 122-123.

deverá essa lesão ser reparada sempre que seja possível em face da justiça e que a equidade exija essa reparação nos casos em que o direito a não estabeleceria, podendo contudo a indemnização ser devida tanto pelo auctor material do facto como por outrem a quem o prejuízo seja mediamente imputavel.

A despeito do exposto, tem-se que, na prática, a teoria subjetiva nem sempre proporciona ao jurisdicionado os melhores resultados, havendo mesmo importantes setores da vida, nos quais a necessidade social de segurança deve sobrepor-se àquelas considerações de justo, tomadas apenas sob o viés das relações individualmente consideradas.

CAPÍTULO 6

O NEXO CAUSAL NAS ATIVIDADES PERIGOSAS

6.1 A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

Entre a conduta danosa, omissiva ou comissiva, e o prejuízo verificado, deve haver um liame causal, vale dizer, uma relação de causa e efeito para que surja o dever de indenizar.

Assim, o liame de causalidade tem por função colocar em relação dois elementos constitutivos da responsabilidade, a saber, o fato gerador e o dano. O fato gerador pode ser pessoal do ofensor ou de uma pessoa distinta do responsável, como do preposto e dos menores, ou ainda de uma coisa pela qual o agente responda.¹

Tal concepção é largamente difundida na doutrina da responsabilidade civil, enfatizando-se, entretanto, o dever de reparação proveniente de ato ilícito do causador do dano. Assim é que afirma-se reiteradamente que não há que se impor obrigação de reparar um prejuízo caso não haja nexo de causa e efeito entre o fato ilícito e o dano.

Obtempera Luiz Roldão² que para concretizar-se a responsabilidade é indispensável que se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de sorte a poder-se afirmar ter havido o dano porque o agente procedeu de modo contrário ao direito.

Se tal noção, a princípio, mostra-se limpa e isenta de dificuldades, em verdade não o é, porquanto a noção de causa reveste-se de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática a serem consideradas, quando os elementos causais multiplicam-se no tempo e no espaço. Cabe então ao jurista desvendar quando uma ação ou omissão é suscetível de causar efetivamente um prejuízo, e qual o critério de que se

¹ Patrice Jourdain e Geneviève Viney. *Traeté de droit civil: les conditions de la responsabilit *. 2. ed. Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence. 1998, p. 154.

² Luiz Roldão de Freitas Gomes. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 67-68.

pode utilizar para chegar-se à conclusão de que, no concurso de várias circunstâncias, qual dentre elas é que foi o fator determinante do dano?³

No magistério de Fernando Capez⁴, configura-se o nexos causal na constatação de existência de relação entre conduta e resultado, atentando-se especificamente para as leis da física, vale dizer, à relação de causa e efeito. Por isso é que sua simples aferição independe de qualquer apreciação jurídica, como da existência de dolo ou de culpa por parte do agente. Ilustra o autor com o exemplo de um diligente motorista que atropela uma criança por esta ter-se desprendido das mãos de sua mãe. Mesmo sem atuar com dolo ou culpa, o motorista deu causa ao evento morte, pois foi o veículo por ele conduzido que passou sobre a cabeça da criança. Todavia, prossegue o autor, explicando que para que subsista o fato típico não basta que apenas se configure o nexos causal, sendo portanto insuficiente a perquirição acerca da existência unicamente de um elo físico entre conduta e resultado danoso. Assim é que, para o Direito Penal, o fato será atípico por inexistir crime senão nas modalidades culposa e dolosa.

Tais lições podem ser – e normalmente o são – transportadas para o Direito Civil, em que se admite, ao contrário do Direito Penal, também a responsabilidade objetiva além da subjetiva.

No sistema geral de responsabilidade civil subjetiva – salienta Hironaka⁵ – reconhece-se um nexos de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano produzido, fazendo surgir o dever de indenizar, ou seja, desfazendo-se, na medida do possível aqueles efeitos prejudiciais assim criados. Mas este liame não deve ser compreendido no sentido de equivalência das condições, senão no sentido da causalidade adequada, o que será visto logo mais adiante.

Para tal particularidade atentou-se o Código Civil de 1916, ao tratar das perdas e danos no Capítulo XIV do Título II do Livro III de sua Parte Especial, dispondo em seu art. 1.060 que “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”. Idêntica é a redação do art. 403 do Código Civil de 2002 que, ao final, acrescenta “[...], sem prejuízo do disposto na lei processual.”

³ Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. 4. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 218.

⁴ Fernando Capez. *Curso de direito penal*. 8. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 149-150.

⁵ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 303.

No mesmo sentido salientam Jourdain e Viney⁶ que, em que pese o art. 1.151⁷ do Código Civil francês referir-se apenas à responsabilidade civil contratual, tal dispositivo é considerado atualmente à unanimidade como expressão de um princípio aplicado ao inteiro domínio da responsabilidade civil.

Assim é que não há que se falar em dever de reparação quando, por exemplo, houver um choque entre dois veículos em que o condutor do primeiro está devidamente habilitado porém agiu com imprudência enquanto o condutor do segundo, em que pese não possuir habilitação ou possuí-la vencida, agiu na mais perfeita diligência. Aqui o segundo condutor será punido pelas leis de trânsito, não pela colisão, mas por conduzir sem habilitação, não havendo sequer possibilidade de o primeiro condutor alegar culpa concorrente do segundo para atenuar sua responsabilidade.

Deste modo, depreende-se que a existência de um vínculo causal entre a conduta omissiva ou comissiva e o dano mostra-se como *conditio sine qua non* para que reste admitida a responsabilidade civil. Tem-se portanto, com relação à responsabilidade civil por ato ilícito, que toda vez que algum fato estranho interromper o nexo de causalidade, por via de consequência, desaparece o dever de reparação.

Conforme acentua Garcez Neto⁸, não é necessário que o nexo causal seja imediato, sendo bastante que a causalidade seja pelo menos mediata, vale dizer, que o fato ulterior contenha em si, de modo imediato, o dano.

Salienta Antunes Varela⁹ haver um particular aspecto do problema do nexo causal substancialmente ligado aos casos de presunção de culpa, e que merece especial atenção do intérprete. Assim, nos casos de presunção de culpa, exceto aqueles que se referem ao exercício de atividades perigosas, isenta-se o agente de responsabilidade caso prove não ter havido culpa de sua parte ou, inobstante a culpa com a qual tenha obrado, lograr comprovar que o dano ter-se-ia produzido ainda que seu fato se não houvesse verificado.

⁶ Patrice Jourdain e Geneviève Viney. *Traeté*. cit., p. 166.

⁷ Código Civil francês: “Article 1.151. Dans le cas même où l’inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre 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’inexécution de la convention.” “Em caso de inexecução da convenção resultante de dolo do devedor, as perdas e danos somente devem compreender com relação à perda que houver sofrido o credor e o ganho do qual foi privado, as que se houverem produzido como consequência imediata e direta do incumprimento do acordo.” (Tradução livre)

⁸ Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 202.

⁹ João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações em geral*. 10. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2005, p. 617-618.

6.2 O NEXO CAUSAL NA TEORIA OBJETIVA

Sabe-se que para teoria objetiva prescinde-se das noções de dolo e de culpa *stricto sensu* para a imposição do dever de indenizar, preocupando-se somente com o dano. Trata-se tão somente de um problema de causalidade e não de imputabilidade.

Leciona Ripert¹⁰ que a fórmula que resume a teoria do risco, despojada das restrições de ordem técnica, traduz-se na máxima segundo a qual “todo prejuízo deve ser atribuído a seu autor e reparado por aquele que o causou, porque todo o problema de responsabilidade civil resolve-se em um problema de causalidade”, ou então na máxima “qualquer fato do homem obriga àquele que causou um prejuízo a outrem a repará-lo”. Disso decorre que, enquanto para a teoria subjetiva impescinde-se de existência de um liame entre a culpa e o prejuízo, mitigando-se assim, de certa feita, a relevância do nexo causal, de outra sorte, quando se faz desaparecer a idéia de culpa, a causalidade passa para o primeiro plano, tomando a seu cargo a noção de responsabilidade.

Ressalta Agostinho Alvim¹¹ que a importância do estudo do nexo de causalidade tem ganhado relevo nos últimos tempos, visto prescindir a teoria objetiva do elemento culpa para fundamentar a responsabilidade, bastando, para tanto, dano e nexo.

Sustentou-se, páginas atrás, que a evolução da responsabilidade civil está na linha histórica da instituição. Em diversas hipóteses a noção de culpa é sacrificada, quando não presumida, vez que, em determinados casos, o direito preocupa-se com o problema da reparação da vítima. E neste particular, vale trazer a lume a síntese de Bittar¹², ao afirmar que a pesquisa do liame de causalidade, nas atividades não-perigosas, mister faz-se a perquirição do elemento subjetivo do agente, querendo o resultado ou ao menos atuando com negligência, imperícia ou imprudência – causalidade interna; para as atividades perigosas basta a simples demonstração do referido vínculo, não havendo que se cogitar da subjetividade – causalidade externa.

Entretanto, salienta Geneviève Champs¹³ já se ter pretendido afastar a possibilidade de o perigo servir de fundamento para um regime mais rígido de

¹⁰ Georges Ripert. *A regra moral nas obrigações civis*. 3. ed. Tradução de Osorio Oliveira. Campinas-SP: Boockseller, 2002, p. 213-214.

¹¹ Agostinho Alvim. *Da inexecução das obrigações civis e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 342.

¹² Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: RT, 1985, p. 67.

¹³ Geneviève Champs. *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité – analyse de droit compare*. Bruxelas: Bruylant; Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1998, p. 999-1000.

responsabilidade civil, vez que a noção de perigo seria vaga e flutuante ao sabor das circunstâncias concretas. Para tal concepção, o perigo seria reduzido a toda a possibilidade de causação de danos, confundindo-se com a apreciação do nexos causal entre o fato e o prejuízo. Contrariamente a tal visão, argumenta Champs que o dano, assim como o nexos causal, são ambas condições da responsabilidade e não podem explicar sua razão de ser. Para a autora belga, seria possível verificar as diversas gradações de risco em cada atividade perigosa, para que o excesso de um nível de periculosidade pudesse servir de fundamento de um regime especial de responsabilidade civil, derogatório do comum.

Nas palavras de Ripert¹⁴,

quando a teoria do risco entende fazer derivar a lei de responsabilidade da lei de causalidade, destrói a idéia moral que é a única que pode justificar a responsabilidade. O homem sente-se responsável pelos prejuízos que causa por sua culpa, mas não pelos que causa pela sua ação sem que os tenha podido prever ou impedir, ou mais exatamente, ele diz que as não causa e repelindo a imputação de falta, destrói ao mesmo tempo o laço de causalidade. Poderá o jurista fazer uma análise que lhe permita ligar o prejuízo à sua causa e estudar o próprio ato do homem mesmo não culpável nas múltiplas conseqüências que ele engendra? Experimentou fazê-la e, entre os antecedentes necessários dum prejuízo, ligar especialmente o prejuízo a um dos seus antecedentes, quer por ser este o mais próximo do tempo e do espaço do efeito produzido, quer porque tenha um valor dinâmico e a vítima tenha ficado passiva, quer porque seja possível numa escolha entre muitos antecedentes eliminar os que são indiferentes e medir a importância das causas eficientes, quer, enfim, porque num cálculo de probabilidade seja permitido dizer que tal acontecimento é mais que outro qualquer susceptível de causar prejuízo.

As críticas de Ripert¹⁵ sobre a questão do nexos causal na teoria objetiva parecem mais claras ao abordar a responsabilidade por fato do menor, como um princípio tendente à realização da solidariedade social. Neste caso, entende o ilustre autor não ser possível retirar uma regra de reparação da constatação do princípio de solidariedade social, pois deformar-se-ia a idéia de solidariedade, além da fatal repercussão deste princípio no patrimônio de outrem. Por isso não se poderia concluir que, da simples verificação do mal emirja o dever de reparação.

Ao prosseguir Ripert¹⁶ apresentando seu ponto de vista a esse respeito, esclarece que, se é verdadeiro que aquele que prejudica outrem pratica ato contrário à idéia de solidariedade, portanto ilícito, não menos verdade é que a simples verificação dos fatos

¹⁴ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 216.

¹⁵ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 218.

¹⁶ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 219.

induz senão à verificação científica da repercussão fatal dos atos, que terá por consequência a criação dos prejuízos. Assim, para que se admitisse uma regra jurídica que imponha a observação da solidariedade, fazer-se-ia mister que correspondesse ela ao sentimento de justiça.¹⁷

Salienta Venosa¹⁸ ser pelo exame da relação causal que se conclui a respeito de quem tenha sido o causador do dano. É por isso que se afirma que a responsabilidade civil objetiva dispensa a demonstração de culpa, mas jamais o nexo causal. Caso a vítima que tenha experimentado um dano não puder identificar o nexo causal que conduz o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Avulta, portanto, a importância da noção de causalidade. Toda pessoa que causa um dano a outrem deve repará-lo.¹⁹

Deste modo, basta que se comprove ter havido um dano por ação ou omissão para que seu causador seja por ele responsável, independentemente da censurabilidade de seu comportamento.

Leciona Planiol²⁰ não ser suficiente que a vítima estabeleça a ação danosa e o dano suportado, sendo ainda necessário que se prove que o dano é proveniente daquela ação. Trata-se de uma relação de causalidade na qual a teoria do risco vê o elemento essencial da responsabilidade, assim como se passa na teoria da culpa.

O nexo causal somente é rompido quando comprovar-se ter havido caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou fato de terceiro, hipóteses em que ver-se-ia cessada a responsabilidade do agente.

Isto posto, resta a cargo da vítima tão somente a prova do dano e seu fato gerador, vendo-se dispensada portanto de demonstrar o desvalor da conduta do agente. Correrá por conta deste último o ônus de demonstrar ter havido alguma circunstância capaz de romper o nexo causal.

Hodiernamente, entretanto, a necessidade de demonstração do nexo causal vem sendo, em determinadas hipóteses, cada vez mais flexibilizada. É o que ocorre, *verbi gratia*, com a reparabilidade dos acidentes de trabalho após a vigência da Lei n. 11.430 de 26.12.2006 que altera, dentre outras, a Lei n. 8.213 de 24.07.1991, que será analisada no item 4, *infra*.

¹⁷ Sobre este particular, teceu-se comentários no item 5.4 “aspectos jurídico e moral da reparação”, no capítulo 5 deste estudo.

¹⁸ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. 5. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2005, p. 53.

¹⁹ Marcel Planiol, Georges Ripert e Jean Boulanger. *Traité élémentaire de droit civil*, 2. ed. t. 2. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1947, p. 315.

²⁰ Marcel Planiol et ali. *Traité*. t. 2. cit., p. 351.

6.3 TEORIAS SOBRE O NEXO CAUSAL

Na identificação do nexo causal há uma importante questão a ser analisada, qual seja, a identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, mormente quando este advém de múltiplas causas, vez que nem sempre mostra-se possível estabelecer a causa direta do dano, vale dizer, sua causa eficiente.²¹

Ao analisar a questão do nexo causal no direito comparado, salienta Garcez Neto²² que as legislações que tratam da matéria podem ser agrupadas em dois grandes sistemas, um referente aos códigos que estabelecem normas expressas e gerais orientadoras do intérprete na indagação do nexo causal, como ocorre na França (Código Civil, arts. 1.150 e 1.151), Itália (Código Civil, arts. 1.223 e 1.225), Chile (Código Civil, art. 1.558) e Brasil (antigo art. 1.060, atual art. 403); e um segundo sistema que prevê normas específicas para regular a questão, como ocorre na Alemanha, Suíça (Código de Obrigações, art. 42), Portugal (Código Civil, art. 562º) e Espanha.

A experiência francesa tem cuidadosamente evitado formular regras gerais ou mesmo suscetíveis de generalização. É, portanto somente aproximando as soluções e comparando-nas que o intérprete pode ensaiar uma definição de conteúdo das regras de direito que governam atualmente a causalidade. O exame da jurisprudência francesa faz aparecer, ao lado de regras de fundo que definem os elementos constitutivos do nexo de causalidade, outros princípios cuja importância prática não se pode desprezar.²³

Inúmeras são as teorias existentes que visam demonstrar a configuração do nexo causal. Dentre elas, as mais importantes são a da causa próxima, a da equivalência causal e a da causalidade adequada.

²¹ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. v. 4. cit., p. 53.

²² Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade*. cit., p. 211-212.

²³ Patrice Jourdain e Geneviève Viney. *Traité*. cit., p. 168.

6.3.1 Teoria da causa próxima

A doutrina que expunha a causalidade próxima opunha-se a todas aquelas que, refutando o postulado da equivalência, somente considera como tendo qualidade de causa certas condições ligadas ao dano por uma relação privilegiada. Tais teorias são, em realidade, bastante numerosas. Esquematizando-nas, Jourdain e Viney²⁴ distinguem aquelas que situam o critério de relação privilegiada na proximidade temporal, aquelas que ligam-na ao grau de eficiência do fato danoso em relação ao prejuízo e aquelas ligadas à idéia de probabilidade ou de previsibilidade. A doutrina que adota a teoria da proximidade temporal cita a teoria da consequência imediata e sobretudo a da causa próxima que, simplificadas ao extremo, somente levam em consideração a qualidade de causa a última condição. Mas, tal concepção, que recebeu certa consagração, ao menos formal, na jurisprudência inglesa, aparece atualmente, à quase unanimidade, rejeitada.

A jurisprudência francesa não faz diferença a esse respeito conforme os eventos que condicionam o aparecimento do dano tenham sido produzidos simultaneamente ou sucessivamente. Aquela jurisprudência recusa-se, particularmente, em atribuir qualquer preferência à condição que se manifestou, à época, mais próxima do aparecimento do prejuízo, o que marca uma categórica rejeição das teorias da causalidade imediata e da causa próxima. A Corte de Cassação da França não hesitou em afirmar que “vários fatos sucessivos, imputáveis a autores diferentes, podem concorrer para a produção de um mesmo dano” e, admitindo-se que “a falta inicial, sem a qual o acidente não se teria produzido, está em relação com o prejuízo suportado pela vítima, pode esta, por isso, demandar reparação”. Qualquer que seja a ordem de aparecimento das diferentes condições, basta que cada uma tenha desempenhado um papel ou contribuído para a realização do resultado.²⁵

A subteoria da necessariedade da causa tem como sinônimas as expressões “danos imediatos” e “danos diretos”. Por isso que, em que pese remota a causa, pelos danos dela defluentes responderia o agente, para tanto bastando que, entre tal causa remota e o dano,

²⁴ Patrice Jourdain e Geneviève Viney. *Traeté*. cit., p. 160.

²⁵ Patrice Jourdain e Geneviève Viney. *Traeté*. cit., p. 171-172.

puдesse ser estabelecido o liame da necessariedade, o que não teria lugar tão-somente diante da propinquidade, como aos menos avisados possa ter parecido.²⁶

Na síntese de Jorge²⁷, para a teoria da causa próxima, s haverá obrigao de indenizar se o ato ilícito houver sido a última condio. Em outras palavras, se determinado ato gera um prejuízo, e este, por sua vez, determina outro prejuízo, haver-se- que indenizar o primeiro, mas não o segundo, porque o ato humano só foi causa próxima ou imediata daquele.

A adequada interpretao do art. 1.060 do Código Civil de 1916, cópia fiel do art. 1.151 do Código Civil francês, nas lapidares lioes de Agostinho Alvim²⁸ deve ser feita no sentido de que “os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso. Em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis”. Em conclusão, afirma Agostinho Alvim ter sido adotada pelo Código de 1916, dentre as várias teorias sobre o nexu causal, a do dano direto e imediato, conforme expresso no art. 1.060, e, em que pese entender que, das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada  a que se reporta  conseqncia necessária, inobstante suas deficiências, que na análise de determinados casos concretos, são postas em evidência.²⁹

Em seus comentários ao dispositivo do anterior Código Civil, salienta Levenhagen³⁰ que

constatado o dolo, a reparao deve ser a mais ampla e completa possível. Todavia, para que se evitem abusos na exigência do ressarcimento, o Código exclui a possibilidade de exigir-se indenizao por dolo remoto, s admitindo a responsabilidade por danos conseqüentes da inexecuo da obrigao, quando direta e imediata. Daí a ênfase que se observa na parte final do artigo 1.060.

²⁶ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade civil e socializao dos riscos*. Belo Horizonte: Bernardo lvares, 1962, p. 235.

²⁷ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 391.

²⁸ Agostinho Alvim. *Da inexecuo*. cit., p. 370-371.

²⁹ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 236, referindo-se que Agostinho Alvim, após invocar substancial doutrina estrangeira, logra convincentemente demonstrar que, em todos os países em que foi acolhido o postulado de Demoulin e Potier no que pertine  causalidade, o nexu foi estabelecido, de maneira invariável, entre determinada causa e o dano, não como conseqncia da proximidade ou imediatividade entre causa e efeito, mas apenas na necessariedade que se haveria de verificar, sempre, entre os aludidos dano e causa, pouco importando fosse esta próxima ou remota.

³⁰ Antnio José de Souza Levenhagen. *Código civil: comentários didáticos*. 4. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 1995, p. 174.

Sustenta Luiz Roldão³¹ que, segundo a teoria da causa próxima, seria juridicamente causal o evento mais próximo do dano, o que por último no tempo ocorrerá. Pondera-se, entretanto, que tal raciocínio é aventureiro, pois a ordem cronológica não é necessariamente a causal.

Pode ocorrer muitas vezes que a causa mais próxima, a última, a mais recente da cadeia não tenha sido o elemento determinante da eclosão do evento danoso, em que pese poder ter sido a gota d'água que transbordara o balde, o voto de desempate que determinara a maioria etc.

6.3.2 Teoria da equivalência causal

Informa Garcez Neto³² que a teoria da equivalência causal ou da *conditio sine qua non*, exposta entre 1860 e 1899, por von Buri, logrou obter grande aceitação por parte dos juristas da época. Para que se tenha idéia da importância dessa teoria, expõe-se que a jurisprudência francesa, durante longo tempo, acolheu-na, consoante depreende-se do depoimento de prestigiosa doutrina, hodiernamente abandonada.

Segundo essa teoria, na ocorrência de danos oriundos de causas múltiplas, sucessivas, tanto poderiam aparecer como verdadeira causa todas elas a um só tempo, conjuntamente, ou cada uma delas, isoladamente.³³

No que concerne à pluralidade de causas simultâneas ou sucessivas, salientam Jourdain e Viney³⁴ que as soluções que revelam mais nitidamente a posição liberal da jurisprudência são aquelas admitidas no caso em que vários eventos tenham concorrido para a produção do dano. A Corte de Cassação afirma, com efeito, constantemente, que a existência de uma causa estranha ao agente causador do dano independente do fato que lhe é imputado não impede que aquele seja igualmente considerado causa do dano, do momento em que era uma das condições *sine qua non*.

³¹ Luiz Roldão de Freitas Gomes. *Elementos*. cit., p. 70.

³² Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade*. cit., p. 205-206.

³³ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 206.

³⁴ Patrice Jourdain e Geneviève Viney. *Traité*. cit., p. 170.

E é por isso que atentou Ripert³⁵ para o fato de que se se quiser colocar o problema cientificamente, é preciso que se reconheça que todos os antecedentes constituem-se em causa do dano, pois ao suprimir-se um dos antecedentes, o dano não ocorreria. Disso conclui-se, ante a impossibilidade de se eleger uma delas, que há equivalência das condições.

Pela concepção filosófica de causa, esta é formada por todas as condições que concretamente deram lugar ao efeito, vale dizer, causa é cada condição sem a qual o dano não se teria verificado; cada condição *sine qua non* seria causa de todo o efeito, porque, sem ela, as condições não teriam atuado.³⁶

Segundo essa teoria, assevera Nelson Nery Júnior³⁷, considera-se causa toda a condição de que não se pode abstrair sem que o resultado deixe de se verificar, de modo que todas as condições que se colocam como determinantes de um efeito se equivalham.

Sintetiza Serpa Lopes³⁸ que: a) sobrevivendo prejuízo, a múltipla causalidade resta sem efeito, a partir do momento que, entre os acontecimentos que concorreram para o evento danoso, encontra-se a culpa; b) a relação causal, uma vez estabelecida de acordo com o item anterior, pode dar lugar a efeitos múltiplos; c) o liame que uniu, no conjunto das condições, a culpa ao prejuízo deve revestir-se de um caráter de necessidade.

Acrescenta Capez³⁹ que, tudo aquilo quanto excluído da cadeia de causalidade ensejar a eliminação do resultado, deve ser tido como sua causa, pouco importando se, isoladamente, possuía ou não idoneidade para produzi-lo. Portanto, para tal teoria inexistem distinções entre causa, concausa e ocasião, sendo causa tudo quanto de alguma forma contribuir para a eclosão do evento danoso.

Tal é a teoria adotada como regra no *caput* do art. 13 do Código Penal brasileiro, segundo o qual “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Esclarecedor mostra-se o exemplo oferecido por Damásio⁴⁰ acerca desta teoria. Segundo o professor, suponha-se que “A” tenha matado “B”. A conduta do homicídio possui uma série de fatos antecedentes, dentre os quais pode-se citar, a título de sugestão,

³⁵ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 217.

³⁶ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaio*. cit., p. 389.

³⁷ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 609.

³⁸ Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso*. v. 5. cit., p. 221.

³⁹ Fernando Capez. *Curso*. v. 1. cit., p. 150.

⁴⁰ Damásio Evangelista de Jesus. *Direito penal*. 22. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 250.

os seguintes: a) a fabricação da arma pela indústria; b) sua aquisição pelo comerciante; c) sua revenda ao agente; d) refeição tomada pelo homicida; e) a emboscada; f) o disparo de projéteis contra a vítima; e g) a produção do resultado morte. Em toda essa cadeia de acontecimentos, excluindo-se quaisquer dos fatos que não a tomada de refeição pelo homicida, o evento não teria ocorrido. Portanto, para esta teoria todos os fatos, exceto a tomada de refeição, são igualmente causas do evento.

Para essa teoria, cada um dos eventos ocorridos no tempo na ausência do qual o evento danoso não teria eclodido considera-se causa, eliminando-se aquelas condições que mostram-se indiferentes à sua produção.

Isso significa afirmar que o fundamento dessa teoria consiste em não diferenciar as condições, mas ao revés, considerá-las todas como obtendo o mesmo valor na configuração no evento danoso.

Segundo pondera Wilson Melo⁴¹, tal teoria não oferece restrição à ampla regra do estabelecimento da relação de causa e efeito entre condições necessariamente dependentes uma das outras, o que, em que pese lógico, pode levar a resultados juridicamente aberrantes.

Seu maior inconveniente repousa no fato de que podem ser numerosos os acontecimentos que concorrem para a verificação do evento danoso, de modo que todo o prejuízo eventualmente apresentaria uma vasta quantidade de causa.

Para Jourdain e Viney⁴², tal conclusão permitiria levar-se em consideração as condições ainda que muito distantes, de modo a incorrer-se no risco de se remontar à causalidade do universo.

No observar de Kant, a cadeia de tais efeitos empíricos dos atos humanos é virtualmente sem fim, é o tipo do *processus in infinitum*. Mais ela se estende, mais cede a causalidade ao aleatório e sua determinação à aparente adivinhação.⁴³

No tocante à responsabilidade penal e à responsabilidade civil subjetiva, não há maiores problemas na utilização de tal teoria, visto que o elemento normativo dolo ou culpa afiguram-se imprescindíveis para sua verificação. Assim é que poder-se-ia dizer que se não fossem os avós não teria nascido o pai do homicida, e este não teria nascido se não

⁴¹ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 209.

⁴² Patrice Jourdain e Geneviève Viney. *Traeté*. cit., p. 163.

⁴³ Luiz Roldão de Freitas Gomes. *Elementos*. cit., p. 71.

fosse por seu pai. Mas, neste caso, há que se perquirir acerca do dolo ou da culpa do agente tanto no concernente à responsabilidade penal quanto no que tange à civil subjetiva.

Para suprir os excessos a que essa teoria pode levar, alguns autores apelam para a idéia de culpa, em que a causalidade seria um dentre os elementos da responsabilidade. Em assim sendo, haveria que se admitir a introdução no campo da *imputatio facti* uma limitação pela *imputatio iures*. Tal limitação, além de ser inoperante em relação à teoria da responsabilidade objetiva, incorreria em condenável confusão quanto à *imputatio facti* e a *imputatio iures*, vez que mistura o que diz respeito ao mundo das causas materiais e objetivas, e o que diz respeito ao mundo do espírito, psicológico ou moral.⁴⁴

6.3.3 Teoria da causalidade adequada

Denuncia esta a falha da teoria da equivalência causal, esclarecendo que nem todos os antecedentes de um dano desempenham o mesmo papel para sua eclosão.

A teoria da causalidade adequada é adotada pelo ordenamento português, no art. 563⁴⁵ de seu Código Civil. Segundo esta teoria, não se considera causa todo e qualquer evento do processo causal. Causa, segundo a teoria da causalidade adequada, é apenas a condição idônea a produzir o resultado lesivo.

Assim, entre o ato e o evento – salienta Trabucchi⁴⁶ – deve haver um nexo de causalidade juridicamente relevante. O art. 1.223⁴⁷, mencionado pelo art. 2.056⁴⁸, todos do Código Civil italiano, refere-se a conseqüências imediatas e diretas. Mas a doutrina é

⁴⁴ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 212.

⁴⁵ Código Civil português: “Artigo 563º (Nexo de causalidade) A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”

⁴⁶ Alberto Trabucchi. *Instituciones de derecho civil* v. 1. Tradução de Luis Martinez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967, p. 218.

⁴⁷ Código Civil italiano: “Art. 1223 Risarcimento del danno - Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (1382, 1479, 2056 e seguenti).” “Art. 1.223 Rissarcimento do dano - O ressarcimento do dano pelo inadimplemento ou pelo retardo deve compreender assim a perda suportada pelo credor como a falta de ganho, quando deste são conseqüência imediata e direta (1382, 1479, 2056 e seguintes).” (Tradução Livre).

⁴⁸ Código Civil italiano: “Art. 2056 Valutazione dei danni - Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso.” “Art. 2.056 Valoração dos danos - O ressarcimento ao ofendido deve determinar-se segundo a disposição dos arts. 1.223, 1.226 e 1.227. O lucro cessante é avaliado pelo juiz com equânime apreciação das circunstâncias do caso.” (Tradução livre).

concorde em não tomar tal expressão em sua literalidade, inclinando-se, portanto, em adotar o conceito da causalidade adequada. Como tal, ainda segundo o autor italiano, compreendem-se aquelas conseqüências, unidas por um nexo de causalidade juridicamente relevante, e que, com base na experiência comum, era objetivamente presumível que derivassem da ação. Assim, se alguém causar ferimentos em outrem, deverá indenizá-lo, não somente com os gastos com tratamentos – *danum emergens* – como também com os prejuízos irrogados pela privação dos ganhos que haveria de obter com a não suspensão de seu trabalho e demais atividades – *lucrum cessans*. Mas, inobstante isto, não haverá dever de ressarcimento dos danos não incluídos dentro da ordem normal da causalidade adequada.

A orientação dominante no direito português é a que considera causa de certo efeito a condição que se mostra, em abstrato, adequada a produzi-lo. Tal adequação traduz-se em termos de probabilidade, fundada nos conhecimentos médios, ou seja, segundo os ensinamentos da experiência comum, é lícito dizer que, posto o antecedente “X”, se dá, provavelmente, o conseqüente “Y”, havendo então, relação causal entre eles.⁴⁹

Analisando-se o ordenamento francês, tem-se que, em numerosas hipóteses pode-se afirmar, a propósito dos danos imputáveis a várias faltas de gravidade consideravelmente desiguais, que a falta mais leve é absorvida pela mais grave, somente esta sendo tida como causa do dano. O exemplo típico concerne ao acidente causado por um automóvel roubado: ainda que se estabeleça que o roubo tenha sido provocado ou facilitado por negligência do proprietário, só a falta do ladrão é, geralmente, tida como causa do dano, salvo quando a negligência que é a origem do roubo aparece como excepcionalmente grave.⁵⁰

No raciocínio de Agostinho Alvim⁵¹, ao apreciar-se certo dano, tem-se que concluir que o fato que lhe deu origem era capaz de dar-lhe causa. Mas, há que se ter em mente se tal relação de causa e efeito existiria sempre em casos dessa natureza, ou se apenas existira naquele determinado caso, por força de circunstâncias especiais. Caso sempre existisse, diz-se então que a causa era adequada a produzir aquele efeito; mas se somente uma circunstância accidental puder explicar tal causalidade, diz-se então que a causa não era adequada.

⁴⁹ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaio*. cit., p. 392.

⁵⁰ Patrice Jourdain e Geneviève Viney. *Traeté*. cit., p. 173.

⁵¹ Agostinho Alvim. *Da inexecução*. cit., p. 345.

Reitera Planiol⁵² que não podem ser considerados como causas fatos em cuja ausência o dano ainda assim seria produzido.

Para os expositores dessa teoria, não são todas as condições *sine qua non* que podem ser consideradas como equivalentes, vez que só aquela condição capaz de dar ensejo a um evento danoso é que pode receber a qualificação de causa adequada.

Para Jourdain e Viney⁵³, a causalidade adequada permite que se tenha uma limitação mais eficaz das responsabilidades, vez que, restringindo o círculo das causas àquelas consideradas adequadas, permite-se a identificação, dentre os eventos da cadeia de acontecimentos, daqueles que realmente provocaram o surgimento do dano.

Reitera Capez⁵⁴ que, ainda que contribua de qualquer modo para a produção do resultado, um fato pode não ser considerado sua causa quando, isoladamente, não guardar idoneidade para tanto. De acordo com tal teoria, resolve-se de uma vez por todas aquela questão da existência dos pais também ser considerada causa em relação ao evento danoso produzido pelo filho, pois, muito embora seja verdade que sem aqueles não existiria este, e sem este não existiria o crime, forçoso é reconhecer que a conduta dos pais em gerar o autor do crime, isoladamente, não representaria o mínimo de idoneidade para provocar o delito cometido.

No interpretar de Marcelo Abelha⁵⁵, para que ocorra um certo evento, no caso o dano, é necessário que exista uma ou mais causas. Tais causas são chamadas de necessárias, porque não poderia sem elas o dano ocorrer. Todavia, conquanto seja necessária, pode uma causa não ser suficiente (adequada) para aquele acontecimento. Daí diferenciar-se a causa adequada da necessária, sendo certo que a causa adequada é um *plus*, um *kid* que se coloca sobre uma causa necessária, o que leva à conclusão de que toda causa adequada é necessária, mas nem toda causa necessária é adequada. O maior problema reside, entretanto, em abstratamente considerar-se uma causa como adequada, em virtude do elevado grau de subjetivismo do sentido de adequação.

Para o problema alerta Trabucchi⁵⁶, aduzindo que a determinação da órbita de causalidade adequada não deve seguir um critério de rigorosa limitação. Modernamente, e em méritos da observação de uma qualitativa valoração dos mais variados fatores causais,

⁵² Marcel Planiol et ali. *Traeté*. t. 2. cit., p. 352.

⁵³ Patrice Jourdain e Geneviève Viney. *Traeté*. cit., p. 163.

⁵⁴ Fernando Capez. *Curso*. v. 1. cit., p. 152.

⁵⁵ Marcelo Abelha Rodrigues. *Elementos de direito ambiental*: parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 163.

⁵⁶ Alberto Trabucchi. *Instituciones*. v. 1. cit., p. 218.

pretende-se que o magistrado intervenha com seu prudente arbítrio, com o fim de também admitir aquelas conseqüências danosas do ato produzido, e que ainda que não sejam efeito imediatamente causados, constituiriam, mediante uma valoração de conjunto, uma necessária e inevitável derivação do mesmo, segundo a teoria vazada no princípio da regularidade causal.

Tal teoria é adotada como exceção pelo Código Penal que, no § 1º de seu art. 13 dispõe que “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

Apenas a título de esclarecimento, tem-se por causas relativamente independentes aquelas que por si só são capazes de produzir o resultado lesivo, não estando situadas dentro da linha de desdobramento causal da conduta. Todavia, pelo fato de serem relativamente independentes, encontram sua origem na própria conduta do agente. A partícula temporal *superveniente* se auto explica, atua após a conduta, mas dela decorre. Admita-se a hipótese de a vítima de um atentado ser levada a um hospital, mas no caminho a ambulância que a transporta é atingida por outro veículo, vindo a falecer em decorrência do choque. Ora, aqui a independência é relativa, uma vez que claro resta que se não fosse pelo atentado, a vítima não estaria naquela ambulância e, por via de conseqüência não teria sofrido aquela colisão que lhe levara ao óbito. Mas, segundo o supracitado dispositivo do Código Penal, o agente somente responderá pelos atos então praticados e, por isso, a depender de sua manifestação volitiva, poderá responder por tentativa de homicídio ou então por lesões corporais consumadas.

No concernente ao tratamento do nexo causal da responsabilidade civil extracontratual e da contratual – salienta Trabucchi⁵⁷ – a diversidade concerne ao art. 1.225⁵⁸, não aludido pelo art. 2.056, ambos do Código Civil italiano. Na responsabilidade extracontratual responde-se por todos os danos resultantes da conduta do agente, aplicando-se o critério da dependência, ou seja, de uma causalidade direta, adequada; para a responsabilidade contratual, diferentemente, introduz-se uma ulterior limitação e se distingue segundo o grau da culpabilidade do sujeito: se agira com dolo, responderá por danos previsíveis e não previsíveis; se com culpa, ou seja, com

⁵⁷ TRABUCCHI, Alberto. v. 1. cit., p. 227.

⁵⁸ Código Civil italiano: “Art. 1225 Prevedibilità del danno- Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione.” “Art. 1.225 Previsibilidade do dano - Se o inadimplemento ou o retardo não depende do dolo do devedor, o ressarcimento é limitado ao dano que se podia evitar no tempo em que nasceu a obrigação.” (Tradução livre).

negligência, imprudência ou imperícia, somente responderá pelos danos previsíveis no momento em que nasceu a obrigação.

Enfim, se a teoria da equivalência das condições atende aos desideratos da teoria da responsabilidade subjetiva, de sorte a atenuar a indenização, não atende, entretanto, aos princípios da responsabilidade objetiva.

6.4 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO NEXO CAUSAL

Após a generalização da objetivação da responsabilidade civil, o próximo passo a ser dado rumo à proteção da vítima e da plena reparação dos danos suportados reside na facilitação da demonstração do nexo de causalidade.

Quando apenas admitia-se a responsabilidade subjetiva, à vítima cabia provar o ato, o dano, o nexo causal e a reprovabilidade da conduta do ofensor. Para a configuração da responsabilidade objetiva, suprimiu-se a prova da “má-conduta” do agente ofensor, contentando-se com a prova do ato, do dano e do nexo de causalidade entre ambos.

Se não se pode negar que, com a responsabilidade objetiva, a vítima fora colocada em situação significativamente mais vantajosa quanto à possibilidade de reparação do dano, não menos verdade é que, algumas vezes, mostra-se dificultosa a demonstração do nexo causal, e outras vezes a existência de tal nexo, embora óbvia, pode ser extremamente custosa para a vítima.

Essa inversão do ônus da prova do nexo causal já galgou previsibilidade legal no ordenamento pátrio, embora no campo previdenciário.

Em que pese parecer que tal inversão só possa ser aplicada mediante previsão legal, valer-se-á da importante inovação da seara previdenciária para aqui consignar-se o entendimento de que, logicamente mediante previsão legal, o mesmo deve ser transportado para o domínio da responsabilidade civil objetiva.

Segundo as alterações da Lei n. 8.213, de 24.07.1991, trazidas pela Lei n.11.430, de 26.12.2006, em certos casos não mais incumbe ao trabalhador a prova do nexo causal entre o acidente e a relação de trabalho. Se até então, a responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – já era objetiva, cabendo ao acidentado tão-só a prova

do liame de causalidade entre o dano e seu fato gerador, de agora em diante, instituído o chamado nexu técnico epidemiológico, inverte-se o ônus da prova do nexu, cabendo à autarquia securitária demonstrar a não-relação entre o acidente e o trabalho. Dispõe, com efeito, o art. 21-A, acrescentado à Lei n. 8.213/1991, que

A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexu técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

A regra supratranscrita aplica-se apenas em caso de acidentes causadores de doenças comuns à atividade laboral exercida, ou seja, caso a enfermidade contraída esteja estatisticamente ligada à atividade desenvolvida, de modo a reconhecer-se, automaticamente, seu nexu causal com o trabalho.

A nova lei foi regulamentada pelo Decreto n. 6.042, de 12.02.2007, que, na Lista B de seu Anexo II, indica as doenças ligadas ao risco ocupacional, autorizadas da aplicação do nexu técnico epidemiológico.

Em matéria de responsabilidade civil, de *lege ferenda*, pretende-se que seja alcançado o patamar em que o explorador de uma atividade perigosa por sua natureza ou pela natureza dos meios empregados, atividade esta tolerada pela ordem jurídica porque lícita e relevante, será instado a reparar o dano, porque sua ocorrência já se encontraria relacionada à realização do risco caracterizado que ela, a atividade, comporta.⁵⁹

6.5 O ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL NAS ATIVIDADES PERIGOSAS

Uma vez definida em concreto como perigosa, responderá aquele que desempenha a atividade pelo simples risco, ficando a vítima obrigada, tão-somente, a provar o nexu causal, inadmitindo-se escusas subjetivas por parte do imputado.⁶⁰

É necessário – e não poder-se-ia deixar de dizer – que deve-se observar a

⁵⁹ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 338.

⁶⁰ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 89.

existência de nexo de causalidade quando de responsabilidade por danos decorrentes de atividades perigosas se tratar. É que, excetuadas as duas únicas hipóteses de responsabilidade objetiva segundo a subteoria da responsabilidade civil objetiva pura, prevista em legislação especial, o Código adota a subteoria do risco criado. Neste caso, conforme lições de Maria Helena Diniz, não se cogita, para efeito ressarcitório, de existência de nexo causal ou de dolo ou culpa do explorador da atividade, que arcará com o ônus da indenização, embora possa ter direito regressivo contra o causador do dano.

Sobre a responsabilidade nuclear, discorre Maria Helena Diniz⁶¹ poder inexistir liame causal entre a ação do explorador e o acidente nuclear verificado, pois este pode ocorrer até mesmo sem seu conhecimento, daí afirmar-se haver uma responsabilidade agravada, pois o vínculo causal é de certa forma tênue que se reduz à mera ocorrência do evento lesivo. Assim, salta-se a etapa do nexo causal, bastando que a vítima prove que o dano sofrido é conseqüência do acidente nuclear.

Todavia, em se tratando de responsabilidade por exposição a perigo de dano, o exercício de atividade perigosa deve ser a causa e não a simples equivalência ao momento de ocorrência do dano. Destarte, nos casos de responsabilidade fundada no exercício de atividades perigosas, ou de periculosidade dos meios empregados para seu desenvolvimento, o liame de causalidade estabelece-se entre a periculosidade objetiva e o dano verificado, ou seja, o dano deve derivar do exercício de uma atividade perigosa *in re ipsa*, e não de um comportamento culposo do agente ou de terceiro.⁶²

É de observar-se, com efeito, que, em razão da complexidade das atividades perigosas, a prova do nexo causal, a cargo da vítima, mostra-se de difícil, senão de impossível produção. Com isso, a teoria da causalidade adequada, adotada como regra pelo ordenamento brasileiro, se apresenta desnaturada quando aplicada a disposição sobre responsabilidade civil objetiva por danos decorrentes de atividades perigosas, podendo ocorrer, inclusive, que a existência do nexo surja *ex post* à verificação do dano, ao admitir-se o caráter de periculosidade da atividade.⁶³

Por conta dessas atividades é que se deve admitir a constatação *ex post* da periculosidade, realizada de tempo em tempo e sob a ótica da intensidade do dano ocorrido,

⁶¹ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 632.

⁶² Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 303.

⁶³ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 304.

de sorte a dificultar, por parte do agente, a prova liberatória do dever de indenizar.⁶⁴

Há situações em que a responsabilidade, a despeito do implemento das condições conducentes, é elidida por força de fatores exógenos que afastam sua existência para o imputado. Esses fatores podem ser de ordem natural, como por força maior ou caso fortuito, e de ordem voluntária, no caso de fato exclusivo da vítima ou de terceiro.⁶⁵

Valendo-se de lições de Josserand⁶⁶ o demandado no processo indenizatório, para excluir o nexo causal, deve provar que o dano provém, no todo ou em parte, de fato de seu adversário: a vítima. Deste modo, desaparece completa ou parcialmente a relação de causalidade, de forma que a responsabilidade do demandado resta descartada, ou ao menos atenuada. Será descartada na eventualidade de a contribuição da vítima para o evento danoso ser tal que absorva a de seu adversário; restará atenuada se ambas as partes concorrerem para a produção do dano, procedendo então o juiz a uma divisão de responsabilidade sob a forma de uma moderação dos danos e prejuízos reconhecidos à vítima; e a responsabilidade do demandado subsistirá em sua integridade se o fato da vítima não houver influenciado para nada na produção do dano.

É neste sentido que preconiza o art. 393 do atual Código Civil não responder o devedor por prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se por eles não se houver expressamente responsabilizado. Entretanto, o dispositivo mencionado encontra-se no Capítulo I do Título IV do Livro I da Parte Especial do Código Civil, que versa sobre o inadimplemento das obrigações. Por isso o art. 393 pareceria de discutível aplicação ao se tratar de danos advindos de atividades lícitas, por não haver, necessariamente, inadimplemento, mas sim verificação do fato gerador suficiente para que faça eclodir, contra o agente, o dever de indenizar.

Se tal pode ser tranquilamente afirmado quando diante de responsabilidade civil subjetiva, o mesmo não se pode dizer quando da análise da responsabilidade objetiva, mormente em se tratando do sistema especial de atividades perigosas.

Diante dessa espécie de responsabilidade, coloca-se a indagação acerca da possibilidade de exclusão do dever de indenizar, quando o dano tiver como causa fato de terceiro ou da vítima, ou então o caso fortuito ou a força maior.

⁶⁴ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 311.

⁶⁵ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade*. cit., p. 80.

⁶⁶ Louis Josserand. *Derecho civil*. v. 1. t. 2. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 338-339.

Faz-se oportuno mencionar aqui as idéias de causa real e causa virtual, definidas por Antunes Varela⁶⁷, para quem causa virtual é o fato real ou hipotético que tenderia a produzir certo resultado danoso, caso este não fosse levado a efeito por um outro fato tido como sua causa real. Exemplifica com a hipótese de alguém, no intuito de matar um animal, ministrar-lhe alimento envenenado em quantidade suficiente para provocar-lhe a morte, entretanto vindo um terceiro a abatê-lo a tiro, dir-se-á que o disparo do projétil fora a causa real de sua morte, enquanto o envenenamento é causa virtual do mesmo efeito, pois também esse evento, não fosse aquéloutro, produziria o dano. Ocorre que, um outro fato – o real – cortara o fio de causalidade que o virtual desprendera.

No concernente à responsabilidade civil por atividades perigosas, nem sempre serão aplicáveis as referidas lições de Antunes Varela. Como ficou assentado ao tratar-se da teoria objetiva pura de Álvaro Villaça Azevedo, haverá o dever de indenizar independentemente de culpa de quem quer que seja, vale dizer, sem que seja possível invocar a exclusão do nexo causal.

Esclarece Hironaka⁶⁸ que a jurisprudência estrangeira vem decidindo que, na maior parte das vezes, não se considera causa excludente de responsabilidade o fato de que estas condutas tenham sido inseridas na esfera jurídica do agente, e tenham, por isso, causado danos à vítima. Para exonerar-se, neste caso, o agente deverá demonstrar, rigorosamente, ter adotado todas as medidas oportunas e suficientes para evitar a intervenção da vítima ou do terceiro. O efeito liberatório somente será admitido, se o fato de terceiro ou da vítima afastar, categoricamente, o liame causal entre a atividade perigosa e o dano produzido, não bastando, portanto, que essas pessoas tenham apenas, de alguma forma, se imiscuído no exercício da atividade perigosa; do contrário, far-se-ia necessário que as medidas adotadas para evitar a intromissão tenham sido tomadas à exaustão.

Segundo Silvio Rodrigues⁶⁹, a existência de uma excludente de responsabilidade atenua ou extingue o dever ressarcitório, justamente por atenuar ou mesmo extinguir a relação de causalidade.

Assim, na linha do Código de Defesa do Consumidor, somente inexistirá dever de indenizar provando o executor da atividade que o dano dela não decorreu, ou que inexistente dano, ou ainda que o dano decorre de ato imputável exclusivamente ao lesado, valendo,

⁶⁷ João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações*. v. 1. cit., p. 618.

⁶⁸ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. cit., p. 310.

⁶⁹ Silvio Rodrigues. *Direito civil*. 20. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 164.

neste último caso, as observações acima tecidas.

Entretanto, uma observação a respeito da teoria do risco do desenvolvimento faz-se imprescindível. Risco do desenvolvimento é aquele que não pode ser identificado quando da disponibilização da atividade do mercado, em virtude de impossibilidade técnica e/ou científica, portanto somente podendo ser constatado em época posterior. O Código de Defesa do Consumidor, ao tratar das excludentes de responsabilidade do fornecedor de serviços, não disciplina expressamente o risco do desenvolvimento. Ainda assim, há juristas, com fulcro no inc III do § 1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que defendem a exclusão de responsabilidade.⁷⁰

Os prosélitos da não responsabilização pelo risco do desenvolvimento advogam que o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, dentre as quais a época em que foi fornecido. Se nesta época, inexistia fundamento técnico ou científico para detectar a periculosidade da atividade do fornecedor, não haveria que se falar em responsabilidade civil.

Salienta Kionka⁷¹ que em caso de negligência do ofensor, este não é ordinariamente escusado pelo fato de que o dano foi levado a cabo por uma causa interventiva inevitável, tal como a força maior, tão logo o resultado danoso esteja dentro do escopo de risco que ele criou.

Note porém, que o ofensor, por criar uma situação evidentemente perigosa, não pode, sem justo motivo, limitar a liberdade de ação do ofendido ou injustificadamente restringir-lhe o exercício de seus direitos. Por outro lado, o ofendido não pode razoavelmente assumir que o ofensor irá protegê-lo de riscos óbvios.⁷²

Admite-se, em geral, a culpa exclusiva da vítima (*rectiu*: fato exclusivo da vítima) como fator isentivo da responsabilidade do agente.

Reitera Garcez Neto⁷³ que, neste particular, o exemplo característico é o da pessoa que se suicida atirando-se sob as rodas de um veículo. Até os leigos compreendem estar o motorista isento de responsabilidade.

O Código Civil brasileiro, no parágrafo único de seu art. 927, não prevê

⁷⁰ Roberta Densa. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 51.

⁷¹ Edward J. Kionka. *Torts*. 3. ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 51.

⁷² Edward J. Kionka. *Torts*. cit., p. 52-53.

⁷³ Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade civil no direito comparado*. cit., p. 200.

expressamente a exclusão de responsabilidade daquele que desenvolve atividades perigosas. Assim, devido ao silêncio da lei, é que somente pode-se admitir a exclusão de responsabilidade nos tradicionais casos de rompimento donexo causal, como a força maior, o caso fortuito, o fato de terceiro ou o fato exclusivo da vítima.

Já o Código Civil italiano, nos termos do já analisado art. 2.050, expressamente contempla a possibilidade de exoneração de responsabilidade civil, se o causador do dano comprovar ter adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo. Por tal previsão é que importante seguimento da doutrina internacional afirma, como consignado linhas atrás, que não se trata de uma responsabilidade objetiva, mas sim de uma mal-disfarçada hipótese de responsabilidade civil subjetiva com presunção de culpa, implicando em inversão do ônus da prova em favor do lesado.

No mesmo sentido do direito italiano, e assim como o pretendeu o art. 872 do Anteprojeto de Código de Obrigações brasileiro de 1963, o direito português, no art. 493º, 2 de seu Código Civil, dispõe que não haverá obrigação de reparação por danos ocasionados no exercício de atividades perigosas caso seu causador comprove ter adotado todas as providências exigidas pelas circunstâncias, com o fim de os prevenir.

Na esteira do direito italiano e português, a análise literal dos referidos textos permitiria afirmar tratar de responsabilidade subjetiva, com perquirição de culpa do agente causador. Isto porque, uma vez ocorrido o dano oriundo do exercício de atividade perigosa, confere-se ao seu causador a possibilidade de provar ter adotado todas as medidas idôneas para preveni-lo. Em outras palavras significa dizer que o causador do dano não teria cometido ilicitude se comprovar que não agira com culpa, que não houve desvalor de sua conduta.

Quanto à interpretação dos dispositivos dos Códigos italiano e português, reporta-se ao que foi exposto no capítulo 4 deste trabalho.

CAPÍTULO 7

O PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL

7.1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA

A livre iniciativa tem como fundamento o ideal liberal, que garante aos cidadãos o exercício dos direitos individuais em face do Estado, que deve intervir minimamente na economia. Nas felizes conclusões de Celso Bastos¹, a livre iniciativa consagra a liberdade de exercício da atividade econômica sem se deparar com as restrições impostas pelo Estado.

Complementam Araújo e Nunes Júnior², afirmando que o capitalismo, em sua primitiva concepção, encarava o mercado como um mecanismo auto-regulador, de onde naturalmente emanavam todas as regras do relacionamento econômico, de modo que os aspectos básicos da economia – como o mercado, as empresas e as relações de trabalho – gravitavam à margem do sistema jurídico-normativo. Entendia-se que o capitalismo, por si só, produzia uma ordem natural e auto-suficiente, de sorte a afastar as interferências normativas do Estado. Ainda nas lições dos ilustres professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

a evolução das relações econômicas demonstrou uma irrecusável tendência concentradora do capitalismo, em que o mercado, em vez de palco da concorrência entre diversos agentes econômicos, passou a ser objeto de práticas monopolistas, pontilhadas pelo chamado abuso do poder econômico.

Isto fez com que se procurasse viabilizar uma ordem jurídica mais abrangente, contendo normas reguladoras e norteadoras das relações econômicas, eclodindo naquilo que se usou denominar de constitucionalização da economia.

¹ Celso Ribeiro Bastos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 727-728.

² Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 449-450.

A primeira referência feita ao princípio da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro – ainda que timidamente e em outro contexto histórico – deu-se na Constituição de 1934 que, em seu art. 115, dispunha que “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

Essa idéia é retomada pela Constituição de 1946 que, em seu art. 145, dispunha: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”.

A atual Constituição prevê o respeito à dignidade humana, dentre outros dispositivos, no *caput* de seu art. 170 que dispõe que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Como adverte Paolo Barile³, a garantia de proteção ao trabalho não aproveita apenas ao trabalhador subordinado, como também ao autônomo e ao empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país.

É neste contexto que a livre iniciativa é erigida em fundamento da ordem econômica e princípio constitucional fundamental, que, em cotejo com os princípios de proteção da propriedade privada, dos direitos do consumidor, do trabalho e do livre exercício de qualquer profissão lícita, enuncia uma nítida opção do constituinte pelo modelo capitalista.

Mas, como asseveram Araújo e Nunes Júnior, não se trata a livre iniciativa de um direito absoluto, sem fronteiras e finalidades, pois, como fundamento da ordem econômica, resta jungida a seus fins declarados no *caput* do art. 170, vale dizer, proporcionar dignidade a todas as pessoas, em conformidade com os ditames da justiça social. Arrematam os citados professores⁴: “destarte, não pode ser considerada uma liberdade pública como as demais, visto que sua preocupação básica não é o indivíduo, mas a coletividade”.

³ Paolo Barile. *Diritti del l' homo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Molino, 1984. p. 105, apud Alexandre de Moraes. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 49.

⁴ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso*. cit., p. 451.

A Constituição – assevera Gramstrup⁵ – garante as liberdades de livre-iniciativa e de livre-concorrência, o que equivale a dizer que o agente econômico pode crescer e tomar mercado aos demais, desde que o faça por sua maior eficiência econômica. Diante disso, inegável mostra-se que um dano patrimonial é causado aos efetivos ou potenciais concorrentes que perderam sua freguesia, no todo ou em parte. Todavia trata-se de dano lícito, afastando aprioristicamente o enquadramento da questão na responsabilidade civil, pois, se o empresário resvala no ilícito para eliminar sua concorrência, incorrerá em abuso de sua posição dominante, daí advindo conseqüências nos planos administrativo, penal e civil.

Quando se age exercendo um direito dentro dos limites reconhecidos, tais atos, ainda que prejudiciais a outrem, são lícitos e não constituem o agente em responsabilidade civil – *qui iure suo utitur nemine facit iniuriam*. Em outras palavras, quem exerce um direito, aquele que desenvolve uma atividade ao abrigo de um direito subjetivo, não incorre em responsabilidade civil.⁶

E, quando potencialmente perigosa uma atividade que é aceitável pelo direito, em nome não só do desenvolvimento econômico, mas também pautado no princípio fundamental da livre iniciativa, é que se busca um padrão de caracterização das circunstâncias danosas capazes de justificar a aquela imputação de responsabilidade civil, além do sistema subjetivo e do sistema objetivo casuístico, tendo-se sempre em vista a impossibilidade de se eliminar, em absoluto, o perigo, mediante adoção de razoáveis medidas de precaução. A este nível de otimização que se procura, talvez seja possível chegar em tempo não tão longínquo, de sorte a viabilizar-se um critério geral de fundamentação de responsabilidade objetiva, no intuito de se tutelar de modo cada vez mais eficiente os direitos das vítimas desses danos, tendo-se por fundamentação original maior os princípios constitucionais de solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.⁷

⁵ Eric Frederico Gramstrup. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Federal, 2006, p. 44.

⁶ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 191-194.

⁷ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 301-302.

7.2 O VALOR CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA DIVERSIDADE DE DEFINIÇÕES

A diversidade de concepção acerca do valor da dignidade da pessoa humana deve-se ao fato de este ter sido formulado ao longo do tempo, de modo paulatino e fruto de diferentes momentos históricos, portanto não se tratando de conceito apriorístico. Em verdade, não se cuida de um direito concedido pelo Estado a sua população, mas de um princípio preexistente, inerente à qualidade de ser humano, que ele Estado reconhece e proporciona os mecanismos para seu exercício.

Uma vez inerente a todos os seres humanos, a dignidade não se adquire por meio de ações ou declarações, porque deriva, na atual cultura jurídica ocidental, tão-somente da condição de ser humano. Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana independe de estado ou de outros qualificativos jurídicos, não nasce de contrato ou de qualquer outra declaração de vontade, não se liga aos papéis ou outras atividades que a pessoa desempenha, tampouco guarda relação com a capacidade de fato, havendo mesmo quem afirme que a dignidade independe do nascimento com vida, uma vez que o nascituro, antes de seu nascimento, já possuiria a qualidade de humano. Então, o pressuposto da dignidade da pessoa humana seria unicamente a qualidade de ser humano, e não o nascimento com vida.⁸

É com São Tomás de Aquino que a dignidade humana recebe sua primeira expressa referência, afirmando ser o homem composto de matéria e espírito, formando uma unidade substancial, mas que, apesar disso não impede que a alma seja imortal. Isto significa que a noção de pessoa não é apenas uma exterioridade, como a máscara grega de teatro, mas a própria substância, ou seja, a forma que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade. Desta concepção ressaí o caráter único do ser humano, que o distingue dos demais entes enquanto ser racional e intelectual, assim como a idéia de que todos os seres humanos são iguais em dignidade, porque todos são inata e naturalmente dotados da mesma racionalidade, na medida em que concebidos à imagem e semelhança de Deus.⁹

Foi na Constituição alemã, de 23.05.1949, que primeiro se elevou a dignidade da pessoa humana, mediante uma formulação principiológica, como direito fundamental,

⁸ Roxana Cardoso Brasileiro Borges. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15-16.

⁹ Flademir Gerônimo Belinati Martins. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 23-24.

expressamente estabelecendo em seu art. 1º, 1 que “a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais.” Após reconhecido na Lei Fundamental da Alemanha, o princípio espalhou-se por diversas constituições, tais como a portuguesa de 25.04.1973 e a espanhola de 1978.¹⁰

No ordenamento brasileiro, foi ao tempo da Constituição de 1967 – obtempera Martins¹¹ – que pela primeira vez a dignidade da pessoa humana foi mencionada mediante uma formulação principiológica. Dispunha o inc. II do art. 157 da referida Carta que “Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana”.

Como se pode depreender do dispositivo supracitado, não se trata de uma formulação principiológica tal qual operada pela atual Constituição.

No magistério de Celso Bastos¹²

embora dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico. [...] Este foi, sem dúvida, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico.

Para Kant¹³,

no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ela ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

No pensamento de Kant, o que concerne às inclinações e necessidades do homem possui um preço comercial, o que, sem supor uma necessidade, se conforma a determinado gosto ou satisfação sem nenhuma finalidade, tem um preço de afeição ou de sentimento – *affektionsprees* –; mas, o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, vale dizer, dignidade.

¹⁰ Fladimir Gerônimo Belinati Martins. *Dignidade*. cit., p. 34.

¹¹ Fladimir Gerônimo Belinati Martins. *Dignidade*. cit., p. 48.

¹² Celso Ribeiro Bastos. *Curso*. cit., p. 248-249.

¹³ Immanuel Kant. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 65.

Segundo o filósofo alemão, todas as ações tendentes à coisificação do ser humano, de sorte a torná-lo mecanismo de satisfação da vontade de outrem, atentam contra a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, são proibidas.

O pensamento de Kant é extremamente antropológico, pois segundo ele, apenas as pessoas, enquanto seres racionais, constituem-se em fim em si mesmas, ao passo que os demais seres vivos, por sua irracionalidade, consideram-se coisas, em que pese também possuírem um valor, embora relativo, na medida em que tal valor é um preço e não uma dignidade.¹⁴

Essa apreciação implica em reconhecer-se como dignidade o valor de uma disposição de espírito tal, colocada infinitamente acima de todo preço, com o qual não pode ser posta em confronto nem em cálculo comparativo sem que, de um modo ou de outro, se fira sua santidade. O que justifica tão elevadas pretensões de sentimentos morais, bons ou de virtude é a possibilidade que proporciona ao ser racional de participar na legislação universal, tornando-o, por meio disso, apto a ser membro de um possível reino dos fins, ao qual estava destinado por sua própria natureza, e livre a respeito de todas as leis da natureza, obedecendo unicamente àquelas que ele próprio se põe, e segundo as quais as suas máximas podem pertencer a uma legislação universal, a qual simultaneamente se submete.¹⁵

O homem como sujeito do conhecimento é ativo e criador, capaz de sentir-se responsável por seus próprios atos, e de ter consciência de seus deveres, vendo-se livre para impor a si mesmo suas próprias leis. Assim, mais do que simplesmente respeitar deveres, o homem deles necessita para tornar-se um ser moral, conquanto obedecer-lhes importa em obedecer a si mesmo, na medida em que ele próprio, consciente e racionalmente, os estabeleceu.¹⁶

Daí segue-se que todo ser racional, como fim em si mesmo, terá de poder considerar-se, com respeito a todas as leis às quais possa estar submetido, ao mesmo tempo como legislador universal; porque exatamente essa aptidão de suas máximas para constituir a legislação universal o distingue como fim em si mesmo, e do mesmo modo sua dignidade em face de todos os simples seres naturais tem como decorrência o haver de tornar sempre as suas máximas do ponto de vista dele próprio e, simultaneamente, do ponto de vista dos demais seres racionais como legisladores, por conseguinte chamados pessoas. O princípio

¹⁴ Fladimir Gerônimo Belinati Martins. *Dignidade*. cit., p. 28.

¹⁵ Immanuel Kant. *Fundamentação*. cit., p. 66.

¹⁶ Fladimir Gerônimo Belinati Martins. *Dignidade*. cit., p. 26.

formal dessa máxima é: “age como se a tua máxima devesse servir ao mesmo tempo de lei universal (de todos os seres racionais)”.¹⁷

Na concepção antropocentrista de Pico della Mirandola¹⁸, é a capacidade racional do homem que lhe permite tomar consciência de sua dimensão como ser livre. Constituir-se-ia o homem, então, no ser mais digno da criação de Deus, porque colocado no centro do universo, e porque de tudo que foi criado, ele homem possui a semente. Essa liberdade piquiana levou à afirmação de que, enquanto o animal, devido à sua natureza, somente pode ser animal, e o anjo só pode ser anjo, o homem teria quase o divino poder de constituir-se segundo aquilo que quiser ser. Em outras palavras, a possibilidade de viver como os animais ou os seres espirituais depende inteiramente de sua liberdade de escolha. O alcance ético do poder ser leva o homem, orientado pela razão, a agir com vistas à obtenção dos mais altos valores espirituais, o que traduz mais uma das formas de se expressar superiormente a todas as demais criaturas.

Para Sarlet¹⁹, por dignidade da pessoa humana deve ser entendida

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, em um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegure a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ao comentar a definição de Sarlet, ressalta Martins²⁰ que a dignidade constitui qualidade inerente a cada pessoa, que a torna destinatária do respeito e proteção por parte tanto do Estado como das demais pessoas, de sorte a impedir que seja alvo de situações desumanas e degradantes, além de garantir-lhe o direito de gozar de condições existenciais mínimas. Além disso – assevera Martins – a dignidade também implica em considerar que a pessoa humana é chamada a ser responsável não somente por seu próprio destino, como também pelos das demais pessoas humanas, destacando-se o fato de que todos possuem deveres para com a comunidade.

¹⁷ Immanuel Kant. *Fundamentação*. cit., p. 68-69.

¹⁸ Giovanni Pico della Mirandola. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: 70, 1989, p. 26-28.

¹⁹ Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59-60.

²⁰ Fladimir Gerônimo Belinati Martins. *Dignidade*. cit., p. 120.

Já na complexa definição de Alexandre de Moraes²¹,

a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, *somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como conseqüências imediatas da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (sem grifos no original)

Em outra passagem, assevera Alexandre de Moraes²² que

as essenciais, sérias e rigorosas limitações ao poder estatal, consistentes na previsão de extenso rol de liberdades públicas, somente poderiam ser absolutamente respeitadas em tempos de normalidade, pois nos momentos de crise – guerras externas e internas, invasões, rebeliões – seriam afastadas quaisquer possibilidades de reação do governo para manutenção de sua soberania.

Disso pode-se retirar que, na concepção do ilustre autor, o princípio da dignidade humana possuiria um núcleo mínimo absolutamente invulnerável tão-somente enquanto vigorasse o Estado de paz e normalidade, mas diante de situações de crise, tal princípio poderia ser mitigado, sem contudo menosprezar-se a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A situação de crise constitucional, quando não convenientemente administrada, pode provocar o rompimento do equilíbrio constitucional e, por conseguinte, colocar em grave risco as instituições democráticas. Tal situação enseja oportunidade à instauração do sistema constitucional das crises, de feição temporária e extraordinária, que tem por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional. Substitui, temporariamente, a legalidade normal pela legalidade extraordinária, regente e definidora do estado de exceção.²³

Se a decretação de Estado de sítio se der em decorrência de declaração de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, nos termos do inc. II do art. 137 da

²¹ Alexandre de Moraes. *Direitos humanos*. cit., p. 48.

²² Alexandre de Moraes. *Direitos humanos*. cit., p. 32.

²³ José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 761.

Constituição, poderão ser restringidos – salienta Alexandre de Moraes²⁴ – em tese todos os direitos e garantias constitucionais, desde que presentes os requisitos exigidos. Ressalta, outrossim, aquele autor,

que jamais haverá, em concreto, a possibilidade de supressão de todos os direitos e garantias individuais, sob pena do total arbítrio e anarquia, pois não há como suprimir-se, por exemplo, o direito à vida, à *dignidade humana*, à honra, ao acesso ao Judiciário. (sem grifos no original).

Novamente é de se encontrar em estado de perplexidade acerca de possível contradição no pensamento do ilustre professor, pois se de um lado admite ele, em hipóteses excepcionais, a inobservância, no todo ou em parte, do princípio da dignidade humana, em outra passagem da mesma obra afirma não ser este princípio passível de supressão. Todavia, o que dificulta a compreensão daquele pensamento supra transcrito, é o fato de não se poder admitir observância parcial da dignidade humana, pois esta, ou se tem ou não se tem! Qual pessoa, por exemplo, poderia afirmar ser meio digna ou quase digna de algum direito? Todavia, deve-se transcrever entendimento de Martins que²⁵, ao mesmo tempo que poderia justificar o pensamento de Alexandre de Moraes, também o pode refutar. Segundo as lições do autor catarinense, seria possível a dignidade humana tratar-se tanto de um princípio absoluto como relativo, pois,

na verdade, tanto uma quanto outra posição implicam alguns riscos para a sua plena eficácia normativa. Afinal, se considerarmos o princípio da dignidade da pessoa humana como um superprincípio, totalmente absoluto, estaríamos relativizando por demais a normatividade de outros princípios também importantes, bem como correndo o risco de assistirmos, em termos práticos, à sua banalização. Por outro lado, em seu reconhecimento como princípio relativo, quando levado a extremos – como a humanidade já presenciou, por exemplo, em algumas doutrinas utilitaristas – poderia servir de justificativa para indevidas restrições à dignidade da pessoa humana.

À guisa de arremate, e, ao que parece, confirmando o entendimento de ser a dignidade um princípio inafastável a qualquer título, discorre o autor²⁶ que

²⁴ Alexandre de Moraes. *Direitos humanos*. cit., p. 37-38.

²⁵ Fladimir Gerônimo Belinati Martins. *Dignidade*. cit., p. 108.

²⁶ Alexandre de Moraes. *Direitos humanos*. cit., p. 39.

no âmbito do Direito Internacional, é importante salientar a existência de previsão normativa de suspensão de direitos e garantias fundamentais. O Pacto de San José da Costa Rica, que conforme já estudado foi devidamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, prevê, em seu art. 27, a possibilidade de suspensão de garantias em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte. Nessas hipóteses, haverá a possibilidade da adoção de disposições que, na medida e pelo tempo, estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõem o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. Estabelece, igualmente, restrições a essas medidas, vedando expressamente a suspensão dos direitos de reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal; à proibição da escravidão e da servidão; dos princípios da legalidade e da retroatividade; da liberdade de consciência e religião; dos direitos ao nome, da criança, de nacionalidade; da proteção à família e dos direitos políticos.

7.3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Numa perspectiva histórica, constata-se que os direitos fundamentais eram dirigidos, única e exclusivamente, contra o Estado que, muitas das vezes, mitigava sua aplicabilidade.

O Estado, segundo Dalmo de Abreu Dallari,²⁷ constitui-se em meio pelo qual indivíduos e sociedade possam atingir seus fins particulares. Apregoa ser o desenvolvimento integral da personalidade do povo o objetivo do Estado, o que faz com que se determine uma concepção de bem comum particular para cada Estado, em função das peculiaridades de seu respectivo povo.

O Estado de direito, originariamente liberal, assentava-se na idéia de liberdade, de modo a restringir sua atuação aos estritos limites da legalidade. O capitalismo/liberalismo ocidental do século XVIII pautou-se, precipuamente, na idéia de neutralidade estatal que se expressa na sua não-intervenção na esfera particular dos indivíduos. O Estado, então considerado adversário das liberdades privadas, permitia que os direitos fundamentais fossem concebidos como limites para atuação dos governantes, de modo a estabelecer rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e o do Estado.

²⁷ Dalmo de Abreu Dallari. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 107.

O modelo liberal – pondera Roberta Densa²⁸ – priorizava a liberdade do indivíduo e o direito de propriedade, com o intuito de possibilitar à burguesia a manutenção do sistema capitalista. Portanto, para o modelo liberal, a ordem econômica deveria decorrer, tão-somente, das leis naturais, de sorte que as constituições preocupavam-se apenas com os direitos fundamentais individuais e com a organização política do Estado.

Não obstante os inegáveis progressos alcançados pela humanidade com fulcro nos ideais liberais, o individualismo – conseqüência natural desse modelo de Estado pautado no *laissez faire*, *laissez passez* – mostrou-se insuficiente para observar e assegurar o cumprimento do princípio da dignidade humana. Como grande causador de desigualdades e injustiças, aos poucos o ideal liberalista cedeu parte de seu espaço ao paradigma social.

Assim, a partir do século XIX passou-se a observar um movimento de maior intervenção do Estado na economia, ganhando os direitos econômicos e sociais *status* constitucional. A constitucionalização desses direitos justifica-se, pois sob o prisma do liberalismo exacerbado, o indivíduo não poderia exercer os mais básicos direitos, caso estivesse à margem da sociedade.²⁹

Tais movimentos sociais – que vigoraram entre o século XIX e idos do século XX, principalmente no segundo pós-guerra e tendo como pioneiras as Constituições do México de 1917 e a da República de Weimar de 1919 – fizeram despertar a idéia de justiça social ou distributiva.

O Estado social de direito – *welfare state* – visava, sobretudo, atender os reclamos sociais de índole assistencial de maneira a promover a consecução de bem-estar geral.

Perceptível que foi a insuficiência da noção de um Estado social de direito, que sofreu desvios para fundamentação de experiências totalitárias, bem como por não apresentar, assim como o liberal, necessariamente, conteúdo democrático, chega-se, atualmente, ao conceito chave de Estado democrático de direito. Seu marco inicial certamente situa-se no momento em que o direito de sufrágio foi conquistado pelas classes menos favorecidas, de modo a romper-se com aquela absoluta hegemonia burguesa nos parlamentos.

Os Estados sociais, mormente aqueles que adotaram o modelo de constituição dirigente, não conseguiram desincumbir-se das inúmeras tarefas prestacionais que

²⁸ Roberta Densa. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.

²⁹ Roberta Densa. *Direito do consumidor*. cit., p. 2.

assumiram, principalmente por escassez de recursos e por sua demasiada burocratização.

A concepção pós-social defende a idéia de um Estado subsidiário, que restitui à iniciativa privada o exercício de atividades econômicas às quais vinha se dedicando, por meio de privatizações e reengenharias múltiplas. É um modelo que busca parcerias com a iniciativa privada e com o terceiro setor, para a prestação de serviços públicos e desempenho de atividades de interesse coletivo, mas sempre sob sua supervisão e fiscalização. Ao invés de empregar meios coercitivos, tenta incentivar os atores privados, a fim de que adotem os comportamentos desejados mediante sanções-prêmios ou outros mecanismos hábeis.³⁰

O Estado democrático de direito, erigido sobre o conceito de soberania popular, segundo o que dispõe a Declaração de 1948, é o único compatível com o pleno respeito aos Direitos Humanos. Desta feita, o regime democrático passa de uma mera opção política dentre outras várias, para aquela única solução legítima para a organização do Estado. Neste diapasão enuncia Bobbio³¹ que direitos do homem, paz e democracia são três momentos necessários de um mesmo movimento e, portanto, se não há reconhecimento de Direitos Humanos não há democracia e, conseqüentemente, não há mecanismos de pacificação para a composição dos conflitos.

Em relação ao Estado, há que se falar em eficácia vertical dos direitos fundamentais, uma vez atuando o Poder Público por meio de seu *ius imperie*.

Hodiernamente, com o afastamento do Estado de grande parte daquelas atividades que diretamente exercia, pode ocorrer, e geralmente ocorre, que a violação desses direitos fundamentais dê-se, não por ação ou omissão do Estado, mas do empreendedor privado que então passou a desenvolver atividades antes relegadas ao exclusivismo do Poder Público.

Denunciam Diez-Picazo e Gullon³² que historicamente a questão da proteção dos direitos fundamentais tenha ficado restrita, até tempos bastante recentes, ao âmbito do direito público. Os textos constitucionais básicos dos Estados proclamam o respeito à pessoa, a seus atributos e às suas liberdades, de um modo amplíssimo, de sorte a reconhecer uma esfera na qual o poder do Estado não pode avassalar. Sem embargos,

30 Daniel Sarmiento. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004. p. 51. Comenta o autor, mais adiante, p. 52, que tal modelo aumenta os riscos para os direitos humanos e expõe o indivíduo a novas formas de opressão, devido à interpenetração entre público e privado, e a capacidade negocial cada vez mais crescente deste último sobre aquele.

31 Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. 8. ed. 17 tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1.

32 Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon. *Sistema de derecho civil*. v. 2. Madrid: Tecnos, 1976, p. 313.

atualmente estende-se para o campo do direito privado a presunção pela defesa da pessoa, a qual é lógica, pois não basta que sua proteção derive de uma relação apenas da pessoa com o Estado, mas também há de havê-la em função das demais pessoas.

A teoria da eficácia horizontal defende aplicar-se o dever de observância dos direitos fundamentais, não nas relações Estado-cidadão, já abrangidas pela eficácia vertical, mas sim nas relações cidadão-cidadão. Esclarece Jorge Miranda³³ não se tratar de eficácia externa, ou seja, daquele dever universal de respeito que recai sobre qualquer cidadão sobre os direitos dos outros, uma vez que o foco desta dirige-se à não interferência nos direitos alheios. Já o foco da eficácia horizontal são relações bilaterais sobre as quais se projetam ou em que podem ser afetados especificamente certos e determinados direitos.

Para parte da doutrina, de ideal eminentemente privatista, não é admitida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sob o argumento de se operar uma completa constitucionalização do direito privado, de sorte a aniquilar o princípio da autonomia da privada. Para essa corrente, em última análise, a adoção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais importaria no retorno ao grande Leviatã.

Não se trata aqui de se discutir o dever de observância dos atores privados quando no exercício de atividades públicas, por meio de concessão, permissão ou autorização, pois neste caso o particular age por delegação, em nome do Poder Público – princípio da *state action* – e, por conta disso, sujeita-se ao regime de direito público.

Para Sarmento³⁴, a doutrina da *state action* não proporciona adequado tratamento aos direitos fundamentais, diante do fato de os perigos e ameaças a estes provirem, não só do Estado, mas também – e poder-se-ia dizer principalmente – de grupos, pessoas e organizações privadas. Essa teoria associa-se profundamente ao radical individualismo caracterizador do constitucionalismo e da cultura jurídica em geral dos Estados Unidos.

A teoria da eficácia horizontal mediata, atualmente adotada pela Alemanha, defende que os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, passíveis de ser invocados a partir da Constituição. Para essa teoria, é necessário construir-se uma ponte entre a Constituição e o direito privado, para que este possa ser submetido aos valores constitucionais. A ponte a que ora se refere seria

³³ Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. t. 4. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 321.

³⁴ Daniel Sarmento. *Direitos fundamentais*. cit., p. 237.

viabilizada mediante cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados aprovados pelo legislador infraconstitucional.³⁵

Para esta teoria, salienta Miranda³⁶

somente através da sua modelação ou transformação em normas de direito civil podem os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias obrigar as pessoas nas suas vidas jurídico-privadas e só através da sua irradiação sobre os conceitos indeterminados ou sobre as cláusulas gerais privatísticas podem os correspondentes conceitos tornar-se operativos.

De acordo com essa corrente – assevera Sarlet³⁷ – que pode ser reconduzida às formulações paradigmáticas de Dürig, os direitos fundamentais, principalmente os direitos de defesa, somente poderiam ser aplicados no seio das relações privadas após verificar-se um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais, falando-se, neste particular, de uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado.

Assim sendo, apenas os direitos fundamentais ligados ao direito privado, mediante cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, seriam passíveis de invocação nas relações entre particulares.

Para esta teoria, a admissibilidade de aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, sem a criação da ponte infraconstitucional que liga o direito privado ao constitucional, acabaria por exterminar o princípio da autonomia privada, de sorte a descaracterizar o direito privado, ao relegá-lo a um papel de mera concretização do direito constitucional. Os argumentos dos partidários da eficácia mediata atingem ainda mais relevância quando se tem em mente o alto grau de indeterminabilidade e flexibilidade de certos dispositivos constitucionais agasalhadores de direitos fundamentais, o que transportados para o direito privado, de uma vez por todas aniquilariam com a segurança jurídica inerente e necessária às relações privadas.

Já segundo a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, as normas constitucionais consagradoras de tais direitos possuem aplicabilidade imediata nas

³⁵ Daniel Sarmento. *Direitos fundamentais*. cit., p. 238.

³⁶ Jorge Miranda. *Manual*. t. 4. cit., p. 324.

³⁷ Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 403-404.

relações entre particulares, caso o legislador infraconstitucional não os tenha disciplinado, ou o tenha insuficientemente.³⁸

Para essa corrente, há uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais fundada no fato de tais direitos constituírem-se em normas de valor válidas para toda a ordem jurídica e da força normativa da Constituição, por isto não se podendo aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional. Também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade decorrentes do exercício de um maior ou menor poder social, razão por que não se aceita discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra a dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais, de sorte a zelar-se pelo equilíbrio entre tais valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral que não podem ser completamente aniquilados.³⁹

No escólio de Jorge Miranda⁴⁰, diante da teoria da eficácia imediata, tudo se reconduz à dialética-poder: se, ao invés de ser poder político, for um poder de grupo ou de uma entidade privada dominante, os direitos, as liberdades e as garantias deverão valer de modo absoluto, enquanto que nos casos restantes poderão haver graus de vinculação.

Completo é o conteúdo do art. 18, 1, da Constituição de Portugal que, sob a epígrafe *Força Jurídica* dispõe que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.” Tal dispositivo encontra seu fundamento do art. 12 da *lex major* portuguesa, que acolhe o princípio da universalidade segundo o qual “1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição; 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.”

O § 1º do art. 5º da Constituição Federal brasileira dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Entretanto, o dispositivo transcrito não é exposto a respeito da forma como se deve dar tal aplicabilidade e os efeitos jurídicos daí decorrentes.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹, os direitos fundamentais, além de vincularem o Poder Público, exercem eficácia vinculante na esfera jurídico-privada. E o ponto de partida

³⁸ Daniel Sarmiento. *Direitos fundamentais*. cit., p. 246.

³⁹ Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia*. cit., p. 404.

⁴⁰ Jorge Miranda. *Manual*. t. 4. cit., p. 324-325.

⁴¹ Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia*. cit., p. 399-403.

para o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – segundo o autor gaúcho – é a constatação de que, diversamente do clássico Estado de Direito de feição liberal, em que os direitos fundamentais, na condição unicamente de direito de defesa, tinham por escopo a proteção individual de ingerência do Poder Público na esfera pessoal do administrado e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado; no Estado social de Direito, não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade, cada vez mais, ativamente participa do exercício do poder, de tal forma que a liberdade individual não só carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, quais sejam, os detentores de poderes social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades encontram-se particularmente ameaçadas.

Além disso – salienta Danilo Doneda⁴² – a posição da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, juntamente com as garantias de igualdade material e formal, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte originário e marcam a presença de uma cláusula geral da personalidade, a qual vale como ponto de referência para todas as situações em que algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo com decisão a prioridade a ser dada à pessoa humana, valor fundamental do ordenamento, e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais traduz-se sua incessante exigência de tutela.

Reforça Fachin⁴³ que, inobstante a inserção do regramento dos direitos da personalidade no CC/02, não se pode descurar de que, desde a promulgação da CF/88, já existia uma sistemática de proteção integral dos direitos da personalidade a partir da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, cujos direitos correlatos, tidos por fundamentais, espraiam sua eficácia direta e imediatamente sobre todo o ordenamento jurídico.

Portanto, entende-se correta a aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em face da força normativa da Constituição. Entretanto, não há que se falar em

⁴² Danilo Doneda. Os direitos da personalidade no 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, 2002, p. 46.

⁴³ Luiz Edson Fachin. Direitos da personalidade no código brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 635.

eficácia absoluta, quer vertical quer horizontal, para que um direito fundamental não choque com outros direitos igualmente fundamentais, também constitucionalmente reconhecidos.

Entretanto – informa Sarlet⁴⁴ – para os prosélitos da teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais, ainda assim, nas relações entre particulares em condições de relativa igualdade, deverá prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se todavia, uma eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais em âmbito privado apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de indevida ingerência na esfera da intimidade pessoal. Isto porque, segundo Sarlet,

não é demais lembrar que, no concernente aos limites da autonomia privada, incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção da pessoa contra si mesma, já que a ninguém é facultada a possibilidade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade, de tal sorte que a dignidade da pessoa assume condição de limite material à renúncia e auto-limitação de direitos fundamentais (pelo menos no que diz com o respectivo conteúdo em dignidade de cada direito especificamente considerado).

Nas felizes conclusões de Sarmento⁴⁵,

a compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impõe, no nosso entendimento, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos nas relações entre particulares.

Justifica o ilustre autor fluminense seu entendimento no fato de serem os direitos fundamentais concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, por isto faz-se necessária sua irradiação para todas as esferas das relações humanas.

De fato, o condicionamento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à existência de cláusulas gerais conceitos jurídicos indeterminados que podem vir a não existirem, significa dizer, em última análise, restar comprometida a proteção à dignidade humana, fundamento primeiro da República Federativa do Brasil.

⁴⁴ Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia*. cit., p. 406-407.

⁴⁵ Daniel Sarmento. *Direitos fundamentais*. cit., p. 288.

7.4 O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O SISTEMA DE PONDERAÇÕES

A adoção da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais não importa em afirmar que tais direitos possam ser exercidos nas relações entre particulares da mesma forma que o são nas relações travadas entre Estado e cidadãos, pois deve-se partir da inafastável premissa de que todos os particulares, sem exceção, são titulares de direitos fundamentais.⁴⁶

Salienta Martins⁴⁷ que os princípios constituem expressão de valores fundamentais contemplados pelo ordenamento jurídico, de modo a traduzirem os valores elementares que informam tal sistema, conferindo harmonia e unidade às normas que o compõem. É por isso que se afirma não ser possível extrair-se o sentido de um princípio com a simples análise gramatical do texto constitucional, mostrando-se necessário buscar seu significado com o auxílio dos valores que lhes são subjacentes.

Nas considerações de Celso Bastos⁴⁸ as Constituições, principalmente as compromissórias, expressam valores diversos que, do ponto de vista lógico podem implicar em verdadeiras contradições. Mas, do ponto de vista jurídico, essas normas são passíveis de harmonização, quando utilizadas as técnicas próprias do direito. Pelo postulado da harmonização, não se deve atribuir a um princípio ou regra constitucional um significado tal que resulte em incoerência ou contradição com outros princípios ou regras da Constituição. Portanto, os princípios devem abandonar a pretensão de serem aplicados de forma absoluta, porque prevalecerão apenas até o ponto a partir do qual deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é divergente.

Oportuno o esclarecimento de Carvalho Filho⁴⁹ acerca da diferença entre princípios e regras. Enquanto as regras são operadas de modo disjuntivo, de sorte que o conflito entre elas deve ser dirimido no campo da validade, ou seja, aplicáveis a uma mesma situação, apenas uma delas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflitos, porque dotados de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite a adoção do

⁴⁶ Daniel Sarmiento. *Direitos fundamentais*. cit., p. 301.

⁴⁷ Fladimir Gerônimo Belinati Martins. *Dignidade*. cit., p. 57.

⁴⁸ Celso Ribeiro Bastos. *Curso*. cit., p. 293-294.

⁴⁹ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iúris, 2007, p. 16.

critério da ponderação de valores ou ponderação de interesses, de modo a ser conferido grau de preponderância de um em relação ao outro. Entretanto, não há que se falar em nulificação do princípio preterido, porquanto em outra hipótese e mediante nova ponderação de valores, poderá preponderar sobre aquele mesmo, anteriormente preferido.

Percebe-se então, que a análise de qual entre os princípios conflitantes deve prevalecer, tem seu ponto de partida no caso concreto. Trata-se da aplicação do método tópico, muito bem desenvolvido por Theodor Viehweg. Ao retratar a formulação elementar de Cícero, discorre Viehweg⁵⁰ que a técnica peculiar da discussão deve iniciar-se com a arte de perguntar: quando se quer fazer uma pergunta, o que se deve primeiro descobrir é o *topos* que será empregado para se obter o raciocínio dialético; em segundo lugar, deve-se por as perguntas concretas, em si mesmas, tomadas em uma determinada ordem; e, em seguida, dirigi-las adequadamente ao interlocutor superior.

Informa Alexy⁵¹ que no direito constitucional alemão a ponderação seria parte do que exigiria um princípio mais amplo, o da proporcionalidade. Esse princípio decompõe-se em outros subprincípios comprometidos com a idéia da otimização: os princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A ponderação é o objeto do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, consoante o qual quanto maior o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Analisando-se a assertiva de Alexy, tem-se que, para que se opere a ponderação, é necessário que se comprove o não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, para então dever-se comprovar a necessidade e importância da observância do princípio em sentido contrário e, finalmente, comprovar-se se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário é capaz de justificar o prejuízo ou o não-cumprimento do outro.

Isto fica mais claro, ao analisar-se recente julgado do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que se apreciou conflito entre o direito de preservação de um meio ambiente sadio para as presentes e futuras gerações e o direito de carga capitalista, à livre iniciativa. Neste sentido:

⁵⁰ Theodor Viehweg. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília-DF: UnB, 1979, p. 27. Mais adiante, p. 65, o autor apresenta os esquemas utilizados por Tomás de Aquino, consistindo em: 1) fixação do problema, 2) pontos de vista próximos e 3) solução; e por Bartolo, muito semelhante àquele, e que pode ser resumido em: 1) fixação do problema, 2) pontos de vista próximos, 3) pontos de vista contrários e 4) solução.

⁵¹ Robert Alexy. Direitos fundamentais: ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, 2006, p. 338-340.

seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais – Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) – Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente – Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei – Supressão de vegetação em área de preservação permanente – Possibilidade de a Administração Pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial – Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) – Colisão de direitos fundamentais – Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes – Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) – A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) – Decisão não referendada – conseqüente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. (STF - ADI 3.540-MC - REL. MIN. CELSO DE MELLO.)

Reitera Martins⁵² que

o exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais e de todo o sistema jurídico, obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio, sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado. Por óbvio que a dignidade não será o único parâmetro, mas, sem dúvida alguma, por força de sua proeminência axiológica, será o principal.

É no caso concreto – consoante o método tópico de Theodor Viehweg – que se encontrará a melhor solução que confira maior efetividade ao valor íncito no princípio da dignidade. Entretanto, vale salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana não é o único normatizado pela atual Constituição, havendo hipóteses em que este princípio conflitará com outro princípio constitucional.

Não obstante isto, nem sempre a admissibilidade da regra de ponderação de valores resta pacífica entre os aplicadores do direito constitucional. Lembra Robert Alexy⁵³ que segundo Habermas, duas seriam as objeções a esse sistema, a saber: 1) o modelo de

⁵² Fladimir Gerônimo Belinati Martins. *Dignidade*. cit., p. 63.

⁵³ Robert Alexy. *Direitos fundamentais*. cit., p. 338.

ponderação tomaria dos direitos fundamentais sua força normativa, visto que, pelo ponderar, direitos seriam reduzidos ao plano dos objetivos, programas e valores, conseqüentemente perdendo a rigorosa primazia que deve ser peculiar aos pontos de vista normativo; 2) com a construção da ponderação retirar-se-ia o direito do âmbito do válido e do inválido, do correto e falso e do fundamental e transplantado em um âmbito, definido por idéias como a de maior ou menor conveniência, e por conceito como o do poder discricionário.

7.5 DELIMITAÇÃO DA FRONTEIRA ENTRE O REGULAR EXERCÍCIO E O ABUSO DE UM DIREITO

Por neste trabalho tratar-se do dever de indenizar em decorrência de danos provenientes de atividades econômica e socialmente aceitáveis na atualidade, importa tecer comentários, ainda que breves, sobre a delimitação da fronteira entre o exercício desse direito ao progresso econômico, ao desenvolvimento científico e o efetivo exercício do direito/princípio constitucional da livre iniciativa, e o momento em que tal exercício exorbita a fronteira de sua finalidade.

Se é certo que não há delito civil se não houver dano, há que se salientar, entretanto, que não há dano todas as vezes que, no exercício legítimo do próprio direito, sem abusos, alguém lese interesse ou direito alheio. Assim poderia dizer-se que, ao invés de faltar o dano, falta propriamente a lesão, se esta como injúria é um ato contrário ao direito.⁵⁴

Segundo preciosas e sempre atuais lições de Orlando Gomes⁵⁵, o exercício de um direito subordina-se a três grandes princípios, a saber: ao da disponibilidade, ao da inesgotabilidade e ao da normalidade. Este último é que será objeto de análise do presente tópico.

Pelo princípio da normalidade afasta o velho princípio individualista, pelo qual cada um poderia utilizar-se de seus direitos, da maneira como melhor lhe conviesse, pois quem assim procede comete abuso de direito.⁵⁶

⁵⁴ Roberto de Ruggiero. *Instituições de direito civil*. v. 3. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 488.

⁵⁵ Orlando Gomes. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>, n. 64.

⁵⁶ Orlando Gomes. *Introdução*. cit., n. 65.

No caso, por exemplo, do direito de vizinhança, o exercício dos poderes inerentes à propriedade, via de regra, implica prejuízo para os vizinhos. No entanto, o interesse social justifica a admissão da emissão de um mínimo de danos, em favor de uma completa fruição da propriedade, dentro da esfera do tolerável.

Aqui estaria a pedra de toque para a definição do que dever-se-ia entender por excesso, conceito meramente quantitativo, que pode variar de acordo com a situação em concreto. Veja-se, *verbi gratia*, a causação de ruídos em altura tal, poderia perturbar o vizinho trabalhador intelectual, de sono agitado e leve; podendo, entretanto, o mesmo ruído não incomodar o trabalhador braçal, de sono pesado e profundo.⁵⁷

Há casos excepcionais em que não se pode falar em ilicitude, em que pese haver reflexos danosos a direito alheio. Destarte, há um dano, um prejuízo e uma relação de causalidade entre ambos, embora seja legítimo o procedimento do agente. Mas pelo fato de estar legalmente amparado, não acarreta o dever de indenizar, porque a própria norma jurídica lhe retira a qualificação de ilícito.⁵⁸

O Anteprojeto de Código de Obrigações de 1965, em seu art. 917, dispunha que “Aquele que manifestamente abusar do seu direito será obrigado a reparar o dano que a outrem causar.”

Nas palavras de Maria Helena Diniz⁵⁹, três são os critérios definidores dos atos abusivos capazes de ensejar responsabilidade civil, a saber: a) a intenção de lesar outrem, quando se exerce um direito com o exclusivo intuito de prejudicar, devendo ser provado por quem o alega; b) ausência de sério e legítimo interesse; e c) exercício de um direito excedendo-se os limites de sua finalidade econômica e social, nos termos do art. 187 do atual Código Civil.

A noção de abuso de direito é variável, tendo-se em vista o critério adotado. Segundo o critério subjetivo⁶⁰, o abuso de direito consiste na utilização de um direito com o fim de causar dano a outrem. Consoante o critério objetivo o abuso situar-se-ia no desvio

⁵⁷ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade civil e socialização dos riscos*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 170-171.

⁵⁸ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 589.

⁵⁹ Maria Helena Diniz. *Curso*. v. 7. cit., p. 593.

⁶⁰ A grande dificuldade desse critério reside na necessidade de investigação do móvel do ato que se reputa abusivo.

do exercício de um direito, por faltar a seu titular legítimo interesse para exercê-lo daquele modo, ou porque sua destinação econômica ou social teria sido frustrada.⁶¹

Ressalta Aguiar Júnior⁶² que o conceito de abuso acolhido pelo Código atual não tem nenhum elemento intencional, ao revés do Código anterior, que somente admitia o abuso quando demonstrado que o titular do direito excedia-se com a intenção de prejudicar terceiro, com o propósito de causação de dano. Abandonou-se então aquela exigência meramente subjetiva para se dizer que o abuso de direito corresponde ao exercício de um direito além dos limites da boa-fé, dos limites impostos por seu fim econômico ou social, ou pelos bons costumes.

Dentre as hipóteses de aplicação do instituto do abuso de direito, ressalta Josserrand⁶³ o direito de propriedade que impõe ao proprietário de bem de raiz que dele faça bom uso, devendo, quando necessário, dar provas de sua utilização da maneira menos nociva à sociedade.

Neste sentido, ressalta Aguiar Dias⁶⁴ ser norma fundamental de toda sociedade civilizada o dever de não prejudicar a outrem. Tal regra moral elementar, cujo conteúdo mostra-se mais amplo do que o do princípio da liberdade individual, é limitativa das faculdades que o exercício desta comporta. Define então o monografista abuso de direito como sendo “todo ato que, autorizado em princípio, legalmente, se não conforme, ou em si mesmo ou pelo modo empregado, a essa limitação”.

Nas palavras de Fernando Jorge⁶⁵,

pode falar-se em abuso de direito quando o comportamento do titular, objectivamente considerado e abstraindo de qualquer indagação psicológica, excedeu manifestamente os referidos limites. Mas isto não significa que, na grande maioria dos casos, o abuso não seja intencional, nem que seja juridicamente irrelevante a atitude culposa ou dolosa do titular do direito.

⁶¹ Orlando Gomes. *Introdução*. cit., n. 66. Segundo o art. 359 do Projeto de Código Civil de Orlando Gomes, destinado a regular o direito de propriedade, foi adotada a concepção subjetiva. Era a seguinte a redação daquele dispositivo: “Art. 359. O proprietário não pode exercer o seu direito em desacordo com o fim econômico e social para o qual é protegido.”

⁶² Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *O novo código civil e o código de defesa do consumidor*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/574>>. Acesso em: 16.07.2007. n. 3.

⁶³ Louis Josserrand. *Derecho civil*. v. 1. t. 2. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 316-317.

⁶⁴ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.535.

⁶⁵ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaio*. cit. p. 200.

Tais limites estão previstos no art. 334º do Código Civil português que, sob a epígrafe abuso do direito, dispõe: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

A este respeito, e com fulcro na concepção do princípio *neminem laedere*, notícia Aguiar Dias⁶⁶, que

o fato da ofensa ao direito alheio tinha de ser uma consequência da colisão de direitos, porque, mesmo em Roma, já havia em essência, melhor, em germe, o princípio democrático da igualdade de direitos, que a Revolução francesa definiu e consagrou como norma fundamental. Ora, para não ofender, quando exercia o seu direito, era preciso que o titular o exercesse dentro dos limites em que deve permanecer – sempre sucede assim nas sociedades juridicamente organizadas – para não atingir o direito alheio, além da medida por este juridicamente suportável. Não um mero direito objetivo, mas o direito que o outro indivíduo, por sua vez, poderia exercitar.

Entretanto, das observações de Gramstrup⁶⁷ retira-se que o anterior Código Civil não disciplinou expressamente o abuso de direito, contudo, por via inversa, permitia fundar-se na previsão do exercício regular de direito como circunstância justificativa da conduta, vale dizer, falava-se, precisamente, da fruição de um direito que sobrepassa o regular, o socialmente aceitável, o normal.

Assim dispunha o Código Civil de 1916, em seu art. 160: “Não constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa ou *no exercício regular de um direito reconhecido*”. (sem grifos no original).

Para Roldão⁶⁸, no Código Civil de 1916 inexistia regra repressora do abuso do direito, conforme o faz o § 226⁶⁹ do Código alemão. Para o BGB alemão, será ilícito o exercício de um direito, se tem por único fim causar prejuízo a outrem. Trata-se da adoção da concepção subjetiva do abuso de um direito, que leva em conta a intenção do agente.

Apesar disso, não faltou quem, com base no referido art. 160 e mediante interpretação a *contrario sensu*, entendesse que, sob o argumento de que, não sendo ato

⁶⁶ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 2. cit., p. 530-531.

⁶⁷ Eric Frederico Gramstrup. *Responsabilidade*. cit., p. 75-76.

⁶⁸ Luiz Roldão de Freitas Gomes. *Elementos*. cit., p. 325.

⁶⁹ Código Civil alemão: “§ 226. Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.” “§ 226 [Proibição à chicana]. O exercício de um direito é inadmissível se só pode ter a finalidade de causar dano a outra pessoa.” (Tradução livre).

ilícito o dano causado no exercício regular de um direito, seria abusivo o causado em seu irregular exercício.

Em seus comentários, esclarece Levenhagen⁷⁰ que no artigo em estudo o Código tratava da exclusão de ilicitude, pois o ato praticado pelo agente poderia decorrer de sua vontade, lesando direito de outrem, mas ainda assim – como no caso de exercício regular de um direito – desapareceria a ilicitude e, por via de consequência, o dever de indenizar, salvo em casos de abuso de direito. Prossegue o autor mineiro afirmando ser o exercício regular de um direito uma das circunstâncias descaracterizadoras da ilicitude do ato, fazendo com que desapareça o dever de indenizar por parte do agente causador do dano.

Estabelecida, assim, a colisão de direitos, qual o que deverá prevalecer em detrimento do outro, e qual será o critério a ser utilizado para se chegar a um resultado justo? Em adição, aduza-se que não menos comum é a hipótese de estar o direito de dano legalmente assegurado, apresentando-se importante a análise do problema do abuso. Se o agente, agindo de conformidade com disposições legais, as invoca para justificar seu ato, é possível que, analisando-se o texto legal, o agente não tenha exercido regularmente o direito que a lei lhe assegura.⁷¹

No desejo de domínio que se apodera de certos seres – pondera Ripert⁷² – inexistente capricho que não seja satisfeito ou pelo menos tentado, consentindo-se em sacrifício pecuniário, em que pese ser assente a idéia de que a liberdade de uma pessoa ou de um grupo não pode ser exposta ao domínio do arbítrio de outrem.

A forma mais perfeita de reparação de danos é a *in natura*, que, na grande maioria das vezes, mostra-se inviável. Destarte, a solução apresentada pelo direito é a da equivalência teórica, condenando o ofensor a restaurar o patrimônio da vítima com um valor de troca universalmente aceito – o dinheiro. Mas, é fácil constatar que para determinados danos, não há equivalência entre aquele valor de troca e o objeto do dano, mesmo porque de naturezas muito diversas.⁷³ Neste particular, vale o supra-exposto acerca da dignidade consoante o pensamento de Kant, segundo quem, no reino dos fins, tudo tem um preço e então em seu lugar outra coisa pode ser posta, ou tem uma dignidade, estando acima de qualquer preço.

⁷⁰ Antônio José de Souza Levenhagen. *Código civil: comentários didáticos*. 4. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 1995, p. 186-187.

⁷¹ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 2. cit., p. 537.

⁷² Georges Ripert. *A regra moral nas obrigações civis*. 3. ed. Tradução de Osorio Oliveira. Campinas-SP: Bookseller, 2002, p. 61.

⁷³ Erik Frederico Gramstrup. *Responsabilidade*. cit., p. 26.

E neste sentido salienta Martins⁷⁴ que a dignidade da pessoa humana, conforme prevista no inc. III do art. 1º da atual Constituição, sinaliza para uma inversão nas prioridades políticas, sociais, econômicas e jurídicas, até então existentes no constitucionalismo brasileiro, pois, a partir de então, forma-se a consciência constitucional da prioridade do Estado, que deve ser a pessoa humana, em todas as suas dimensões, como fonte de suas inspirações e fim último. Mas não se trata aqui daquele ser humano abstrato do direito, a quem se referem os códigos e leis, mas sim do ser humano concreto. Conclui o autor nos seguintes termos:

destarte, deixa-se de lado uma visão patrimonialista das relações políticas, econômicas e sociais para conceber o Estado, e o sistema jurídico que ele estabelece a partir destas relações, como estrutura voltada ao bem estar e desenvolvimento do ser humano. Assim, a pessoa humana passa a ser concebida como centro do universo jurídico e prioridade justificante do direito. Isto nos remete à noção de que conceber a dignidade da pessoa humana como fundamento da República significa admitir que o Estado brasileiro se constrói a partir da pessoa humana, e para servi-la.

Ainda assim, inobstante a admissibilidade e até mesmo a necessidade do desenvolvimento de certas atividades perigosas, não se atribui ao autor do dano comprar a preço de ouro o direito de lesar material e moralmente os demais.

No direito português, como já visto no capítulo 4 deste estudo, quanto ao sistema das atividades perigosas por sua natureza ou pela natureza dos meios empregados, a regra geral consta do art. 493º, 2 do Código Civil, do qual resulta que, quem desenvolve atividades perigosas tem o dever geral de tomar todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir os danos e, não as tomando, torna-se responsável. Mas, neste caso, a responsabilidade não emerge das simples omissões previstas no art. 486º, mas daquilo a que alguns denominam omissão na ação.⁷⁵

Para Ripert⁷⁶ a questão do abuso de direito ou abuso de direitos nasce da descoberta de um mundo moral em que “o direito não dá todos os direitos”. Assim, a máxima segundo a qual ninguém pode valer-se da própria torpeza – *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* – nada mais é do que a reação da moral ferida pelo exercício de um direito imoralmente exercido.

⁷⁴ Fladimir Gerônimo Belinati Martins. *Dignidade*. cit., p. 72.

⁷⁵ Fernando Pessoa Jorge. *Ensaio*. cit., p. 206-207.

⁷⁶ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 140.

O atual Código Civil brasileiro, após enunciar o princípio geral de responsabilidade civil fundada na culpa, equipara o abuso de direito ao ato ilícito ao dispor, em seu art. 187 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”.

A tímida inclusão do abuso de direito entre os atos ilícitos – salienta Aguiar Dias⁷⁷ – vence resistências acerca de sua adoção, de modo a estancar fortes controvérsias, em que pese tal expressão soar um tanto quanto contraditória. Destarte, o abuso de direito constituir-se-ia na utilização de uma faculdade prejudicial a outrem, com ou sem proveito para o autor, mas sem correspondência com seu uso regular.

Aguiar Dias e Ripert⁷⁸, reproduzindo entendimento de Planiol, condenam a expressão “abuso de direito” pois, se alguém exerce um direito que lhe assiste, age licitamente e, contrariamente, será ilícito quando seu titular exceder seus limites, passando então a atuar sem direito. Vale aqui a máxima “*le droit cesse où l’abus commence* (o direito cessa onde começa o abuso)”. Portanto, o direito cessa quando o abuso se inicia, não podendo haver uso abusivo de um direito, pela irrefutável razão que um só ato ao mesmo tempo não pode ser conforme e contrário ao direito.

Neste sentido salienta Planiol⁷⁹ que, se a responsabilidade repousa na culpa, não poderá existir quando o dano for causado pelo exercício de um direito. O ato não é ilícito já que é permitido por lei. Se se tem o direito de praticar um determinado ato, não se incorrerá em culpa por tê-lo praticado, e se se tem o direito de se abster, do mesmo modo não se incorrerá em culpa por não tê-lo praticado.

Refutando os argumentos de Planiol, assevera Jossierand⁸⁰ que a palavra “direito” possui dois sentidos, um que designa o conjunto das normas sociais, e um outro no sentido de direito subjetivo. É somente diante da segunda concepção que se mostra cabível a questão do abuso. O abuso então ocorreria quando um direito subjetivo é exercido além dos limites, pois deste modo o direito subjetivo estaria a afrontar o direito como conjunto de normas.

⁷⁷ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade*. v. 1, cit., p. 37.

⁷⁸ Georges Ripert. *A regra moral*. cit., p. 170-171.

⁷⁹ Marcel Planiol, Georges Ripert e Jean Boulanger. *Traité élémentaire de droit civil*. 2. ed. t. 2. Paris: Librairie Générale de droit et Jurisprudence, 1947, p. 335.

⁸⁰ Louis Jossierand. *Derecho*. v. 1. t. 2. cit., p. 322-323.

Essa concepção romana deve ser conservada, porém adaptada à concepção de abuso de direito. Uma pessoa não é responsável quando usar de seu direito, mas dele não poderá abusar.

Na falta de regra legal e por se tratar de expressão assaz vaga, muitas foram as definições de abuso de direito. Pode ocorrer quando se age excedendo-se os limites do direito, quando se tem o intento de, com seu exercício, prejudicar outrem e ato anormal em relação ao modo de seu habitual exercício.

O Projeto franco-italiano de Código de obrigações, em seu art. 75⁸¹, pretendia dispor: “*Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant dans l'exercice de son droit les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré*”.

Oportunas são as observações de Planiol⁸² quando atenta para o fato de que, em que pese somente haver responsabilidade civil diante de um dano, faz-se mister considerar que a simples possibilidade de dano cria um prejuízo imediato, por exemplo, o perigo de uma explosão diminui o valor atual das propriedades a ela expostas (dano eventual). É diferente do dano futuro, o qual embora não verificado, sua ocorrência é certa, caso em que a vítima pode agir imediatamente.

Por fim, cabe verificar a aplicação da teoria do abuso de direito às atividades perigosas, vez que estas submetem-se à teoria objetiva. A questão que se pode colocar é: sendo o abuso de direito uma espécie de ato ilícito por força do art. 187, o excesso no exercício de um direito estaria enquadrado na disciplina do art. 186, ambos do Código Civil, que cuida da responsabilidade subjetiva?

A resposta positiva a essa questão quebraria toda a sistemática da responsabilidade por atividades perigosas, que não perquire sobre o desvalor da conduta do agente, mas tão-somente do desvalor do resultado que daquela conduta decorre.

Entretanto, o direito brasileiro filiou-se à teoria objetiva do abuso de direito, pautando-se no elemento finalístico, sem que se mostre necessária a verificação da intenção do agente. Deste modo, há que igualmente se reconhecer a possibilidade de ilicitude sem culpa quando se fala em abuso de direito.

⁸¹ “Art. 75. Obriga-se igualmente à reparação aquele que, no exercício de seu direito, causar um dano a outrem excedendo os limites fixados pela boa-fé ou pelo fim em vista do qual esse direito lhe foi conferido”. (Tradução livre).

⁸² Marcel Planiol et ali. *Traeté*. t. 2. cit., p. 344.

Como visto, o Código Civil de 2002 reconhece o abuso de direito na mera ocorrência de exercício manifestamente excessivo dos limites impostos por seus fins econômicos ou sociais, ou pelos bons costumes, o que aponta para a importância do desvalor do resultado, em detrimento do desvalor da conduta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil, desde a Antigüidade, passou por um longo e significativo processo de evolução e de mudança de paradigmas. A vingança, que no início era privada e desordenada, passou a ser codificada e exercida sob a vigilância do Estado. Depois de algum tempo, verificou-se que a indenização em dinheiro ou *in natura* poderia, com muito mais proveito, fazer as vezes daquela vingança, matizada pelas cores da devolução da ofensa, tal qual fora dirigida contra o lesado.

Percebeu-se que a indenização, além de significar um desestímulo para que outros membros da sociedade incorresse em práticas ilícitas semelhantes, desencorajaria o ofensor de persistir na ilicitude, bem como serviria como uma espécie de lenitivo para a vítima, que teria a certeza da consideração do ordenamento jurídico para com sua dor.

Mas, a vida em sociedade vem sendo marcada por um contínuo aperfeiçoamento dos meios de relacionamento, de comunicação, de deslocamento, de produção de bens e prestação de serviços, bem como pelo exercício de novas atividades por parte do homem.¹

A evolução do moderno sistema de responsabilidade começa pela fixação de um princípio geral de responsabilidade civil subjetiva, *ad instar* do art. 1.382 do Código Civil francês. No Brasil pré-codificado, à míngua de uma legislação específica, aplicavam-se as disposições do Código Criminal do Império, em matéria de indenização *ex delicto*, também para os demais casos não provenientes de crime. Com a promulgação do Código Civil de 1916, o que se viu em matéria de responsabilidade civil foi a absorção das idéias constantes do *Code Napoléon*, somando-se a isto, posteriormente, casos isolados em que se admitia a presunção de culpa do agente causador do dano, no intuito de se possibilitar à vítima o ressarcimento em hipóteses de difícil ou impossível produção probatória.

Após a admissão da culpa presumida, também em casos isolados e legalmente especificados, aceitou-se a responsabilidade civil objetiva, sem sequer cogitar-se de culpa, vale dizer, esta nem mesmo se presumia, tinha sua relevância simplesmente desconsiderada.

A grande questão que se passou a colocar, já no início do século XX, dizia respeito a uma extensa plêiade de hipóteses que, por sua gravidade e importância,

¹ Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade nas atividades nucleares*. São Paulo: RT, 1985, p. 36.

mereceriam ser enumeradas no taxativo rol de aplicação da teoria objetiva.

Essa foi a tendência do direito brasileiro que, nesse caminhar da história, houve por bem promulgar inúmeras leis acolhedoras da teoria do risco, sempre no intuito de oferecer à vítima – geralmente a parte mais vulnerável nas demandas ressarcitórias – um mínimo de proteção. No Anteprojeto de Código de Obrigações do eminente Caio Mário da Silva Pereira – jurista que muito nos honra, pelas suas idéias, sempre evoluídas para sua época – já se observava uma tendência de generalização de alargamento da teoria objetiva, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, causasse riscos para os direitos de outrem. Seu Código não se tornou realidade, mas o germe de suas idéias já estaria lançado e, anos depois, encontrava-se no Projeto de Código Civil coordenado por Miguel Reale, que resultou no Código Civil de 2002.

Contudo, antes que o segundo Código Civil brasileiro se tornasse realidade, as leis sobre a política nacional do meio ambiente e a lei sobre danos nucleares, trouxeram uma nova sistemática no que tange à responsabilidade civil frente as atividades perigosas. Neste particular, Álvaro Villaça Azevedo dedicou seus estudos, idealizando a chamada teoria objetiva pura, segundo quem, inadmitiria inclusive o direito de regresso por parte do causador do dano.

Finalmente encontra-se prevista no direito pátrio a cláusula geral de responsabilidade civil, na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002. Defende-se aqui a aplicação da referida cláusula frente aos acidentes de trabalho e nas relações de consumo, quando envolverem atividades liberais qualificadas como perigosas.

No direito estrangeiro, sobretudo mediante uma amostragem da sistemática européia, observa-se uma acentuada dificuldade de uniformização do sentido da cláusula geral de responsabilidade perigosa. O art. 2.050 do Código Civil italiano e o art. 493º, 2, do Código Civil português possuem semelhante redação. Enquanto este último sempre foi analisado como disciplinador de responsabilidade civil subjetivo com inversão do ônus da prova, o primeiro, apesar de também já ter recebido essa interpretação, hoje é aceito como agasalhador de verdadeira cláusula geral de responsabilidade civil objetiva.

Ricas em significado são as lições de Jossierand², quando afirma ser o ato, sem mais, o que tende a substituir, não em todos os casos, mas sim em campos cada vez mais numerosos e como elemento gerador de responsabilidade, ao ato culposo do direito romano

² Louis Jossierand. *Derecho civil*. v. 1. t. 2. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 448.

e do art. 1.382 do Código Civil francês. Assim, não se é responsável como culpado, senão como realizador de atos. Fora dessa diretiva, não há na atualidade equilíbrio possível entre direitos e interesses rivais em constantes confrontações.

E nos tempos atuais, o que se percebe é que o critério objetivo casuístico mostra-se nitidamente insuficiente, em face da impossibilidade de a realidade jurídica caminhar a passos tão largos como a realidade fática. Assim propugna-se por um critério geral objetivo, mais ou menos amplo, porém capaz de agasalhar certas atividades já conhecidas e, principalmente, elástico a ponto de amoldar-se a novas atividades, que venham a ser conhecidas após sua promulgação.

Segundo esclarece Garcez Neto³, a solução esperada dos juristas não será, frente a insuficiência tanto do critério subjetivo quanto do objetivo, a substituição de um pelo outro, mas sim de uma certa congruência entre eles, pois enquanto as novas teorias tendem a suavizar o rigor das antigas, estas últimas oferecem ao instituto uma base ética indispensável ao direito e do qual não poderia ver-se privado, sob pena de se mutilar a consciência jurídica.

A elevação da responsabilidade civil objetiva como único fundamento do dever reparatório, mesmo nos tempos atuais, indubitavelmente implicaria em rematado exagero. Nesta hipótese, e somente nesta, é que se poderia admitir que se estivesse envolvendo em matéria de responsabilidade civil.⁴ Pois, segundo Wilson Melo⁵, na esteira do multicitado Aguiar Dias, o que sempre se procurou, em sede de responsabilidade objetiva, foi tão-somente a insuficiência e não a desnecessidade da culpa, sendo daí que advém – ainda segundo Wilson Melo⁶ – a necessidade dos homens de maior entrelaçamento, cooperação e conjugação de esforços, para que a sociedade não se veja perecer esmagada pela magnitude das forças novas que rodeiam a todos. Há que se enfrentá-las mediante a procura de novas idéias, mas sempre tendo em mente que não é o capricho do jurista que pretende impor ao direito a responsabilidade sem culpa, mas sim a vida e o próprio direito em sua evolução, que o estão a exigir.

Por isso é que não se pretende, com a noção de exposição ao perigo ou mesmo de responsabilidade pressuposta, a mitigação ou eliminação da teoria da culpa, tampouco a casuística teoria do risco como critérios de imputação de responsabilidade civil nos

³ Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 15-16.

⁴ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade civil e socialização dos riscos*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 175.

⁵ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 185.

⁶ Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade*. cit., p. 285-286.

ordenamentos jurídicos contemporâneos, naquilo que se refere a certas atividades perigosas por tais teorias já tuteladas.

Pretende-se, contudo, suprir as lacunas legais, de modo a regular-se hipóteses de responsabilidade civil fundadas em riscos provenientes de atividades perigosas cuja prática, por sua manifesta utilidade social, mostra-se aceitável ou, mais exatamente, imprescindível no estágio atual. Isto porque, nas sociedades atuais, alguma acomodação é necessária para o desempenho de atividades exercidas por outrem, por serem socialmente úteis, não devendo, portanto, ser proibidas. Podem ser toleradas apesar de importarem, de certo modo, perturbações na tranqüilidade, conforto e paz sociais.⁷

Porém, no que tange à reparabilidade dos danos causados por tais atividades, até então, inexistem soluções inteiramente satisfativas. É certo que já se vislumbrava no direito estrangeiro, e agora no brasileiro, uma forte tendência de socialização de riscos, mediante a utilização, cada vez mais freqüente, dos seguros de responsabilidade civil e da previsão legal de adoção do seguro obrigatório em certos casos.

Propôs-se aqui a análise da teoria da inversão do nexo causal em matéria de responsabilidade civil, conforme já existe no direito previdenciário. Acredita-se que, em um futuro não muito distante, leis haverá que entenderão caber ao ofensor, em certas atividades, a prova de que o dano não guarda nexo com a atividade normalmente desenvolvida, em face das dificuldades que encontraria a vítima para desencumbir-se de tal mister.

Por fim, toda a sistemática da responsabilidade civil por atividades perigosas deve nortear-se pelo valor da dignidade humana, pela sua ponderação em face dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da valorização do trabalho, pela aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e pela liberdade do exercício de atividades perigosas sem exceder a fronteira que separa o exercício regular de um direito de seu exercício abusivo.

Com isso acreditou-se ter demonstrado a posição que ora se defende neste trabalho, em que pese pairar sempre a impressão de que muito resta ainda a ser investigado e debatido. Deseja-se, realmente, que este estudo seja apenas o início de mais longas e profundas reflexões, de sorte a se poder oferecer alguma contribuição à comunidade jurídica pátria, bem como ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ – que fomentou grande parte desta pesquisa.

⁷ Edward Kionka. *Torts*. 3. ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 319.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *As obrigações e os contratos*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/726>>. Acesso em: 16.07.2007.

_____. *O novo código civil e o código de defesa do consumidor: pontos de convergência*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/574>. Acesso em: 16.07.2007.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais: ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, 2006.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Políticas*. a. 4. n. 14. São Paulo: RT, 1996.

_____. *Teoria geral das obrigações*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

BAREL, Bruno; CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile: complemento giurisprudenziale*. Padova: Cedam, 1996.

BARROSO, Lucas Abreu. *A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental: fundamento e critério de valoração na pós-modernidade e no estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos. 2002.

BEGALLI, Paulo Antonio. *Responsabilidade dos pais por atos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>. Cap. 1. n. 11.

BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil no parágrafo único do art. 927 do código civil e alguns apontamentos do direito comparado. In: *Revista Forense*. v. 376. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 10. ed. v. 1. at. Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: RT, 1985.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. 17. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. Bauru-SP: Edipro, 2003.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília-DF: UnB, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de responsabilidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico prosódico da língua portuguesa*. rev. e aum. v. 8. São Paulo: Lisa, 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CANARIS, Claus- Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução de Antonio Meneses Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 8. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006.

CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. Tradução de Tomas Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. Disponível em: <<http://www.ltrdigital.com.br>>.

CASTRO, Guilherme Couto. *A responsabilidade Objetiva no Direito Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

CAVALCANTI, Amaro Bezerra. *Responsabilidade civil do estado*. t. 1 e 2. at. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo : Malheiros, 2005.

CHAMPS, Geneviève. *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité - analyse de droit compare*. Bruxelas: Bruylant; Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1998.

COELHO, José Gabriel Pinto. *Responsabilidade civil*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906.

COSTA, Judith Martins. *O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_139/r139-01.pdf>. Acesso em: 21.08.2007.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como um processo*. São Paulo: Bushatsky, 1979.

CRETELA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Tradução de Livraria Progresso. Salvador: Livraria Progresso, 1956.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. v. 1. Salvador: JUSPODIVM, 2007.

DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. v. 2. Madrid: Tecnos, 1976.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 4. ed. v. 1 e 4. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Atlas, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 3. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; OLIVEIRA, Ricardo Alves. A responsabilidade civil dos órgãos de imprensa e a teoria do risco criado. In: *Revista de Direito Privado*. n. 28, São Paulo: RT, 2006.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Federal, 2006.

HERKENHOFF, Henrique Jiaquinto. Responsabilidade pressuposta. In: *Direito civil: direito existencial e direito patrimonial – estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 405.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 22. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. v. 1. t. 2. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires : Bosch, 1950.

JOURDAIN, Patrice; VINEY, Geneviève. *Traeté de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1998.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. rev. Tradução de José Cretela Júnior e Agnes Cretela. São Paulo: RT, 2003.

KIONKA, Edward J. *Torts*. 3. ed. Saint Paul: West Group, 1999.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Código civil: comentários didáticos*. 4. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 1995.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

LISZT, Frans von. *O Brasil na legislação penal comparada*. Tradução de Clóvis Bevilacqua. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

MACHADO, Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINS, Flademir Gerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.

MATIELLO, Fabrício Zambogna. *Código civil comentado*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2005. Disponível em: <[http:// www.ltrdigital.com.br](http://www.ltrdigital.com.br)>.

MAZEAUD, Hénri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 2. ed. t. 3. Paris: Montchrestien, 1963.

MESSIMEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale: codice e norme complementari*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 596.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. 53. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. t. 4. Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: 70, 1989.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral - comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil - doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Disponível em: <<http://www.bibliotecaforense.com.br>>.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo código civil. Separata da revista trabalhista*. v. 12. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. v. 3. at. Regis Fishtner. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Disponível em: <[http:// www.bibliotecaforense.com.br](http://www.bibliotecaforense.com.br)>.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo : Atlas, 1999.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Traité élémentaire de droit civil*. 2. ed. t. 2. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1947.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 3. ed. Tradução de Osório de Oliveira, Campinas-SP: Bookseller, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Disponível em: <[http:// www.bibliotecaforense.com.br](http://www.bibliotecaforense.com.br)>.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direito civil*. 20. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 11. ed. Tradução de Edison Bini. Bauru-SP: Edipro, 2003.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. v. 3. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958.

SANTOS, Leandro Luís Camargo dos. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: LTR, 2005. Disponível em: <<http://www.ltrdigital.com.br>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 52. São Paulo: RT, 2005.

SHAKISPEARE, William. *O mercador de Veneza*. Tradução de Bárbara Heliadora. Rio de Janeiro: Lacerda, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade civil e socialização dos riscos*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. tt. e amp. São Paulo: RT, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. v. 1 e 2. Tradução de Luis Martinez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 5. ed. v. 1 e 4. São Paulo : Atlas, 2005.

VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil*. v. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Sampaio Ferraz Júnior, Brasília-DF: UnB, 1979.

VILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. In : *Archives de Philosophie du Droit*. n. 22. Paris : Sirey, 1977.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)