

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL APLICADO**

JOE MARCEL KERBER

**A ATIVIDADE DE RISCO COMO GERADORA DA RESPONSABILIDADE
OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL**

Porto Alegre

2011

JOE MARCEL KERBER

**A ATIVIDADE DE RISCO COMO GERADORA DA RESPONSABILIDADE
OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Civil Aplicado junto ao Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Civil.

Professor Orientador: Dr. Daniel Ustárroz

Porto Alegre

2011

JOE MARCEL KERBER

**A ATIVIDADE DE RISCO COMO GERADORA DA RESPONSABILIDADE
OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito Civil junto ao Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Dr. Daniel Ustárroz
(Professor Orientador)

Porto Alegre, outubro de 2011

RESUMO

O dever de reparar, preocupação central da responsabilidade civil, tem impulsionado, de forma constante, o pensar do direito, deslocando, ao longo dos tempos seu foco de atenção, para, afastando-se da culpa, aproximar-se ao risco. O Código Civil de 2002, atento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa e da solidariedade, valores fundamentais para formação de uma sociedade justa, inseriu no ordenamento brasileiro, pelo seu art. 927 e parágrafo único, a obrigação de reparar em razão do exercício de atividade que, normalmente exercida pelo autor do dano, implica em riscos aos direitos de outrem. Apresentamos aqui uma análise segmentada dessa previsão genérica de responsabilidade civil objetiva que chega em forma de cláusula aberta; as vantagens do instrumento; a determinação desses riscos à luz da doutrina, ilustrando atividades onde poderá se enquadrar a norma responsabilizadora, sem deixar de proceder um olhar ao passado e ao futuro do instituto.

Palavras-chave: Código Civil de 2002, art. 927, parágrafo único. Responsabilidade civil objetiva. Atividade de risco. Cláusula aberta.

ABSTRACT

The obligation to indemnify, main concern of civil responsibility, has constantly moved the legal thinking, switching, throughout the years, its main focus to get closer to risk, rather than guilt. The 2002 Civil Code, observant to the constitutional principles of dignity of the individual and solidarity, key concepts to establish a fair society, included in the Brazilian legal statute by its article 927 and sole paragraph the indemnification obligation due to the activity that, usually done by the author of the damage, result in risks to the right of a third person. We develop here a divided analysis of this objective civil responsibility generic forecast, which arrives as an open clause; the advantages of the instrument; the determination of these risks based on the doctrine, illustrating activities where the indemnification legal statute could be framed, without leaving aside the past and future of the institute.

Key Words: 2002 Civil Code, article 927 and its sole paragraph. Objective civil responsibility. Risk activity. Open clause.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 2 BREVE RELATO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 11 |
| 3 A CONTRIBUIÇÃO DE RAYMOND SALEILLES E LOUIS JOSSERAND..... | 18 |
| 3.1 DESVALORIZAÇÃO DA CULPA | 22 |
| 4 O RISCO COMO FUNDAMENTO PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA..... | 28 |
| 4.1 O RISCO-PROVEITO | 30 |
| 4.2 O RISCO CRIADO | 31 |
| 4.3 RISCO ADMINISTRATIVO | 33 |
| 4.4 RISCO PROFISSIONAL | 35 |
| 4.5 RISCO INTEGRAL..... | 36 |
| 5 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO BRASIL | 39 |
| 6 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELA ATIVIDADE DE RISCO NO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL | 42 |
| 6.1 O PAPEL DAS CLÁUSULAS ABERTAS..... | 43 |
| 6.2 INSPIRAÇÃO E BASE CONSTITUCIONAL | 45 |
| 6.3 ANÁLISE SEGMENTADA DO DISPOSITIVO: “QUANDO A ATIVIDADE NORMALMENTE DESENVOLVIDA PELO AUTOR DO DANO”..... | 47 |
| 6.4 ANÁLISE SEGMENTADA DO DISPOSITIVO: “IMPLICAR POR SUA NATUREZA”..... | 49 |
| 6.5 ANÁLISE SEGMENTADA DO DISPOSITIVO: “RISCOS PARA OS DIREITOS DE OUTREM” | 51 |
| 7 ALGUMAS SITUAÇÕES QUE PODERÃO ADMITIR A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELO RISCO | 54 |
| 7.1 ACIDENTES DE TRÂNSITO CAUSADOS POR VEÍCULOS “NÃO | |

| | |
|--|-----------|
| PROFISSIONAIS” | 55 |
| 7.2 COMÉRCIO ELETRÔNICO | 57 |
| 7.3 A INDÚSTRIA DO CIGARRO | 58 |
| 7.4 AS DIVERSÕES PERIGOSAS E OS ESPORTES RADICAIS..... | 59 |
| 7.5 ACIDENTES DO TRABALHO | 60 |
| 8 AS EXCLUDENTES..... | 67 |
| 9 CONCLUSÃO..... | 71 |
| REFERÊNCIAS | 75 |

1 INTRODUÇÃO

Há quase uma década da promulgação do atual Código Civil Brasileiro (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2.002), ainda ecoam pungentes dúvidas sobre o tema da responsabilidade civil, especialmente pelos desdobramentos decorrentes da aplicação da assim chamada cláusula geral ou aberta implantada pela redação empregada na segunda parte do parágrafo único do artigo 927, que veio estabelecer uma previsão *in albis* para a incidência da responsabilização civil objetiva pela atividade de risco.

Sem dúvida, mostra-se um avanço, a redação adotada pelo Código vigente, exatamente corrigindo a ausência de sistematização do Código de 1.916 que pouca organização dedicava ao instituto da responsabilidade civil, certamente em razão de que, no tempo de sua edição, ainda não se mostravam tão diversas e complexas as relações interpessoais a ponto de assim exigir.

O artigo 159 do Código de 1.916 era esteio de todo o instituto, quando resumia em estabelecer que

[...] aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade, regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Já o atual Código Civil Brasileiro de 2.002, ao contrário, mostra todo um progresso percorrido para os tempos atuais, dedicando-lhe um número bem mais expressivo de dispositivos, a começar pelo art. 186, previsto na Parte Geral do Código, consagrando a responsabilidade aquiliana, e pelo polêmico art. 187, cuja doutrina majoritária considera uma hipótese de ilicitude objetiva.

Já na parte especial, no art. 389, discorre acerca da responsabilidade contratual, reservando ainda outros dois capítulos para abordar as obrigações de indenizar e outro para a indenização, intitulando-os, “Da Responsabilidade Civil”.

A nova sistemática da codificação apresentada pelo Código de 2.002 traduz um notável avanço da ciência civilista, ao passo que reservou maior espaço ao

instituto da Responsabilidade Civil, incorporando a perspectiva atual de alargar a incidência da responsabilidade objetiva por intermédio da adoção de norma aberta, mesmo que o tenha feito de modo quase cifrado, alocando tão importante comando, em um parágrafo, exatamente na segunda metade do parágrafo único do art. 927.

Preferiu o legislador, nessa nova sistemática, ao conceber a responsabilidade civil genérica por norma em aberto, outorgar agora ao Juiz a tarefa de fazer incidir a responsabilidade civil objetiva ao caso concreto, o que até então era prerrogativa reservada ao legislador. Ao mesmo tempo, tal mecanismo aberto encomenda à jurisprudência e à doutrina, fornecer os elementos de experimentação para aprimorar os conceitos daquilo que se possa adequar nessa previsão, exatamente o que vem a ser atividade de risco (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) e mesmo para a aquilatação da culpa (art. 944 e parágrafo único) para que, em, um segundo momento, se possa calcular o *quantum* da indenização devida em sede de reparação.

Paralelo a isso, prepondera no pensamento jurídico atual que, em termos de responsabilidade civil, não mais se admite que a vítima, afastados os fatores que representam razões excludentes de ilicitude, possa restar de alguma forma sem indenização, mesmo que se apresente lícita a atividade daquele que deu origem ao dano. Desde os tempos romanos rege a máxima *ubi emolumentum ibi onus*, expressão que significa quem auferir o bônus, deve suportar o ônus, o que se reafirma na citação de Josserand: *qui casse les verres les paye*¹.

Posteriormente à edição do Código Civil de 2002, em razão da ampliação da competência material da Justiça do Trabalho ocorrida a partir da Emenda Constitucional 45, de 20 de dezembro de 2004, passa-se a discutir com maior ênfase naquele segmento judiciário, a aplicação da responsabilidade agora objetiva do empregador, em desapego à linha das decisões sobre acidentes do trabalho. Isso porque, até então, eram proferidas pela Justiça Comum, onde sedimentavam o entendimento de que a Constituição Federal, em seu art. 7º, XXVIII, teria recepcionado a regra contida no art. 31 do Decreto-lei 7.036-44, consagrado na

¹ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil: palestra proferida. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, n. 454, 1941. p. 556.

Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal, que exigia, para essa espécie de demandas, a necessária verificação de culpabilidade exacerbada do agente causador para dar lugar à indenização.

A dificuldade está em saber se toda e qualquer atividade desenvolvida pelo empregador importará na sua responsabilização objetiva frente aos acidentes do trabalho, concorrendo esse dever de indenizar com a própria seguridade social que mantém o sistema público obrigatório do seguro contra acidentes do trabalho.

No Brasil, o propósito agora é tornar mais solidário e consentâneo o instituto da responsabilidade civil para com aquilo que axiologicamente já havia assegurado a Constituição Federal. Esse avanço do instituto que por alguns é chamado também de crise da responsabilidade civil, transforma-o, de uma dogmática individualista e exclusivamente patrimonial para uma finalidade muito mais abrangente, a extremos de complexa compreensão. Temerário, nessa linha, que as decisões judiciais, no afã de proteger de qualquer forma a vítima, venham a desvalorizar por demais a prova da culpa e o nexo causal, dando pouca importância à figura do causador, com olhos apenas a quem vai suportá-lo. Pontualmente, lembra Maria Celina Bodim de Moraes, que “[...] ressarcíveis não são os danos causados, mas sim os danos sofridos.”² Anderson Schreiber refere que “[...] a observação das decisões judiciais revela que as cortes tem empregado ora uma teoria, ora outra, sem que se possa definir sequer um padrão de julgamento em um determinado ordenamento”.³

A presente monografia procurará identificar as correntes doutrinárias que patrocinaram a inserção da responsabilidade civil objetiva genérica pelo risco na atividade inserida na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a assim chamada teoria do risco com suas variantes: o risco-proveito, o risco criado, o risco administrativo, o risco profissional e o risco integral; com enfoque também para apontar o embasamento constitucional e normativo para sua aplicação e os avanços que esse sistema aberto representa em face dos modelos até então vertentes no ordenamento brasileiro.

² MORAES, Maria Celina Bodim de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 31, p. 55, 2005.

³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 59.

Impera-se fazer um exercício de dissecação semântica da longa expressão normativa que subsume no Código Civil a nova concepção de responsabilidade civil objetiva, a própria redação da segunda parte do parágrafo único do art. 927, em suas três faces: (1ª) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano (2ª) implicar, por sua natureza (3º) risco para os direitos de outrem. A segmentação desse dispositivo, a experimentação de cada um dos elementos que compõem a cláusula, resultará na delimitação factual daquilo que o legislador buscou abranger na responsabilidade civil genérica.

Dedicaremos parte do trabalho para cotejar alguns exemplos de atividades diárias, comumente desenvolvidas, que, pela notada ênfase de seu risco inerente, mostram-se eminentemente perigosas e factíveis de implicar na responsabilização objetiva, tais como, a fabricação e guarda de explosivos, o trabalho em redes energizadas, o trabalho em usinas atômicas, entre outras que, com amparo especialmente da jurisprudência têm recebido emblema de atividade de risco.

Necessário, igualmente, percorrer quais as hipóteses viáveis para exclusão da responsabilização daquele que desenvolve determinada atividade arriscada, e ainda, naqueles casos em que o causador do dano prove tenha tomado as devidas precauções, discutindo-se se, mesmo assim, ainda há espaço para cabimento da responsabilização.

2 BREVE RELATO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que se possa melhor compreender o tema que adiante enfrentaremos é importante proceder uma breve revisão da evolução na história do instituto responsabilidade civil, onde se evidenciará que ele não se constitui em uma mera etapa na evolução da sociedade, mas em um fenômeno que de longa data caminha em paralelo com seu próprio avanço da civilização através dos tempos.

A responsabilidade civil, como dissemos, mostra-se extraordinariamente dinâmica ao se moldar através dos tempos, adaptando-se, transformando-se na mesma cadência que se torna cada vez mais complexo viver em sociedade, para, em razão dos costumes e dos novos gêneros de atividades, possibilitar o surgimento de mecanismos aptos a restabelecer o equilíbrio cada vez que se verificar a ocorrência de um dano.

Sabido que não se trata de um instituto que evolui estanque; do contrário, a responsabilidade civil vale-se do aspecto da interdisciplinaridade, num fenômeno que ultrapassa as barreiras do direito, pois, como mecanismo de paz social que a orienta, é influenciada pelo agir de todos os seres humanos.⁴

Desta forma, impõe-se uma visão ao passado da responsabilidade civil para conhecer em quais bases se ergueu o instituto, desde quando ainda a culpa sequer era conhecida, passando a um longo período em que ela foi valorizada ao seu extremo, chegando aos tempos mais recentes onde passou a ganhar terreno a visão objetiva da responsabilidade civil, exatamente onde se insere sobremaneira a teoria do conceito de risco, agora expressamente adotada pela legislação nacional.

⁴ Quando se examina o conceito jurídico da responsabilidade civil, parece restar claro que ele não é, justamente, dado apenas pelo direito positivo ou pelos doutrinadores da matéria. Será sempre um conceito a repercutir no campo da ética, da política, das ciências humanas e no vulgar; mas principalmente será derivado dessa repercussão: mais do que causa de discussões, a responsabilidade civil, como conceito ou noção, é uma criação coletiva de muitas formas distintas a saber. Desde que o formalismo jurídico perdeu sua força a partir de meados do século XX, a responsabilidade civil é uma criação que nem de longe pode ser tomada como exclusividade da teoria jurídica. Caso se pretenda considerar racionalmente o conceito jurídico de responsabilidade civil, será preciso ir além do jurídico, porque o jurídico, exclusivamente, não é mais base suficiente para a sua compreensão. Não é, pois, que a responsabilidade civil baseada na culpa não tenha sentido; o que não tem mais sentido é a responsabilidade civil baseada exclusivamente no jurídico. (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 22.)

No alvorecer dos tempos da espécie humana, em seu período selvagem, é bastante crível que os danos, quaisquer que fossem, resolviam-se apenasmente através de uma reação instintiva da vítima contra o seu ofensor, o agir como vingança.

Posteriormente a essa longa etapa, essa mesma reação de vingança até então sem regras ou limites, em algum momento da evolução da espécie, passou dos esforços imediatos da vítima para o domínio do controle público, sofrendo alguns limites. Passou a ser de alguma forma regradada pelo controle social, período que se conhece como Talião: olho por olho, dente por dente; porém, ainda se buscava apenas e tão somente devolver a dor ao provocador do dano.

Alvino Lima, em seus ensinamentos, leciona:

[...] de sua aplicação natural e espontânea, fruto de uma reação animal, de um sentimento de vingança ou de explosão do próprio sofrimento, a vingança privada, como forma de repressão do dano, passou para o domínio jurídico, como reação legalizada e regulada; o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou de excluí-la quando injustificável.⁵

Eram tempos em que se desenvolveram os conflitos entre famílias e tribais, as reações endêmicas, o crime. O castigo servia simplesmente como contraponto de punição pela violência praticada, podendo, o castigo imposto, ser até maior que o sofrimento resultante do ato repreendido. Essa etapa evolutiva ficou conhecida no direito como período de Talião⁶.

Para Giselda Hironaka, “[...] o denominado período de Talião representa a compreensão do senso de justiça ainda baseada na concepção da vingança, o que se verifica em praticamente todos os povos do Mundo Antigo, até o advento da civilização grega”.⁷

⁵ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 20.

⁶ Do latim *talio*, *taliones*, é a designação atribuída à pena que consiste em aplicar ao delinquente um dano igual ao que ocasionou. A pena de Talião tem assento na própria Bíblia, conforme inscreve o capítulo XXI do Êxodo, versículos 23 a 25: se houver morte, então darás vida por vida. Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1360.)

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 45.

Segue-se a essa segunda etapa, o Código de Hammurábi, conhecido como um dos mais antigos conjuntos de leis da humanidade, originado na Mesopotâmia. dois milênios a.C. Hammurábi reprisa em sua essência ainda a regra do Talião - olho por olho, dente por dente, mas, o avanço está na inovação em se apresentar na forma escrita, tratando de enumerar quais os casos passíveis de compensação do dano e também previa de qual modo essa compensação deveria ser executada, tirando das mãos dos particulares a discricionariedade pessoal dessa justiça, passando, então, esse poder, ao Estado.

Esse é exatamente o progresso que se faz sentir do Código de Hammurábi que alguns chamam pai dos códigos: a existência de lei escrita que remete a uma autoridade dizer qual será a compensação pelo dano, mesmo que tal regramento, em suas bases, ainda concebesse a devolução da mesma agressão sofrida ao ofensor.

O Código de Manu, codificação hindú de cronologia posterior a Hammurábi, traz em si a codificação de diversos princípios brâmanes, e novamente incorpora uma noção não violenta de compensação, substituindo a prática da vingança pessoal pelo pagamento de uma soma em dinheiro em favor do agredido.

Manu rompe o elo de um sistema até então baseado na vingança, incluindo o conceito de se compensar o dano por intermédio do arbitramento do pagamento de multa ou indenização em favor da vítima. Tal inovação revelou que a solução dos casos deveria ir mais além do que simplesmente autorizar uma contra agressão.

Estabelece-se, por Manu, que o causador deve superar os danos de sua ação original com uma nova ação, com uma visão de que a vida do ofendido retorne a sua normalidade, ou ao máximo possível da sua situação original. Manu sedimentou no direito a tradição pacifista do budismo e, por essa razão, sua inspiração era de reorganização das coisas do ofendido ao seu estado anterior, em preferência a uma penalização em forma de castigo. Supera-se a idéia de vingança, passando verdadeiramente a existir aqui a semente do que viria a se tornar a responsabilidade civil nos próximos séculos.

Em andar cronológico, chega-se ao tempo da regra que foi conhecida como da composição tarifada, do período romano, em 450 a.C., a Lei das XII Tábuas, que previa, para cada ofensa cometida, um correspondente valor como indenização a ser paga (*poena*) pelo ofensor ao ofendido. Alvino Lima lembra que a legislação das XII Tábuas representa um verdadeiro marco para a ciência da responsabilidade civil, pois neste momento não mais ao indivíduo é lícito fazer a justiça a seu modo, e sim, passa a estar vinculado a uma regra que tarifa cada nível de ofensa, atribuindo a reparação correspondente.⁸

O período romano representa o marco onde se bifurca a indenização civil e pena criminal, com a diferenciação conceitual dos delitos privados (ofensas contra a pessoa ou seus bens) que reservam uma contrapartida indenizatória a ser paga pelo ofensor, dos assim chamados delitos públicos (onde o ofendido é o interesse do Estado) aos quais a indenização reverterá em favor do próprio Estado, e não mais ao indivíduo. Mesmo com essa divisão conceitual entre o civil e o criminal, faz a doutrina menção que nesse momento ainda não eram bem claras as diferenciações a ponto de ali se reconhecer a plenitude da responsabilidade civil, o que lembra Aguiar Dias: “o direito romano, entretanto, jamais chegou a separar a indenização do primitivo conceito de pena.”⁹

No império de Roma, os atos ilícitos ou delitos eram considerados como origens do direito obrigacional, ao lado dos contratos, dos quase contratos e dos quase delitos, conforme o direito do período de Justiniano. A influência dessa organização sistemática é sentida diretamente no atual Código Civil Brasileiro, apenas com a observação que aqui não encontraremos os quase contratos e os quase delitos, substituídos nessa organização pelos atos unilaterais e da gestão de negócios, e os quase delitos aparecerão na classificação, a exemplo, como o abuso de direito (art. 187).

Maior destaque desse período romano, o surgimento da *Lex Aquilia de*

⁸ Tem-se aqui uma completa ruptura com a vingança privada, que passou a ser não só abolida, mas de observação obrigatória. (LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 21.)

⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 27.

Damno, que os autores pressupõem tenha sido aprovada por volta do Século III a.C.. Moreira Alves “[...] cogita ser desconhecida a data de sua criação.”¹⁰

A *Lex Aquilia* trazia em sua concepção central a idéia de *damnum iniura datum*, figuração delituosa de natureza autônoma, que possuía três requisitos para sua configuração: A *iniuria*, ou seja, que o dano fosse decorrente de um ato contrário ao direito; por segundo, a culpa genérica, ou seja, o antever de um ato positivo ou negativo que se atribua culpa exclusiva do agente, e por fim, o *damnum*, que é a própria lesão ou prejuízo. Podemos afirmar então que essa estrutura passa a servir de base até os tempos modernos para a ciência da responsabilidade civil. Funda-se aqui a responsabilidade subjetiva com alicerce na culpa, que se revela a regra preponderante do sistema romano de reparações.

Autores brasileiros, entre eles, em especial a professora Giselda Hinoraka, alertam que a simetria que alguns autores fazem ao afirmar que “[...] responsabilidade aquiliana equivale a responsabilidade extracontratual subjetiva” é imprópria, ao passo que a culpa, modernamente estudada, teve forte influência religiosa e mais precisamente da tradição cristã, influenciada nas condenações bíblicas com seus pecados e castigos. Afirma a doutrinadora brasileira que nos tempos de Roma, a culpa, como elemento de responsabilidade, não estava afeta a essa influência moral-religiosa, e se centrava na causalidade do evento que liga ao agente, ou seja, “[...] a vinculação se dá com o fato de ter efetivamente causado o dano, e não com o desejo de causá-lo.”¹¹

Interessante mencionar que, nessa etapa, peculiar era a forma de quitação dos débitos gerados pela reparação indenizatória. Lá, a responsabilidade civil antes mesmo de ser puramente patrimonial, tal qual se mostra nos dias de hoje, caracterizava-se por um período de violência contra a própria pessoa do devedor. Este poderia responder com seu próprio corpo, caso se mostrasse inadimplente.¹²

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 2, p. 279.

¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 55-57.

¹² De inesquecível memória, ainda no Direito Romano das XII Tábuas, o devedor insolvente poderia ser preso e metido a ferros pelo credor, que só tinha que lhe dar para sustento uma libra de farinha, e, passados três dias, se não conseguisse o réu, no mercado, obter meios para satisfação do débito, poderia ser morto, ou vendido além do Tibre. E, se fossem diversos os credores,

Essa característica da reparação do dano alcançando inclusive a liberdade ou a vida do ofensor deixará de existir apenas com advento da *Lex Poetelia Papiria*, em 326¹³ a.C., com o direcionamento da reparação, para fins de recompor o *status quo ante* da vítima, contra seu patrimônio, sendo lhe retirado tanto o quanto bastasse para ressarcimento.

Na Idade Média, no período demarcado entre os séculos V a XV d.C. consolidaria, em termos, o que viria a ser a base legal de todas as culturas influenciadas pelo domínio da Igreja, sendo criados diversos sistemas legais de menor porte.

Nesse tempo, destaca-se o Direito Canônico – o conjunto de todas as normas que regulavam a estrutura da Igreja, “[...] nascendo aí a expressão *responsabilitas*, que até então era inexistente.”¹⁴

A revolução francesa de 1.789, com seus princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, inspirou o surgimento de uma das legislações que mais contribuiram para a moderna responsabilidade civil, o que veremos no capítulo seguinte, resultando no próprio surgimento das precursoras teorias da responsabilidade objetiva sustentadas por Raymond Saleilles e Louis Josserand. Trata-se do Código Civil francês de 21 de março de 1.804, também conhecido como o *Code Napoleon*, de concepção ainda alicerces no direito romano e que, por sua vez, serviu de base para o surgimento das legislações civis em países como Argentina, México, Itália e o próprio Brasil, entre muitos outros.

No Código de Napoleão, a previsão do ilícito civil residia em seu art. 1.382, que estatuiu a cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva: *tout fait quelconque de l’homme, que cause à autrui un dommage, oblique celui par la faute duquel il est*

poderia ser espartilhado em partes tantas quantas fossem os credores. (LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3.)

¹³ Não há certeza na doutrina a respeito da exatidão da data de surgimento da *Lex Poetelia Papiria*, preferindo Flávio Tartuce situar seu surgimento como sendo no Século IV a.C. (TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. São Paulo: Método, 2011. p. 174.)

¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 58.

arrivé e le réparer.¹⁵

A regra dos tempos romanos, a *Lex aquilia*, está claramente, por seus princípios e fundamentos, dando suporte à regra francesa do Código de 1.382, quando ali impõe, para responsabilização, o reconhecimento prévio de uma culpa efetiva e assaz provada. Aguiar Dias refere que os irmãos Mazeud foram precursores em visualizar a diferença essencial do regramento francês adiante do antigo romano:

A Lei Aquilia nunca pode abranger senão o prejuízo visível, material, causado aos objetos exteriores, ao passo que daí em diante se protege a vítima também contra os danos que, sem acarretar depreciação material, dão lugar a perdas, por impedir o ganho legítimo.¹⁶

Mesmo não alcançando ainda o Código de Napoleão a utilização e reconhecimento da expressão responsabilidade, ele culmina por remeter o instituto da responsabilidade civil ao seu chamado período moderno, dominando, ao desfecho de todo esse percurso histórico, os conceitos fundamentais de conduta, de dano, de nexa causal e culpa.

¹⁵ Código Civil Francês, art. 1382: “Qualquer fato do homem que cause a outrem um dano obriga aquele pela falta (La faute) cometida a repará-lo” (tradução livre do autor).

¹⁶ MAZEAUD, Tr. **Theórique et pratique de la resp. civ. Del. et contractuelle**. 2. ed., n. 36, p. 48, apud DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 30.

3 A CONTRIBUIÇÃO DE RAYMOND SALEILLES E LOUIS JOSSERAND

Exatamente na França, entre o final do Século XIX e o início do Século XX, é que desponta, pelo pensamento doutrinário de Raymond Saleilles (1855-1912) e Louis Josserand (1868-1941) o desenvolvimento da teoria do risco, base sobre a qual se erguem os estudos que dariam forma ao surgimento da responsabilidade civil objetiva tal qual hoje a conhecemos.

Tamanha é a importância do trabalho reconhecida a esses dois juristas franceses para benefício do desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil que Aguiar Dias afirma “[...] que sua vigorosa personalidade é tão influente que faz esquecer o fato de, ao tempo que surgiram seus trabalhos, estar já desenvolvida em outros países a doutrina que apresentam e prestigiam [...]”¹⁷ menção que faz aos precursores dispositivos presentes já no Código Prussiano e no Código Austríaco, ambos do Século XIX.

Saleilles, professor da Faculdade de Direito de Paris, publica, em 1.897, sua obra *Les Accidens du travail et La responsabilité civile*, partindo de uma interpretação do parágrafo primeiro do art. 1.384 do Código Francês que abrigava a teoria objetiva do risco, percorrendo sua análise até o artigo 1.382 que assentava a teoria subjetiva da culpa, afirmando que “[...] o dano é simples questão de azar e não de culpa”¹⁸. Saleilles, de posicionamento um tanto mais radical que seu seguidor, Josserand, pregava ser imperativo substituir-se a ideia de culpa pela causalidade plena, considerando a certo ponto falsa ou mesmo humilhante a ideia de culpa. Tempos após, influenciado pelas decisões proferidas pela Corte Canadense, Saleilles retroage em sua posição, retratando-se parcialmente, “[...] recomendando moderação das posições, a ponto de sugerir fossem deixadas de lado suas palavras.”¹⁹

¹⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 72.

¹⁸ SALLEILES, Raymond. **Les accidens du travail et la responsabilité civile**. Paris: A. Rosseau, 1897. p.74 apud SILVA, Wilson de Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. São Paulo: Saraiva. 1974. p. 49.

¹⁹ SALLEILES, Raymond. **Les accidens du travail et la responsabilité civile**. Paris: A. Rosseau, 1897. p.74 apud SILVA, Wilson de Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. São Paulo: Saraiva. 1974. p. 51.

Saleilles desenvolve, assim, a teoria do risco, ao passo que constata, quanto maior o risco assumido, maior o lucro; portanto, também, as próprias consequências decorrentes dessa falha. Ele traz uma nova visão para o direito, que para ele não é apenas uma voz das leis, mas sua compreensão permitirá sua aplicação de modo flexível²⁰.

Os debates doutrinários de expansão dos conceitos de responsabilidade, não somente fundada na culpa romana, mas agora também decorrente da exploração de atividades arriscadas, receberam uma de suas maiores contribuições pelo trabalho do Professor Decano da Faculdade de Direito de Lyon, Louis Josserand, que também integrava a Corte de Cassação de Paris na condição de conselheiro:

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. O movimento iniciado por Saleilles, como vimos, encontrou na obra de Josserand o seu mais possante defensor, e a respeito das críticas que lhe foram dirigidas, aquela teoria encontrou sua consagração não só em dispositivos do direito comum, mas também na legislação especial.²¹

O extrato do ensinamento sustentado por Josserand é conhecido pelas conferências que proferiu sob título Evolução da Responsabilidade Civil – nas

²⁰ Quando professor de Direito da Universidade de Dijon, Saleilles conheceu o advogado François Géný com o qual ele formou fortes laços de amizade que influenciando seu trabalho conjunto. Com isso, ele criou a escola de livre pesquisa científica em oposição à escola de exegese, corrente de interpretação do Código Civil que segundo ele, atribuía demasiada importância à letra do texto. O método de Saleilles-Géný definia-se pelo estudo para encontrar todas as soluções possíveis adequadas. Em caso de deficiência, é necessário procurar livremente e desenvolver a solução mais adequada, com base na história da razão e da necessidade atual. Ele diria mais tarde: "*além do código civil, mas pelo código civil*". (WIKIPEDIA: enciclopédia livre da internet. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Raymond_Saleilles>. Acesso em: 5 set. 2011.)

²¹ Partindo da necessidade da segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para ele concorrer, os seus defensores sustentam que "*les faiseurs d'actes*", nas suas múltiplas atividades, são os criadores de riscos, na busca de proveitos individuais. Se destas atividades colhem seus autores todos os proventos, ou, pelo menos, agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados – *Ubi emmolumentum, ibi onus*. Não é justo, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não colhe os proveitos da atividade criadora de riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia. (LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 119.)

faculdades de Direito, de Lisboa, Coimbra, Belgrado, Bucarest, Bruxelas, Madrid e Casablanca.

Josserand, nessa conferência, dá ênfase a um erro que se cometia desde sempre nos bancos acadêmicos: ensinar o tema da responsabilidade civil de maneira por demais singela, na maioria das vezes, em uma única lição, tudo isso a rima de exemplos muito pobres da jurisprudência. O jurista francês já afirmava que, a seu tempo, tal abordagem mereceria ao menos entre dez a doze lições e, ainda assim, os alunos teriam apenas um breve lume da importância e daquilo que comporta o tema. Alertava que o estudo da responsabilidade civil estava em primeiro plano no direito, com base nas expressões doutrinárias e jurisprudenciais do seu tempo, sendo verdadeira sentinela para os tempos atuais.

Afirma que a causa do progresso da ciência da responsabilidade na direção de novos conceitos, tal qual se via no Século XX, decorria do maquinismo que representavam a chegada das estradas de ferro, do automóvel, do avião, da mecanização universal dos meios produtivos, do fim dos tempos do homem inerte, pois agora estava ele sempre em busca, ou de ganhos elevados na exploração de atividades complexas, ou mesmo de diferentes meios de lazer que lhe são disponíveis, tudo isso a coincidir com o pensamento de Nietzsche: “vivemos perigosamente, cada vez mais intensamente.”

Sua concepção doutrinária aponta para a necessidade de uma desvalorização do elemento culpa, para se reconhecer que a responsabilidade do homem moderno que está à frente de todas essas novas características de uma vida essencialmente perigosa. Sem tal visão, mantém-se a idéia que *le dommage de l'un est le profit de l'autre*²². As teorias chamadas tradicionais repousavam na velha ideia de culpa, na medida em que preponderava o pensamento de que não há responsabilidade sem culpa provada, dogma milenar romano que recebia, após séculos, profunda reflexão.

²² Traduzido livremente como “o dano de um é o lucro de outro” expressão referida por Louis Josserand em sua célebre palestra. (JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil: palestra proferida. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, n. 454, p. 548-559, 1941. p. 550.)

Josserand ponderava que, em face da complexidade das atividades que se ocupava o homem moderno, as empresas, seus riscos, não era mais sustentável para a vítima de um dano se mantivesse a concepção de que a ela incumbia todo o ônus de provar que o fato acontecera, que existira um dano, e finalmente provar que esse dano decorrera daquele fato ilícito, sem o que, não se contemplaria a obrigação de indenizar.²³

O célebre jurista, nesse trabalho, relata ainda, pela interpretação que faz das decisões proferidas pela Corte de Cassação, que mesmo a culpa leve, mínima, bastaria para impor condenação de responsabilidade. Alinha duas teorias distintas: a do abuso do direito – onde afirma que o exercício de um direito não é absoluto, não nos é concedido pelo Estado para utilização discricionária, há limites de tolerância na prática desse direito, e a exacerbação de seu atuar caracterizaria abuso reprovável; e a teoria da falta ou culpa negativa – que se daria pelas atuações passivas ou negativas daquele que não exerce o direito a contento, tanto quanto deveria ou poderia ser exigido exercê-lo.

Sustenta, em sua lição, que se deve conceber a própria *teoria do risco* como doutrina para verdadeiramente menosprezar aquela impregnação nem sempre necessária do elemento culpa para, ao final, admitir que somos responsáveis, não apenas por nossos atos ditos culposos, mas em relação a todos os nossos atos, pura e simplesmente, sempre que se identificar que eles causaram um dano injusto e anormal a terceiros.

²³ Josserand questionava como um operário que se feriu no seu acidente do trabalho, pode demonstrar a culpa do patrão? Como um pedestre, colhido num local solitário, à noite, na ausência de testemunhas, pode provar – supondo-se que tenha sobrevivido ao acidente – que o carro não estava iluminado ou corria a uma velocidade excessiva? Como o viajante que, no curso do trajeto, cai sobre a via, pode provar que os empregados tinham negligenciado no fechamento da porta, logo depois da partida da última estação? Impor à vítima ou aos seus herdeiros demonstrações dessa natureza equivale, de fato, a recusar-lhes qualquer indenização; um direito só é efetivo quando a sua realização, a sua praticabilidade é assegurada: não ter direito, ou, tendo-o, ficar na impossibilidade de fazê-lo triunfar, são uma coisa só. A teoria tradicional da responsabilidade repousava manifestamente em bases muito estreitas; cada vez mais se mostrava insuficiente e perempta; fazia-se sentir imperiosamente a necessidade de alargar os fundamentos em que repousava o *velho edifício de antanho* que não correspondia mais as necessidade dos novos tempos e que a tornava inabitável. (JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil: palestra proferida. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, n. 454, p. 548-559, 1941. p. 551.)

Josserand destaca que o esforço primariamente defendido por Saleilles acabou por estabelecer na legislação francesa as primeiras leis que trouxeram a concepção objetiva da responsabilidade. Primeiramente, a lei dos acidentes do trabalho, de 1898, que consagrou o chamado risco profissional, segundo o qual o patrão responde pelos danos ocorridos aos seus operários em consequência ou por ocasião do trabalho, independentemente de culpa; posteriormente, a legislação de 1.921, que previa responsabilidade em relação a danos cometidos a terceiros por aqueles que guardavam, em nome do Estado, substâncias explosivas, corrosivas ou tóxicas. Menciona, ainda, Josserand, a lei francesa de 1.914, que reconheceu direito à indenização, independentemente de prova de culpa, àqueles afetados por delitos cometidos por operações de tropas ou grupos militares nas comunas, entre outras legislações que adotaram a culpa objetiva.

No vaticínio de Josserand, a responsabilidade civil tenderia a objetivar-se. O risco se opõe à culpa e a remete a um plano cada vez menos elevado que outrora. Projetam-se dois polos de fixação da responsabilidade moderna: o primeiro, objetivo, da teoria do risco criado, e o segundo, da teoria subjetiva, onde se destaca a culpa. Entre esses dois extremos se debaterá a teoria da responsabilidade.

3.1 DESVALORIZAÇÃO DA CULPA

Até o alvorecer do direito moderno praticamente todas as codificações conhecidas, na esteira do Direito de Roma, para enquadramento da responsabilidade civil, estavam apoiadas num necessário trinômio, sem o qual não se formaria a obrigação de reparar: deveria se demonstrar a existência de um prejuízo; a existência da culpa do ofensor; e, por final, que essa culpa se ligava ao dano em demonstração inequívoca do nexo de causalidade.

Dois desses elementos primordiais, a culpa e o nexo de causalidade, são denominados doutrinariamente como sendo os filtros da responsabilidade civil ou filtros de reparação, por se caracterizarem, formalmente, como as barreiras que selecionavam, judicialmente, quais as demandas teriam mérito para viabilizar uma esperada indenização. Havia receio que, na ausência de tais filtros, poderia ocorrer o próprio afogamento dos sistemas judiciários, suas Cortes, recebendo incontáveis e

invencíveis demandas.

Afirma de o professor de Direito Civil da PUC RJ, Professor Dr. Anderson Schreiber, que o atual estágio da responsabilidade civil, dos tempos modernos até o tempo atual, pode justamente ser descrito como um momento de “[...] erosão dos filtros tradicionais da reparação [...]”²⁴, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa da prova do nexo causal como obstáculos ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento.

A doutrina está repleta de conceitos para a culpa, mas cabe aqui referir aquele adotado por Clóvis Bevilácqua, que reprisava a concepção de Pothier, Saleilles, entre outros, no sentido de que “[...] a culpa é a negligência ou a imprudência do agente que determina a violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem.”²⁵ Este é o conceito que inspirou a redação do art. 159 do Código Civil Brasileiro anterior, afirmando, Bevilácqua, que na culpa há sempre a violação de um dever preexistente. Também valioso referir o conceito de culpa que imprime Pontes de Miranda:

[...] a culpa é defeito que se pode apontar na vontade. Supõe-se que o agente, no que quis, passou o limite em que a sua atividade ou a sua omissão seriam sem defeito, afirmando ainda o célebre jurista brasileiro que a culpa é o defeito que se pode apontar na vontade.²⁶

A responsabilidade como conhecida, baseada na imperiosidade de uma demonstração de culpa em todos os seus casos, mostrava-se, cada vez mais, ante toda a complexidade de situações, inapropriada e muitas vezes inibitória para que tivesse a vítima acesso à reparação. Exatamente em razão disso, vendo essa extrema onerosidade do direito, é que a teoria objetiva vem conquistando progressivamente novos campos, a par de adequá-la à multiplicidade e às potencialidades dos riscos, na meta de buscar, alcançar, quiçá, um nível de segurança social onde todos ofendidos, de fato, possam ser compensados pelos danos.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 11.

²⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. ed. histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977. v. 1, 2, 4, p. 426.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi,

Exatamente aqui reside a inovação no direito. Aquilo que Josserand chamou de sistema de presunções legais, já residia no Código Civil Francês em seus artigos 1384, 1385 e 1386, que já previam a responsabilidade pelos fatos de terceiros, tal qual se concebe a dos pais pelos atos dos filhos; a dos professores e mestres de ofício pelo tempo que estiverem na guarda de seus confiados; a dos patrões e empregadores pelos atos de seus empregados, e a do dono do prédio por sua ruína em face da falta de conservação ou vícios de construção.

Alvino Lima, retratando a multiplicidade de situações arriscadas que despontavam no viver das grandes cidades, coincide em sustentar a necessidade de se afastar o demasiado apego à culpa para o reconhecimento da responsabilidade civil, como até então sucedia na concepção clássica. Sua visão era de preferir, cada vez mais, as opções dadas pela ideia objetiva da culpa, tendo como meta eliminar, por completo, o elemento subjetivo da responsabilidade extracontratual.²⁷

A revolução industrial, iniciada na Inglaterra no Século XVIII, e sua consequente dispersão da Europa para mundo, deflagrando a chamada era do maquinismo, resultou, na amplificação dos acidentes laborais e correlatos, sem que os antigos ordenamentos jurídicos estivessem preparados para solucionar as dificuldades que se apresentavam para atender a esses infortúnios, na medida em que ainda oneravam às vítimas dos todo o peso probatório, que culminava em significativa parte dos casos, libertar os verdadeiros causadores de todos esses infortúnios – os industriais – do pagamento das indenizações nos processos judiciais.

1958. t. 23, p. 71.

²⁷ O entrechoque, cada vez mais crescente de interesses, aumentadas as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação infinita das causas produtoras do dano, advindas das intervenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de defender a vítima, assegurando-lhe a reparação pelo dano sofrido, em face de um díspar entre empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades dia a dia maiores, de se provar a causa dos acidentes produtores de danos e dela se deduzir a culpa, à vista de fenômenos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde a se evitarem injustiças que a consciência jurídica e humana evitavam. LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 119.

É possível, então, identificar o fim do século XIX como o momento em que avançaram os estudos da responsabilidade civil quando, sem abandonar a culpa, surgiram, pela doutrina, a teoria dos riscos com seus desdobramentos em risco-profissional, risco-propriedade e risco-criado, todos os quais nominou o jurista francês Georges Ripert como integrantes da “doutrina do risco.”²⁸

O trabalho desde então oferecido pela doutrina constitui-se num marco de sobreposição da concepção individualista que se apoiava o Código de Napoleão onde só poderia responder pelo dano aquele que tivesse concorrido com sua vontade para o infortúnio. Avançava-se para uma concepção de socialização do direito, representada marcadamente pela visão agora objetiva da responsabilidade civil oferecida pelos estudiosos da época, remédio que oferecia solução aos problemas que se apresentavam, como narramos. O eixo fundamental dessa problemática, tema e disciplina da responsabilidade civil, o seu foco principal, pode-se afirmar que naquele momento deslocou-se da figura do ofensor, e sua sanção, para a figura da vítima, a fim de assegurar a reparação.

A obra publicada por Raymond Saleilles, *Les accidents du travail et La responsabilité civile*, foi elaborada em razão da problemática contemporânea que se apresentavam os acidentes do trabalho, e centrou-se em estudar a responsabilidade civil pelo fato das coisas a partir de uma decisão proferida pela *Cour de Cassation* proferida em 16 de junho de 1.886. Versou aquele julgamento sobre a responsabilidade de um patrão para com seu empregado acidentado – mecânico – que fora vitimado pela ruptura de uma tubulação de vapor em no interior de um navio rebocador. Constatou-se que a ruptura da tubulação se deu em razão de um defeito na soldagem. Em resumo: o acidente não fora provocado por culpa do empregador, mas por um vício de construção da máquina.

Não obstante a natureza acidental daquele infortúnio, com base na exegese feita pela Corte de Cassação, concluiu-se que fora bastante suficiente, para a condenação, a comprovação da relação de causalidade entre o acidente e a ferramenta mecânica causadora, que estava e deveria estar sob guarda do patrão.

Observou Saleilles que “[...] a essência daquela decisão traduzia que todo elemento de vontade fora descartado, seja ele sob forma de contrato, seja por forma de culpa delitual. Trata-se de responsabilidade puramente objetiva, derivada do fato, de sua exclusiva materialidade.” Conclui Saleilles “[...] que esta é uma concepção nova, de uma importância considerável [...]”, a partir da qual se desenvolveu a teoria do risco criado.²⁹

Para Saleilles, “[...] a culpa objetiva não é mais do que uma relação de causalidade entre o dano realizado e uma atividade considerada como constitutiva dos riscos, resumindo: aquele que age deve suportar os riscos do seu fato.”³⁰

Judith Martins Costa lembra que, concomitantemente ao ocaso imposto ao sistema da responsabilidade civil subjetiva, coincide a própria crise enfrentada pelo Estado liberal, que se pensava, ao garantir as liberdades de autonomia, pudesse esse mesmo Estado garantir também uma irresponsabilidade daqueles que atuavam dentro dos limites concedidos de suas atividades.³¹

Aguiar Dias, apontando a Louis Josserand e Raymond Saleilles, grandes defensores da nova teoria dos riscos, lembra que, mesmo em termos de responsabilidade penal, a culpa se tornou elemento discutível. Refere que também Savatier e Demogue defenderam a necessidade de conceber o direito à reparação, mesmo sem culpa.³²

Dessa forma, fica bastante evidenciado que os modelos legislativos da época,

²⁸ Apud LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 327.

²⁹ SOMMER SANTOS, Marco Fridolin. **Acidente do trabalho entre a seguridade Social e a responsabilidade civil**. São Paulo: LTr, 2005. p. 42.

³⁰ SOMMER SANTOS, Marco Fridolin. **Acidente do trabalho entre a seguridade Social e a responsabilidade civil**. São Paulo: LTr, 2005. p. 43.

³¹ A crise da teoria clássica da culpa corresponde, em igual medida, à crise do Estado liberal que resultou, também, na crise do chamado dogma da autonomia plena da vontade. Ocorre que a liberdade aí suposta, e que servirá de base ao Liberalismo em todas as suas manifestações, é a liberdade de iniciativa, fator essencial à construção do capitalismo, liberdade de agir sem peias que resulta, sem dúvida, no plano jurídico, de uma concepção individualista. A lei deveria, por essa concepção, garantir a liberdade dos particulares e, por consequência, os declarar irresponsáveis pelos danos causados desde que tivessem agido nos limites estabelecidos pela lei o que, na precisa asserção de Starck, significava que a irresponsabilidade era o grau supremo da liberdade. (MARTINS COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, v. 93, ano 15, p. 29-52, out. 1991. p. 43.)

³² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1, 2, p. 55.

já desprezando valorativamente a culpa, passaram a adotar modelos que traziam a forma objetiva da responsabilidade civil, ao mesmo tempo em que se via nascer uma tendência de socialização dos riscos, tal qual se viu nas legislações que criaram o sistema de seguros obrigatórios do regime da seguridade social e especialmente no que tange aos acidentes do trabalho, a precursora lei francesa de 1.896, que serviu de inspiração para a própria lei brasileira de 1.912.

4 O RISCO COMO FUNDAMENTO PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Como já nos detivemos anteriormente, registrando que em determinado momento da evolução da história da ciência civilista, concomitantemente ao surgimento da revolução industrial, à complexidade das atividades a que passou a ocupar o homem moderno, ante a preocupante parcela das demandas em que a demonstração da culpa dos causadores dos danos se mostrava tarefa inacessível às vítimas provar, nesse exato momento, ingressa sob lupa da doutrina, o novo elemento: o risco. Seu estudo fornecerá as soluções para que nessa mesma sociedade não mais se permitam os resultados nulos da injustiça, centrando-se nele a causa preponderante para o dever de reparar.

Conforme o Dicionário Houaiss³³ da língua portuguesa, o significado primário da palavra risco é “a probabilidade de perigo”, comportando ainda, pelo senso comum, significado de ameaça física para o homem ou seu ambiente, ou ainda, possibilidade de insucesso, malogro de determinada coisa em razão de um acontecimento incerto, eventual, cuja superveniência independe de vontade.

Caio Mário antevê quatro faces possíveis ao conceito de risco, quais sejam: na primeira, significaria o perigo de perecimento a que está sujeito o objeto da relação jurídica; na segunda, ele seria o elemento estruturante dos contratos aleatórios, com vista de distingui-los dos contratos comutativos: aqueles em que as partes já sabem quais são as prestações; na terceira, o risco se relaciona com contratos de seguro como sendo ele o fator de gerar direito à indenização do segurado ou de terceiro, e por último, o risco passa a ter um sentido especial que interessa à responsabilidade civil, onde vem sendo erigido como principal fundamento para o dever de reparar.³⁴

Há igualmente a compreensão de risco como sendo o elemento associado ao jogo, onde, atendidas as regras próprias do caso, será sempre possível prever as chances tanto de ganho como as de perda. Dessa forma, o conceito traz em si o

³³ HOUAISS, Koogan. **Enciclopédia e dicionário**. Rio de Janeiro: Delta, 1994. p. 740.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 279.

domínio da ciência estatística, onde será possível, consideradas as variantes particulares de cada elemento que concorre, antever a parcela de sorte ou azar que cada risco nos submete.

É de observar que o risco traz em si a compreensão de ser menor que o perigo, vez que existe apenas uma hipótese, certa probabilidade que ele venha a acontecer. Poderemos assim afirmar que o risco é algo que se situa entre a normalidade e o perigo. Traduzindo: ao conduzir com cuidado estaremos próximos à normalidade, mas conduzir sem cuidado e a devida atenção, estaremos próximos ao perigo. A conclusão lógica nos leva a concluir que toda essa distância que existe entre o lugar seguro e o perigo é área que interessa ao risco, com um alerta tempestivamente lembrado por Giselda Hinoraka: “[...] o risco é uma opção, mas não um destino.”^{35 36}

Porém, não é de crer que essa nova teoria, a das atividades de risco chegara sem encontrar resistência de alguma parte da doutrina, mesmo ante a brilhante abordagem precursora de Saleilles e Josserand. Alvino Lima recorda que Capitant teria protestado, por ocasião do célebre julgamento da Corte Francesa de 13 de fevereiro de 1.930, alegando que a mesma estaria desempenhando as funções de legislador, enquanto Ripert procurou demonstrar que no referido julgado não houve aplicação da teoria do risco, não tendo a Corte de Cassação modificado a sua doutrina.

Os irmãos Mazeud declaram que o referido julgado apenas substitui a expressão presunção de culpa, pela expressão presunção de responsabilidade, sem ferir o princípio da teoria da responsabilidade fundada na culpa, pois se tal pretendessem os julgadores, teriam usado as palavras risco ou proveito.³⁷

A conclusão de Alvino Lima é direta:

³⁵ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 106.

³⁶ A autora afirma que os tempos em que se admitia atribuir a responsabilidade dos danos aos deuses, bruxas e divindades de qualquer espécie, ficaram para trás, na mesma distância que a Idade Média ou mesmo a Renascença está para os tempos modernos. O enfoque primordial da Lei, a preocupação essencial da sociedade que quer ser solidária, repousa e deveria repousar na atenção ao direito da vítima, buscando-se a formulação de um princípio que vise, antes de tudo, assegurar a ordem social e a salvaguarda do direito daquele que, sem a sua culpa, sofre dano derivado da atividade de outrem, caracterizada pela escolha relativa à assunção de risco. (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 111.)

³⁷ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 122.

[...] chegamos a um ponto onde a verdade é incontestável, o que se conscientiza por intermédio não só da jurisprudência mas, também, dos exemplos da legislação moderna; a admissibilidade da presunção de culpa sem que se possa admitir prova em contrário, a exceção em caso fortuito ou de força maior, ou a consagração da teoria do risco, porém, ambas as doutrinas praticamente se confundem nos seus efeitos.³⁸

De fato, o surgimento dessa construção jurídica teve o efeito de tornar mais equilibradas as disputas dos poderosos – as indústrias – com os hipossuficientes – os indivíduos e, a partir dela, prevalecer o princípio da solidariedade no direito, estreitando as consequências indesejadas do liberalismo individualista, em razão dos princípios constitucionais de segurança, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. O espaço de abrangência para indenizarem-se as situações danosas, sem dúvida, se ampliou.

Portanto, o estudo do risco, agora elevado a doutrina, passa a merecer uma profunda atenção do pensamento jurídico, que o visualiza como sendo a verdadeira chave para abertura de um sistema que mostrava-se exausto, anacrônico e incapaz de oferecer soluções no prisma imperfeito da culpa para o problema social da profusão dos danos irradiados pelo próprio progresso econômico social doravante ao maquinismo.

A doutrina, doravante ao Século XIX, passa a identificar ramificações distintas para o risco como elemento fundamental da responsabilidade civil, que se mostra peculiarmente diferenciável em razão do próprio meio que se encontra aquela atividade que se diz, arriscada. Parte-se, doravante, a enumeração de algumas das mais significativas espécies de riscos reconhecidas pela doutrina, lembrando que tal classificação não é propriamente exaustiva, tal qual não se mostra determinado o alcance de possibilidades da norma brasileira, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

4.1 O RISCO-PROVEITO

O chamado risco-proveito, ou teoria do risco-proveito, traduz uma imediata correlação com o dano, na máxima romana *ubi emolumentum ibi onus*, ou seja,

³⁸ LIMA, Alvinio. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 122.

onde está o bônus deverá estar o ônus. É o conceito que se volta para uma ligação umbilical vantagem-prejuízo, devendo arcá-lo, justamente quem para tanto, deu causa. Afirma-se que aquele que expõe riscos a outras pessoas, sejam elas determinadas ou não, que disso lhe resulte proveito, direto ou não, deverá arcar com as consequências dessa sujeição. Uma dessas consequências é exatamente vincular a responsabilidade objetiva do autor dessa ação, ainda que isento de culpa.

É preciso ter em mente exatamente essa particularidade da teoria do risco-proveito, que, em sua essência, faz necessário demonstrar que o autor do dano teve na atuação um resultado (proveito), o que, segundo alguns doutrinadores, via inversa, atribui a essa modalidade um caráter de subjetividade para sua configuração.³⁹

Entre os juristas brasileiros, embora insignes os autores, é minoritário o grupo daqueles que entendem que a responsabilidade objetiva em que se pauta o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, decorre do risco-proveito.

Por outro lado, é possível afirmar que o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco-proveito ao apontar a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos produtos e serviços prestados, destacando que a Lei 8.978-90, para impor essa modalidade objetiva de responsabilidade, considerou fatores como a produção em massa; a condição na maioria das vezes vulnerável do consumidor comparativamente ao fornecedor dos produtos e serviços; a existência anterior de legislações, no mesmo sentido, regulando certas atividades, e a precariedade, como vimos, das soluções oferecidas pela teoria subjetiva. Não é necessário para acessar a proteção pela Lei do Consumidor sustentar que o fornecedor obteve resultado.

4.2 O RISCO CRIADO

Ao lado da teoria do risco-proveito, o risco criado, encerra, sem dúvida, a

³⁹ CAIO MÁRIO refere que, muito embora a ideia de proveito haja influenciado de maneira marcante a teoria do risco, a seu ver é indispensável eliminá-la, porque a demonstração, por parte da vítima, de que o mal foi causado não porque o agente empreendeu uma atividade geradora do dano, porém porque desta atividade ele extraiu um proveito, seria envolver, em última análise, uma influência subjetiva na conceituação da responsabilidade civil. (PEREIRA, Caio Mário da Silva.

classificação prioritária dos riscos em que se funda a responsabilidade civil objetiva. Vimos que para o risco-proveito, na atividade geradora de dano, sob prisma do risco, há de ser necessariamente identificado que algum proveito obteve ou poderia obter o seu causador. A diferença dos conceitos reside exatamente no fato de que o risco criado dispensa esse último elemento, ou seja, não há necessidade de qualquer comprovação de que o causador do dano tenha obtido lucro ou vantagem. Basta, tão só, a exposição ao dano para incidir a responsabilidade objetiva.

Neste ponto cabe indagar: à qual teoria o legislador pátrio se inclinou na concepção da responsabilidade objetiva no projeto do Código Civil de 2002? A resposta não implica em maiores dificuldades: exatamente à concepção da teoria do risco criado, onde está divorciada a necessidade de provar que o autor dos danos tenha se beneficiado de alguma forma ao empreender a atividade arriscada.⁴⁰

O alcance da expressão contida na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, pelo prisma da teoria do risco criado, irá definir qual a natureza dos riscos condenáveis, já que, por uma análise superficial da norma, poderíamos ser levados a crer que toda e qualquer atividade poderá gerar a responsabilidade civil objetiva pelo falso silogismo que todo agir, de um modo maior ou menor, resulta em algum tipo de risco.

A teoria do risco criado remonta às precursoras teses advogadas por Saleilles e Josserand, como já nos detivemos anteriormente, sendo praticamente desnecessária a justificação por qual razão dominou esse escopo, da teoria do risco criado, para inspiração da cláusula geral de responsabilidade civil brasileira.

Responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 287.)

⁴⁰ SERGIO CAVALIERI FILHO, fazendo alusão ao jurista que laborou na edição do Código Civil de 2002, afirma não se ter dúvida que foi adotada a teoria do risco criado, da qual o mestre Caio Mário é o seu maior defensor. São palavras do nosso grande civilista: *Das modalidades de risco, eu me inclino pela subespécie que deu origem à teoria do risco criado. Como mencionei, (capítulo XVIII supra) ao elaborar o projeto de Código de Obrigações de 1.965, defini-me por ela, no que fui seguido pelo projeto de Código Civil de 1.975 (Projeto nº 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 teoria do risco criado a dizer que, independentemente de 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* (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 284, apud CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 173.)

Podemos então afirmar com boa margem de segurança que a segunda modalidade não revoga a primeira, pois, se é admitido que para aquelas atividades em que não haja correspondência de resultado com o dano, é devida a reparação, com muito maior razão poderemos afirmar que a reparação também será devida para os casos em que existiu vantagem, daí que se pode concluir que a concepção do risco-proveito se insere no risco criado.

4.3 RISCO ADMINISTRATIVO

No esforço de encontrar fundamentos para atribuir a responsabilidade civil objetiva do Estado ergueu-se a construção intelectual por aqueles que se dedicaram ao estudo da teoria do risco, o que se apresenta como sendo o chamado risco administrativo.

A administração pública também se mostra ser sujeito ativo da geração de danos, ao passo que também ela, por seus mais diversos atos, expõe perigos a seus administrados, seja na execução de uma atividade normal ou até mesmo anormal de seus encargos constitucionais.

A peculiaridade que justifica essa classificação está na observância do princípio constitucional da igualdade entre os indivíduos, de forma que também estes deverão suportar igualmente os encargos gerados nas reparações, devidas por esse mesmo Estado. O princípio democrático ordena que a todos aqueles que se beneficiam com a atividade do Estado, recairá a assunção dos custos públicos na forma dos encargos sociais. Todo prejuízo, toda lesão sofrida pelo indivíduo, causada pelo Estado, deverá ser ressarcido, independentemente de culpa, pelo agente público (União Estado ou Município) que o causou.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra fundamental de Direito Administrativo, no início do capítulo onde se atém ao estudo da responsabilidade do Estado por danos causados, alerta que essa responsabilidade não se confunde com aquela obrigação de indenizar aos particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere a prerrogativa de sacrifício dos interesses dos particulares, tal qual acontece, exemplificativamente, nas desapropriações, em suas palavras: “Há

de haver uma violação de direito alheio. Não ocorrendo violação de direito estaremos frente apenas a um debilitamento dos direitos individuais no confronto desses com o interesse maior.”⁴¹

Alguns doutrinadores sustentam que, em verdade, o conceito se confundiria com a teoria do risco integral, pois a diferença residiria apenas numa abordagem semântica entre as duas modalidades. O risco administrativo, o risco integral e o acidente administrativo, seriam rótulos diferentes para determinar coisas que são iguais. Mas é necessário se faça a distinção para que o Estado não seja responsabilizado naqueles casos em que o dano decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa.⁴²

A proteção que visa a teoria do risco-administrativo é exatamente a proteção de todos os administrados. O Estado tem o dever de agir em suas prerrogativas constitucionais, mesmo que tais atividades sejam perigosas e arriscadas, mas tem obrigação de fazê-lo com segurança, garantindo não causar danos. Há um dever máximo de agir em incolumidade, que, não observada, ensejará na sua responsabilização objetiva.

⁴¹ O Professor Emérito da cadeira de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo sustenta que a responsabilidade objetiva do Estado só se materializa nos casos de comportamento danoso comissivo, ou seja, que resulta por meio de ação do estado, não de omissão, casos em que essa responsabilidade seria subjetiva: “a responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre uma ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente a sua pessoa ou seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício de instituição governamental ou da coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns inerentes a vida em sociedade. Consiste em ato comissivo, positivo do agente público, em nome e por conta do Estado, que redunde em prejuízo a terceiro, consequência de risco decorrente da sua ação, repita-se, praticado tendo em vista o proveito da instituição governamental ou da coletividade em geral. Jamais de omissão negativa. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 1000-1001.)

⁴² Sérgio Cavalieri Filho esclarece a dúvida, ao passo que sustenta que a necessidade da diferenciação, já que, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da administração, permite o Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal - fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. O risco administrativo, repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos da atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem ainda, por fenômenos da Natureza, estranhos à sua atividade. Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e qualquer caso de dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistir relação entre causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado. (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade**

Essa modalidade de responsabilidade administrativa no nosso direito⁴³ reside propriamente no art. 37, § 6^o, da Constituição da República, ao determinar que

[...] as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa⁴⁴.

Assegura a Lei Maior a aplicação da responsabilidade objetiva nas ações lesivas do Estado, ressaltando apenas o direito de regresso do próprio Estado contra seus servidores, aí sim, concebendo a necessidade de subjetividade: de culpa ou dolo. Tal dispositivo foi reprisado pelo Código Civil em seu art. 43, também reservando a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito público interno.⁴⁵

4.4 RISCO PROFISSIONAL

A teoria do risco profissional⁴⁶ surge para identificar propriamente a responsabilidade também objetiva dos empregadores pelos acidentes ou causados diretamente à seus subordinados, ou desses em relação à terceiros. Segundo lição de Caio Mário da Silva Pereira, em uma abordagem clássica do conceito, “[...] o risco-profissional é aquele que obriga ao empregador reparar os danos causados a seus empregados, em decorrência do trabalho ou em razão dele.”⁴⁷

civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 243.)

⁴³ Afirma Celso Antonio Bandeira de Melo que no direito brasileiro, a responsabilidade objetiva da administração pública é inaugurada pelo art. 194 da Constituição Federal de 1.946. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 995.)

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

⁴⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

⁴⁶ O professor Marco Fridolin Sommer Santos destaca que a teoria do risco profissional inicialmente era uma mera aplicação aos acidentes do trabalho da teoria do risco criado, ganhando, com o passar do tempo, autonomia própria. Aponta que os postulados iniciais defendidos por Saleilles e Josserand, a exigir ainda a necessária presença do nexos de causalidade para a responsabilização, terminava por excluir a reparação na grande maioria dos casos, aquelas situações onde se evidenciava culpa do trabalhador. (SOMMER SANTOS, Marco Fridolin. **Acidente do trabalho entre a seguridade Social e a responsabilidade civil**. São Paulo: LTr, 2005. p. 47.)

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.

Novamente, a origem do instituto aponta para o pensamento dos juristas franceses do Século XIX, fenômeno que surge na Europa em decorrência do significativo aumento da produção industrial, patrocinando a multiplicação dos infortúnios do trabalho.⁴⁸

De fato, a doutrina já avançou do conceito clássico do risco-profissional para também admitir sua aplicação em outras hipóteses, de acordo com a profissão ou ramo de atividade. Essa teoria suporta as bases para desenvolvimento de toda uma legislação própria para securitização social dos acidentes do trabalho no Brasil, sendo acolhida, primeiramente, no Decreto legislativo 3.724/19, e gradativamente ampliando o campo de incidência dos acidentes do trabalho aos Decretos-Leis 24.637/34 e 7.036/44, chegando ao tempo atual, onde regulam a matéria acidentária as Leis 8.212 e 8.213/91, com paridade constitucional do art. 7º, inciso XXVIII, da Lei Maior.

No Código Civil, podemos localizar a responsabilidade objetiva do empregador nos artigos 932-III e 933, prevista para os danos causados por seus empregados serviçais ou prepostos, pelo trabalho que lhes compete, ou em decorrência dele, disposição que se fez progredir de subjetiva para objetiva, comparativamente ao entendimento que já repousava na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal.⁴⁹

4.5 RISCO INTEGRAL

A teoria do risco integral, sustentada na nossa doutrina em razão do avanço da legislação ambiental brasileira, mostra-se um dos temas da maior relevância,

281.

⁴⁸ Marco Fridolin Sommer Santos considera que a teoria do risco profissional, inicialmente, era uma mera aplicação aos acidentes do trabalho da teoria do risco-criado. Após sua consagração legislativa, porém, a teoria do risco-profissional ganhou autonomia. De fato, as teorias objetivas de Saleilles e Josserand mantinham o nexu causal como pressuposto de responsabilidade civil, o que excluía direito à reparação dos danos pela causa mais freqüente dos acidentes: a culpa do trabalhador. Conforme registro de Evaristo de Moraes, “na teoria do risco profissional cabem todas as hipóteses: a negligência, ou imprudência do patrão, os vícios ignorados do maquinismo, os casos de origem completamente desconhecida, e, até mesmo, os oriundos da imprudência do operário”. (SOMMER SANTOS, Marco Fridolin. **Acidente do trabalho entre a seguridade Social e a responsabilidade civil**. São Paulo: LTr, 2005. p. 47.)

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 341**. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_

quando se vê quase que diariamente, nos noticiários, reportagens mostrando casos dos mais diversos que resultam invariavelmente em danos ambientais de toda ordem. A par disto, vemos também, a necessidade de incrementar a aparelhagem estatal para as funções de fiscalizar e proteger tão importante patrimônio que, pelas constantes lesões, e dada a característica muitas vezes de irreparabilidade desses recursos, poderá em futuro não distante, acarretar a própria inviabilização da espécie humana, ou pelo menos, do modo como hoje vivemos.

Exatamente por essa super dimensão que merece a questão da proteção ambiental, é que a doutrina afirma, em termos de teoria do risco integral, não admitir uma sequer excludente para a responsabilidade civil. Tornam-se incongruentes os fatos que excluiriam a ilicitude, aqueles previstos no art. 188 do Código Civil, caso da legítima defesa, do estado de perigo, da remoção de perigo eminente ou mesmo do exercício regular do direito. De igual modo, na espécie, se sustenta que os fatores excludentes do nexo de causalidade também aqui não estariam permitidos, tal qual a culpa ou fato exclusivo da vítima, culpa ou fato exclusivo de terceiro, caso fortuito e da forma maior.

Sérgio Cavalieri Filho, também se filiando à existência de uma teoria para o assim chamado risco integral, reconhece o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal. Mesmo na responsabilidade objetiva, conforme já enfatizado, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é sempre indispensável. Pela teoria do risco integral, todavia, o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.⁵⁰

Alguns autores brasileiros, dentre os quais poderemos citar o Professor Flávio Tartuce, chegam a afirmar da aparente anomalia dessa teoria, que estaríamos à frente de uma chamada “[...] responsabilidade objetiva aumentada ou mesmo superdimensionada [...]”, o que refere melhor servir para situar a importância desse instituto.⁵¹

400>. Acesso em: 08 out.2011.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 130-131.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. São Paulo: Método, 2011. p. 174.

O Decreto – Lei n.º 227, de 28.02.1967, também conhecido como Código de Mineração, apontava em seu art. 47, inciso VIII, uma responsabilização objetiva para os casos danos na redoma da atividade mineradora. Posteriormente a isso, a Lei 6.938/81, traz em seu artigo 14, § 1º a responsabilidade ambiental objetiva para a restauração e indenização de danos causados no meio ambiente. Na mesma linha caminhava a Lei 5.357/67, prevendo hipótese de responsabilidade, mesmo sem culpa, para os casos de poluição marítima por derramamento de óleo. Cabe referir a legislação que rege a atividade de exploração da energia nuclear no Brasil, Lei 6.453/77, e por fim, a tutela da própria Carta Federal que prevê, em seu artigo 21, XXIII, "d", que: “[...] a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.”⁵²

A redação utilizada na Constituição Federal, em seu artigo 225, § 3º, não se mostrou clara quanto à modalidade de responsabilidade incidente aos danos ambientais, ou da extensão do correspondente dever de reparação-indenização, tal como se lia na Lei 6.938/81, que regula a política nacional do meio ambiente, em seu art. 14 e seu § 1º. Sustenta-se, contudo, estar aqui mantida a concepção objetiva da responsabilidade civil, vez que houve recepção da lei ordinária ambiental que não encontrou confronto com a superveniente Constituição Federal. A Lei maior, em seu art. 225, § 3º estabelece que: “[...] as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados [...]”⁵³, o que se traduz no princípio do poluidor-pagador. Tem-se, então, em termos ainda breves, a compreensão do conceito de risco integral.

⁵² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO BRASIL

O Brasil recebe a teoria da responsabilidade objetiva pelo trabalho de Alvaro Lima, lição que se traduz por momento de sua tese de livre-docência apresentada no ano de 1.938 à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob título Da culpa ao risco, o que posteriormente resultou na publicação da obra que leva o mesmo título. O labor do eminente jurista brasileiro torna-se a aula precursora, base para toda uma sequência de estudos que se seguiram no Brasil sobre o tema da responsabilidade civil.

Em termos de positividade é afirmado que, com a chegada do Código Civil de 1.916, perdeu o legislador a chance de já se apresentar alinhado com as teorias que há muito eram discutidas por toda a Europa, a própria efervescência da teoria dos riscos e da concepção da responsabilidade sem culpa, conforme já abordamos no capítulo anterior. Não há ligação alguma com o expoente pensamento doutrinário que sucedeu a jurisprudência da *Cour de Paris*, na segunda metade do Século XIX, bem representado pelos ensaios redigidos por Saleilles e Josserand.

É possível conferir que o Código de 1916 adotou uma visão voltada ao passado, nitidamente conservadora, ainda apegada à teoria subjetiva como solução para composição dos conflitos jurídicos, como é possível ler de seu art. 159, *habitat* legal de todo um sistema de responsabilidade que ainda se fixava na certificação da culpa, se alinhando tardiamente a Escola da Exegese⁵⁴, na qual a postura do intérprete estava adstrita ao texto da lei, à literalidade, em uma postura demasiada herdada do positivismo jurídico e do próprio positivismo filosófico de Auguste Comte.

Mas a chegada dessa nova solução ao território brasileiro, e a crescente simpatia a essa argumentação, filiando-se a seguir ícones da cultura jurídica como Aguiar Dias e Caio Mário, não o foi sem resistência. A Professora Giselda Hironaka nos lembra que aqui, no meio jurídico, ainda ecoavam os discursos impregnados de uma velha verborragia cheia de moralismos, tudo aquilo que já se tentava banir há

⁵⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83.

mais de Século, dos bancos acadêmicos.⁵⁵

Por outro lado, observa-se que o modelo centralizador-estatal do nosso direito, colimado pelo próprio Código Civil de 1916 não deixou de mostrar sua face de grande valia na medida em que tal ordenamento codificado serviu de eixo central valorativo e dogmático para todo Direito Privado, enquanto permitia que leis especiais se interligassem com a parte geral do código, formando um sistema que foi validado por toda uma construção operada pela doutrina e pela jurisprudência em seus oitenta e seis (86) anos de vigência.

Natural, então, que no direito brasileiro, a inserção desse pensamento doutrinário teve de conquistar seu terreno pelo despontar gradual da legislação ordinária que, ao mesmo tempo, vinha sendo aplaudida pela parcela mais significativa dos juristas. Veremos, então, que a forma de responsabilidade sem culpa em território do âmbito nacional foi inaugurada pela regulação das atividades mais perigosas à seu tempo.

Registra-se que a modalidade objetiva inscreveu-se pela primeira vez por intermédio do art. 26 do Decreto 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que responsabilizava as estradas de ferro pelos danos que, na utilização de suas linhas, causava aos proprietários marginais. O art. 17 também previa objetividade para os danos causados pelo transportador a seu passageiro. Jossierand, em sua célebre conferência⁵⁶, já antevia a responsabilidade das companhias das estradas de ferro quando, discorrendo sobre a teorização do risco, mencionava acerca da

⁵⁵ “No Brasil, particularmente no Sudeste, um ressaibro coimbrão ainda era modelo de retórica e dogmatismo, o que pode ser muito bem percebido nesse fragmento de uma exposição de Orozimbro Nonato, (proferida em 1.930 em Minas Gerais), justamente sobre a teoria do risco: “em face dos problemas vitais que preocupam a mentalidade jurídica contemporânea manteve-se em posição adequada ao nosso Código Civil. Trabalhando, principalmente, pela mão prima de um jurista de poderosa envergadura – Clóvis Beviláqua – fugiu nosso Código de extremismos vitandos e preferiu, sem desprezo de motivações infelizes, que acolheu não alterar profundamente o ritmo no qual se desenvolve o nosso progresso jurídico”. Adiante completa a ideia: “... não quebrou em seus fundamentos, a tradição brasileira, por amor de idéias peregrinas e de exotismos inadaptáveis ao caso brasileiro. Não rompeu brutalmente com a tradição, sem, de resto, atender às solicitações do progresso jurídico e sem impermeabilizar a influência das idéias novas.” A citação ilustra a resistência do pensamento conservacionista face às novas idéias que surgem, o que desserve à própria dinâmica da ciência jurídica. (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 40-41.)

⁵⁶ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil: palestra proferida. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, n. 454, p. 548-559, 1941. p. 556.)

responsabilidade presumível dessas empresas que, recebendo autorização do Poder Público para explorar transporte ferroviário, era bastante plausível que seus trens poderiam comprometer as fundações dos prédios próximos, tirando-lhes a solidez; ou a fumaça a enegrecer a lavanderia situada a sua margem; ou mesmo fogo sendo ateado em florestas e plantações marginais pelas fagulhas lançadas pela máquina. De observar que a legislação brasileira para as estradas de ferro manteve notável vanguarda, permanecendo vigente até a chegada do atual Código Civil de 2002.

Apenas para ilustrar a lei precursora da responsabilidade objetiva no Brasil elenca-se o aparecimento de uma série de legislações, entre as quais cabe destacar:

- a) **a Lei de acidente do trabalho** – Decreto 24.637 de 1.934 e suas leis posteriores, Decreto-Lei 7.036 de 1944 e a Lei 6.367 de 1.976;
- b) **o Código de Mineração** – Decreto-Lei 277 de 1.967;
- c) **a Lei de responsabilidade do Operador de instalação Nuclear** – Lei 6.453 de 1.977;
- d) **Código da Aeronáutica** – arts. 226, 246 e seguintes da Lei 7.565 de 19 de dezembro de 1.986
- e) **a Constituição Federal de 1.988** em seus art. 38;
- f) **o Código de Defesa do Consumidor** – Lei 8.078 de 1.990;
- g) **a Lei do meio ambiente**, Lei 6.938 de 1.991;
- h) **Diversas disposições do atual Código Civil,-** arts. 931, 932, 933, 936, 937 e 938..- Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2.002.

Desta forma, fortaleceu-se entre nós a doutrina do risco, que dá alicerce a toda uma instituição, vindo a ser, com bastante arrojo, sedimentada no ordenamento brasileiro pela cláusula geral impressa no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELA ATIVIDADE DE RISCO NO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL

O caput do art. 927 do Código Civil, ao proceder expressa referência aos arts. 186 e 187 da parte geral revela que o legislador brasileiro teve claro interesse de reforçar, em contraste ao parágrafo único, o princípio básico da responsabilidade civil fundada na culpa. Frisa a identificação do dano e a ilicitude da conduta, ao lado do abuso do direito, nominando-os como atos ilícitos, e se constituem exatamente nas condutas resultantes das ações ou omissões voluntárias - a negligência ou imprudência, mesmo que atingindo apenas os valores morais e a rejeição a tudo aquilo que exceder os limites normais de sua finalidade econômica ou social, ofensa à boa-fé ou aos bons costumes.

Desta forma, é possível afirmar que se observam quatro regras básicas para enquadramento no sistema geral de responsabilidade pelo Código de 2002, a saber: a) mantém-se a identificação de culpa como raiz de identificação do ato ilícito; b) é reprovado o abuso do direito, exatamente o agir em desconformidade com os limites normais, seja pelo aspecto econômico ou social desta ação, a desatenção ao princípio da boa-fé objetiva ou ofensa aos costumes, tudo independentemente de culpa; c) a validação das normas específicas, as assim cláusulas tipificadas, que isoladamente ou em conjunto formam microssistemas legais de proteção a determinados valores socialmente protegidos, os quais também decorrem de atividades de risco (ferrovias, Código do Consumidor, acidentes do trabalho, entre outros) e, por último, d) a responsabilidade objetiva pelo agir em atividade que, por normal, expõe risco a terceiros.

Todavia, não é objetivo do presente estudo visitar o instituto da responsabilidade civil como um todo, mas centrar sua análise exatamente na facetada disposição contida na segunda metade do parágrafo do art. 927 do Código Civil, a responsabilidade objetiva decorrente da atividade de risco.

Nessa linha, é dito que o Código Civil de 2002 descortinou no ordenamento brasileiro duas novidades importantes em termos de responsabilidade civil, sendo a primeira, não tão expressiva, a de permitir a modalidade objetiva naquelas hipóteses

especialmente tuteladas por legislação esparsa, “o que já se via acontecer”, - o que consta na primeira parte do parágrafo único do art. 927, e a segunda, de maior destaque, foi a admissão de outra responsabilidade objetiva agora em razão do risco da atividade desenvolvida pelo autor do dano, conforme reside na segunda parte desse mesmo parágrafo, o que se faz por meio de uma previsão genérica e sem qualquer concretude, modalidade normativa desconhecida no Livro de 1916.

Em termos de reparação civil, a vítima, na busca de sua indenização, poderá percorrer dois caminhos distintos: em primeiro, terá a opção de provar via análise da conduta, do nexos causal ao dano, a identificação de culpa do ofensor - a responsabilidade subjetiva; ou, por segundo, encontrar abrigo em algum dispositivo de lei que lhe garanta o direito a reparação dispensada a verificação de culpa, devendo, nesse caso, provar apenas a conduta, o dano e o nexos causal - a responsabilidade objetiva. Percorrendo a segunda via, terá de verificar a vítima, pelas variantes oferecidas no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, se a responsabilidade objetiva do causador reside em lei esparsa (tal qual o Código de Defesa do Consumidor, a Lei dos Acidentes do Trabalho, a Constituição Federal) ou provar que o dano decorreu da exposição a um risco que é inerente da atividade que exerce o causador do dano.

6.1 O PAPEL DAS CLÁUSULAS ABERTAS

Já vimos que a responsabilidade civil objetiva admitida pelo Código Civil de 2002 aponta para uma sistematização coordenada, em paralelo das legislações ordinárias que tratam especificamente de cada segmento de interesse (a exemplo: meio ambiente, relações de consumo, acidentes do trabalho), ou ainda recaindo sobre atividades que impliquem em riscos, previsão genérica que se convencionou tratar de cláusula geral ou aberta.

Miguel Reale, em seu artigo divulgado sob “[...] título panorama geral da elaboração do Código Civil de 2002”, relata que no início dos trabalhos da Comissão Especial para Elaboração do Novo Código Civil, o seu interesse era o de conservar, ao máximo possível, as disposições que já constavam no Código de 1916, porém, no evoluir dos trabalhos, esse desejo se mostrou inviável, exatamente em termos de

apresentação linguística, quando se mostrou a necessidade de utilização de uma linguagem mais operacional que a de então.

Narra o jurista a existência de três princípios influentes na elaboração do novo Código: socialidade, eticidade e operabilidade.⁵⁷

O professor Miguel Reale defendia, assim, a necessidade de se outorgar maior poder ao Juiz que, ao fundamentar suas decisões, terá campo inclusive para lastrear seu convencimento também, em valores éticos. Sua inclinação voltava-se para afirmar que era momento de abrandar o rigorismo normativo que vigia até então, a valorizar o substrato importante que é o espírito da Lei, não apenas sua finalidade literal.

Não poderíamos deixar de contemplar neste trabalho e justamente nesse ponto, as lições que nos oferecem a Professora Judith Martins Costa e o professor Gerson Branco, que se aproximam do próprio pensar de Miguel Reale, destacando importância à sistemática ora novel, adotada pelo Código Civil, das cláusulas abertas, afastando-se a técnica de regulamentação por *fattispecie*.⁵⁸

Judith Martins Costa, discorrendo sobre Diretrizes Teóricas que contribuíram na edição do Código Civil de 2.002, defende a adoção desse sistema ventilado, deixando de prevalecer a velha receita da tipificação fechada.⁵⁹

⁵⁷ Quando fala da eticidade, Reale justifica: "O Código atual peca por excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos. Esse espírito dogmático-formalista levou um grande mestre do porte de Pontes de Miranda a qualificar a boa-fé e a equidade como "abecenragens jurídicas", entendendo ele que, no Direito Positivo, tudo deve ser resolvido técnica e cientificamente, através de normas expressas, sem apelo a princípios considerados metajurídicos. Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios etico-jurídicos que permita chegar-se à "concreção jurídica", conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa" (REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. **Jus Navegandi**, 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/509/visao-geral-do-projeto-de-codigo-civil/2>>. Acesso em: 16 set. 2011.)

⁵⁸ Expressão cunhada por Stefano Rodotà, em sua obra *Ideologie e Tecnica della Riforma del Diritto Civile*, Riv. Dir. Comm, 1967 apud MARTINS COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção". **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998.

⁵⁹ Refere a Professora Judith Martins Costa: "Como já tive oportunidade de escrever, um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais. Estas *janelas*, bem denominadas por Irti *de concetti di collegamento*, com realidade social são

Dentro desse contexto, agora se tornou possível, sem necessidade de alteração legislativa, uma leitura semântica sempre atualizada, para que o Juiz possa agregar, a qualquer tempo e a qualquer realidade, valores éticos, políticos, econômicos ou sociais em aplicação dessa norma aberta, observando que essa realidade no imenso território brasileiro não é uma, e se faz necessária a adaptação local desses valores.

6.2 INSPIRAÇÃO E BASE CONSTITUCIONAL

Não foi exatamente original a redação oferecida pelo atual Código Civil ao conceber a responsabilidade objetiva pela atividade de risco como consta do parágrafo único do art. 927. O art. 493 do Código Civil Português de 1.966 certamente contribuiu com a inspiração:

Art. 493 (. . .)

1. Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria 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.⁶⁰

Por sua vez, a redação lusitana mostrava sua admiração ao Código Civil Italiano que, vinte anos antes, já cominava:

constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standarts*, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.

Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante emprego de conceitos cujos termos tem significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados *conceitos jurídicos indeterminados*. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas. Tem assim, a vantagem de mobilidade proporcionada pela intencional imprecisão dos termos *fattispecie* que contem, pelo que é afastado o risco do imobilismo, porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade”. (MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118.)

⁶⁰ PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 47.344/66**. Código civil. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>>. Acesso em: 16 set. 2011.

Art. 2.050: Qualquer um que cause danos a outros no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado ao ressarcimento se não provar ter adotado todas as medidas idôneas a evitar o dano.⁶¹

Sobre essas duas normas é de se destacar que, arrojadamente a seu tempo, ambas invertiam o ônus da prova, tendo o italiano indo um pouco mais além ao inscrever um elemento abstrato de padrão mais elevado ao homem mediano, ao utilizar a expressão todas as medidas idôneas e não simplesmente as usuais, bastante para evitar os danos. Contudo, a legislação brasileira está muito avante a esse tempo, inaugurando efetivamente um sistema de responsabilidade puramente objetiva e não algo híbrido como fizeram Itália e Portugal.

A Constituição da República Federativa do Brasil, logo no seu preâmbulo, assenta suas bases na harmonia social, sendo relevante, para tanto, encarar toda a problemática da responsabilidade civil como um problema social, o qual deverá ser filtrado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (Inciso III do art. 1º) para erguimento de uma sociedade justa e solidária. Nessa linha, poderemos afirmar que o Código Civil de 2.002 materializou esse princípio da Lei Maior ao contemplar, na utilização da ferramenta norma em aberto, os princípios da socialidade, eticidade e da operabilidade, como já antes referimos.

De tal forma, vimos que a adoção, no Código de 2.002, da responsabilidade civil objetiva genérica pela atividade de risco traduz a sedimentação normativa de três postulados, sendo o primeiro, o da socialidade, na medida em que prevalece o interesse do coletivo sobre o individual. O atual estágio da cultura jurídica não mais oferece espaço para que a vítima do dano reste sem indenização. O interesse dessa tutela interessa ao próprio equilíbrio da sociedade como um todo, no plano individual, na defesa exata dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal; em segundo, os valores informados pela eticidade, onde se permite, pelo mecanismo da norma em aberto, outorgar ao Juiz o exercício de sua hermenêutica, e, por fim, o da operabilidade, onde a própria atividade social, sua atualidade, sua evolução, irá complementar a previsão *in abstracto* da norma aberta pela dinâmica de seus usos e costumes..

⁶¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

6.3 ANÁLISE SEGMENTADA DO DISPOSITIVO: “QUANDO A ATIVIDADE NORMALMENTE DESENVOLVIDA PELO AUTOR DO DANO”

Partimos aqui da análise do termo que é nuclear a todo esse segmento da expressão e que nos traz a primeira dificuldade de compreensão: o alcance da expressão atividade.

A compreensão do termo remete a uma grande variedade de significados, sendo que de início, dá a entender tratar-se de uma posição ativa, de movimento, diligência, energia, ligado, vivacidade, modo de vida, sendo até empregada no meio público para a distinção entre funcionários públicos em serviço, ao contrário dos aposentados (inativos). Qual seria, desta feita, o enfoque da norma para essa expressão de tão abrangente semântica?

Cavaliere Filho salienta que para a compreensão desse termo nuclear utilizado pelo legislador, “[...] atividade, deve-se ter o cuidado de não confundi-la com a previsão de ato ilícito que reside no art. 186 do Código Civil, como simples ação ou omissão”⁶². Tais expressões foram endereçadas pelo legislador para configurações das condutas ilícitas normalmente individuais para a qual se reserva a responsabilidade subjetiva. Diferentemente para a responsabilidade objetiva a quem foi reservada a cláusula geral, a expressão atividade faz todo o sentido, pois aqui não se tem a conotação individual do agir, mas sim a concepção mais abrangente de atividade como conduta reiterada, comumente exercida de forma profissional ou empresarial com finalidade evidentemente econômica para designar serviços.

Podemos ilustrar aqui com o exemplo clássico dessa diferenciação: aquele que oferece, eventualmente, uma carona e, no percurso, resulte lesão ao carona. Não se trataria, por óbvio, de aplicação da regra do parágrafo único do art. 927, pois o motorista não é profissional em oferecer caronas, não o faz com objetivo de lucro, daí que haverá a incidência da responsabilidade subjetiva por ação ou omissão

p. 21.

⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 173.

prevista no art. 186 do Código Civil.

Sem dúvida, o próprio Código Civil ratifica esse pensar quando conceitua a figura do empresário na redação do art. 966, reprisando a expressão atividade adjetivando econômica e organizada, o que reforça a direção dada à expressão:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.⁶³

Porém, a doutrina, nessa lupa, detecta um pequeno lapso desse raciocínio quando se rememora que a teoria do risco para a responsabilidade civil objetiva está deitada no manto do risco criado e não do risco-proveito. Identificar exclusivamente a expressão atividade como o agir empresarial de finalidade econômica, faria excluir justamente esse alcance do escopo lucrativo do empreendedorismo. A solução reside na compreensão de que a expressão atividade é realmente endereçada à grande maioria que representam os fornecedores de produtos ou serviços, mas não se descarta a incidência da norma também àquelas atividades que não constatem qualquer proveito ao agente danoso.

A segunda expressão que admite certa mobilidade de interpretação é o advérbio normalmente. Seu significado dentro da expressão ora sob lupa poderia ser acolhido como reiteração, regularidade ou medianidade metodológica. A doutrina refere que não há, na verdade, maiores dificuldades na compreensão dessa expressão, que se destina à concepção de que a conduta que resultou nos prejuízos da vítima deve ter alguma relação com essa atividade de finalidade econômica usualmente exercitada pelo fornecedor dos produtos e serviços. É a própria correlação que deve ser identificada entre o dano em si, e poderíamos dizer o objeto societário do causador do dano, aquilo que o Direito do Trabalho costumou chamar de atividade fim da empresa. A peculiaridade daquela atividade, per si, subsume o risco que causa o dano.

Não pode ser estanque a atividade normalmente exercida com aquela

⁶³ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

prevista no objeto do estatuto ou contrato societário do causador dos danos. Tal vinculação seria um grave equívoco da nossa parte. Em realidade, estamos apenas a apontar um caminho para uma mais rápida identificação, ainda em termos exemplificativos dessa correlação entre o dano com atividade normalmente exercida. Tornar sinônimos tais expressões, objeto social e atividade normalmente exercida, implicaria em sustentar que a responsabilidade objetiva genérica se destina exclusivamente as pessoas jurídicas, o que não é verdade. A expressão utilizada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil não se subsume dentro do conceito de objeto social. Tal comparação merece mesmo ser evitada, até mesmo porque a inúmera sequência diária de acidentes e danos que se verifica no Brasil, a maioria, ou grande parte deles é causada por entidades informais ou irregulares, as quais sequer têm objeto escriturado.

Dessa forma, foge à responsabilização objetiva genérica toda e qualquer conduta geradora de danos que forem incongruentes e incomuns à atividade exercida costumeiramente empenhada pelo autor do dano. A identificação há de ser com a rotina da atividade desempenhada pelo fornecedor dos produtos e serviços, pois não sendo assim, não o será normal, tal qual endereça a expressão em destaque. A norma recai indistintamente para pessoas físicas ou jurídicas, personificadas ou irregulares que de maneira organizada e profissional se dedicam ao fornecimento de produtos e serviços, tenham elas escopo de lucro ou não.

6.4 ANÁLISE SEGMENTADA DO DISPOSITIVO: “IMPLICAR POR SUA NATUREZA”

Parece-nos que a expressão implicar não oferece maiores dificuldades, sendo muito claro que traz o significado de resultar, dar como consequência, proporcionar. Já em relação à expressão natureza, seu significado merece uma pequena reflexão.

Flávio Tartuce, ao proceder, como ele próprio diz, “[...] o desmonte ou destrinche [...]”⁶⁴ do art. 927 parágrafo único, menciona que aqui reside o ponto fulcral da norma para seu estudo e aplicação. O risco é criado em relação a direitos de todos os tipos ou modalidades, sejam materiais ou imateriais. Pode-se ter risco, nesse sentido, a uma lesão patrimonial ou extra patrimonial. Ilustrando: o risco pode

ser a destruição de um imóvel alheio ou de clara lesão irreversível a um direito de personalidade, caso da honra e boa fama.

O professor paulista, para exprimir a natureza das atividades, o faz vinculando à exemplificação de atividades impregnadas de alto risco, mencionando para tanto o caso da atividade da indústria que fabrica fogos de artifício, ou daquele segmento empresarial que coloca em circulação produto de potencial perigo, tal qual o da indústria do cigarro. Cite-se ainda a hipótese dos serviços de diversão dos chamados esportes radicais, como voar de asa-delta, pular de *bung-jump* ou mesmo das artes marciais.⁶⁵

Desta forma, a compreensão da expressão contida na norma decorre do conhecimento do seu próprio conteúdo, sua essência, enfim, sua própria natureza! Aquilo que *per se*, causa risco. Cabe apenas ainda referendar que tal natureza não se limita a própria atividade fim, mas sim pode ser verificada em todo o processo utilizado durante a atividade meio. Um exemplo muito utilizado para compreender o fracionamento da natureza da atividade seria o da indústria de bijouterias. Nada há de destaque de perigo nesse segmento, porém, a maneira com que tais bijouterias são fabricadas, a utilização de equipamentos ou métodos notadamente perigosos, como a forja por equipamento perigoso, também fará incidir a norma a responsabilidade civil objetiva pelo risco.

⁶⁴ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. São Paulo: Método, 2011. p. 193.

⁶⁵ De fato, os litígios que envolvem a indústria tabagista o foram de grande destaque, recebendo pela *Common Law* expressivas indenizações a suas vítimas. Em território brasileiro, a doutrina civilista se mostra dividida, porém as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça até o presente momento não acolhem a responsabilização das indústrias – julgados recentes de 2.010: REsp 1.009.591-RS, REsp 1.113.804 e REsp 886.347-RS. O STJ sustenta, sinteticamente que: 1) O cigarro é um produto de periculosidade inerente; 2) A indústria tabagista não deve ser responsabilizada, uma vez que milhares de fumantes adquiriram o hábito de fumar numa época em que os fabricantes não conheciam os efeitos deletérios do tabaco para a saúde humana. 3) comercialização do cigarro é lícita, somente sendo restringida a propaganda; 4) Não há ofensa à boa-fé objetiva, na medida em que há que se considerar o contexto legal, histórico e cultural vigentes até antes de se conhecer os riscos do consumo de tabaco; 5) A medicina não comprovou a causalidade necessária, direta e exclusiva entre o consumo de tabaco e o câncer, pois o estilo de vida do fumante deve ser analisado globalmente, uma vez que fatores como stress, sedentarismo, má alimentação, consumo de álcool etc. também contribuem para o desenvolvimento da doença; 6) Há que se considerar o livre arbítrio do indivíduo, que, dentre as opções de não fumar e fumar, escolheu a última, havendo, portanto, sua culpa exclusiva. (GUGLINSKI, Vitor Vilela. A responsabilidade civil da indústria tabagista e a teoria do risco concorrente. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18888/a-responsabilidade-civil-da-industria-tabagista-e-a-teoria-do-risco-concorrente>>. Acesso em: 16 set. 2011.)

Não resiste a uma análise criteriosa a argumentação que a norma em referência se vestiria apenas às atividades de evidente, intrínseco risco, tal qual costumeiramente se exemplifica ao apontar a indústria de fogos de artifício ou energia nuclear, entre outras. Não é razoável pensar que o legislador brasileiro endereçou essa regra e impôs dever de indenizar tão somente em razão da atividade desenvolvida, não em razão de seus meios empregados. Atividade e meio são elementos indissociáveis devendo gerar para o empreendedor as mesmas consequências. Se a atividade, mesmo branda e pacífica, por seus peculiares meios de execução emprega soluções de risco bastante previsível (natureza) também aí incidirá a regra objetiva de responsabilidade.

6.5 ANÁLISE SEGMENTADA DO DISPOSITIVO: “RISCOS PARA OS DIREITOS DE OUTREM”

Neste último segmento de análise fracionada da expressão utilizada na segunda metade do parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro, nossa missão é, basicamente, enfrentar seu núcleo que é o próprio risco, inobstante a tudo o que aqui já brevemente se disse em termos de teoria do risco.

A expressão risco incorpora os conceitos de perigo de perda ou prejuízo. Como o conceito de risco sempre se apresenta amparado à noção de perigo, cabe amparo do Dicionário Aurélio para importar a própria definição de perigo: “circunstância que prenuncia um mal para alguém ou para alguma coisa.”⁶⁶

Na experimentação dessas expressões, risco e perigo, ambas darão sempre ao intérprete um condicionamento preventivo de antevisão, onde seu raciocínio irá calcular o que poderá lhe acontecer – por certo ou provável – no estágio seguinte, caso mantenha seu movimento. E aqui reside a pergunta nodal: O que fazer nesse momento? O que pode ser visto em antecipação? A resposta é direta: Pode-se antecipar aquilo que se pode calcular, aquilo que vai ou que pode acontecer.

⁶⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1623.

Essa transição remete invariavelmente a um raciocínio matemático, pois envolve a contabilização de algumas variáveis que serão processadas pelo agente em um exercício de estatística, onde, ao final, saiba qual a probabilidade de que um resultado evitável, possa, de fato, acontecer. Já não falamos mais de possibilidade de acontecer, mas sim uma possibilidade qualificada, já que é possível afirmar que em uma razão matemática de chances, o resultado previsto, acontecerá! Possibilidade é a qualidade daquilo que pode acontecer. Probabilidade é a qualidade daquilo que provavelmente vai acontecer. Noutros termos, na probabilidade, vislumbra-se com maior grau de aceitação de que o fato irá acontecer, enquanto na possibilidade apenas abre-se a hipótese de o fato acontecer. Neste maior grau de aceitação quanto ao acontecimento, caracterizador da probabilidade, está o alto índice de ocorrência do fato: de tanto o fato acontecer, passa a ser possível, com bastante segurança e domínio da estatística, afirmar que ele possa se repetir. Reprisamos novamente aqui o alerta de Giselda Hinoraka quando afirma que “[...] o risco é uma opção, mas não um destino.”⁶⁷

Poderemos aqui construir uma espécie de silogismo do risco: risco significa perigo de dano; prenúncio de dano significa previsibilidade de dano; previsibilidade de dano significa vislumbrar antecipadamente que o dano pode acontecer. E isso só é possível por conta da probabilidade do dano; e a probabilidade do dano decorre de um alto índice de ocorrências em determinadas circunstâncias. Resumindo: antevendo-se a possibilidade de um dano, porque sabemos de antemão que tal já ocorreu reiteradas vezes, estaremos frente a uma condição de risco.

Sobre o elemento em estudo, é contemporâneo o pensamento de Arnaldo Rizzardo quando explana sobre os riscos que representa uma atividade em razão do próprio bem em si considerado, arriscado, e das inafastáveis limitações e contingências do homem que as opera, residindo aí a responsabilidade objetiva pelo risco.⁶⁸

⁶⁷ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 106.

⁶⁸ O elemento limitador entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva está na possibilidade, ou não, de se evitar o dano, desde que, obedecidas certas normas ou regras de conduta. Se o instrumento foge do controle humano, apesar do seguimento de todas as regras e do uso adequado que a técnica impõe, não resta dúvida quanto à imposição da obrigatória reparação em face dos danos que acontecem, o que se verifica nos casos de trabalho com objetos ou coisas

Do que foi sustentado até o presente momento pode-se considerar que o risco almejado na expressão sob lupa se dirige para o exercício de uma atividade que deriva uma elevada probabilidade ou uma singular potencialidade danosa, adotado o critério do comportamento da normalidade média, e revelada por dados estatísticos e dados técnicos ofertados pela experimentação comum.

cuja constituição ou fabricação não evita a possibilidade de imperfeições e deficiências, ou ao natural e nem sempre perceptível desgaste. (RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 725.)

7 ALGUMAS SITUAÇÕES QUE PODERÃO ADMITIR A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELO RISCO

Em que pese a responsabilidade civil objetiva pelo risco ter sido inaugurada no ordenamento brasileiro pelo Código Civil de 2002, tanto a doutrina como a jurisprudência, já vinham antes dele ensaiando sua aplicação para aqueles casos em que a responsabilidade subjetiva ou a responsabilidade objetiva lastreada na legislação esparsa, resultava em soluções ainda distantes da completa justiça, o que reforça o argumento que o próprio Código chegara para se encontrar com essa tendência.

Não há maiores dificuldades em concordar que, a exemplo, a atividade das empresas de segurança; os transportes de valores por carro-forte; o trabalho das refinarias e petroquímicas; a manipulação de produtos tóxicos; a fabricação e o armazenamento de armas e explosivos; as empresas de demolição; a geração de energia nuclear, entre infindáveis outras atividades, todas essas, doravante ao Código, responderão pelos danos causados independentemente de culpa, já que suas atividades, tais quais normalmente desenvolvidas, por sua natureza, podem gerar riscos para os direitos de outrem.

Também há de se discernir que inúmeras situações envolvendo a prestação de serviços ou produtos, por sua aparência, possam dar a idéia de residir, sua responsabilidade, na regra aberta de responsabilidade objetiva do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, lembrando que tais conflitos devem ser solucionados pela regra da lei especial – o Código de Defesa do Consumidor, nas disposições dos arts. 18 a 20 que prevêm igualmente essa modalidade de responsabilidade.

A rigor, a tentativa de elencar aqui novas modalidades de riscos que passariam a ser passíveis de enquadramento na norma de responsabilidade civil objetiva genérica do parágrafo único do art. 927, acreditamos, se trata de exercício contrário ao próprio espírito que traz essa nova regra, pois se coloca em louvor exatamente a ausência dos tipos, o próprio abandono da taxação dos casos, sendo, exatamente por isso, a tentativa de projetar a incidência da norma a novos casos em concreto, tarefa ingrata que ficará sempre aquém do que se possa experimentar na

realidade judiciária.

Mesmo assim, reconhecendo o fato de ser impossível exaurir os exemplos, e em respeito à proposta do presente estudo, poderemos trazer a título de ilustração, algumas atividades que ainda não se enquadram, pela jurisprudência, consolidadas como de natureza implicitamente arriscadas, mas que poderão, doravante, em uma análise argumentativa, vir a integrar a categoria objetiva pelo próprio alcance que lhe possa fazer a cláusula geral.

7.1 ACIDENTES DE TRÂNSITO CAUSADOS POR VEÍCULOS “NÃO PROFISSIONAIS”

As cenas são diárias e são hoje o maior calvário de quem vive nas grandes cidades brasileiras: engarrafamentos pelo excesso de veículos, vias já impróprias e mal conservadas, veículos em demasia e em péssima conservação; motoristas incapazes de conduzir defensivamente, pedestres mal-educados que se projetam em meio ao trânsito caótico; tudo isto já não é mais um fator episódico, mas é, cada vez mais, a constante do trânsito, para o qual não há raiar de solução no horizonte. É a face diabólica do progresso e do modelo de consumismo, onde não é cidadão quem não tem veículo próprio.

Por tal razão, o ato de conduzir veículos de forma pessoal e amadora se mostra cada vez mais um contrato com o risco, já que se multiplicam as agravantes para que os acidentes aconteçam. Falamos aqui em veículos “não profissionais” exatamente para apartar aqueles utilizados com finalidade econômica, transportes de cargas e passageiros.

Arnaldo Rizzardo, em primeiro momento, entende que as reparações decorrentes de acidentes de trânsito revolvem a apreciação da culpa, pois são gerados essencialmente pela desobediência às normas de trânsito; todas as causas vinculadas à responsabilidade normalmente decorrente da imprudência, negligência ou imperícia, ocasionados pela falta de cuidados ao dirigir, excesso de velocidade, embriaguez ao volante, cansaço, comportamentos esses de natureza culposa, afirmando, portanto, que tais situações não se conectam com a responsabilidade

objetiva prevista no parágrafo único do art. 927.⁶⁹

Porém, o mesmo autor ressalva que não se afastam as hipóteses da responsabilidade objetiva, encontrando abrigo no mencionado parágrafo único, obrigando à reparação, toda vez que se verificar a mera ocorrência de fato, tal qual um acidente ocasionado por simples estouro de pneu ou ruptura de peça que torne o veículo fora de controle. “Irrompe a responsabilidade objetiva vinculada ao fato, na propriedade da coisa perigosa, que implica, por sua natureza, risco aos direitos de outrem.”⁷⁰

Cabe lembrar a visão do século XIX emprestada por Saleilles que sustentava não se poder exigir que a vítima tenha a incumbência da prova difícil, a exemplo, de ocorrer um atropelamento em local afastado, sem testemunhas, na sua visão de flexibilizar a comprovação da culpa. Assim, veremos casos em que a jurisprudência admitiu o cabimento da condenação de indenizar com base apenas nos depoimentos das partes, de uma testemunha apenas, do singelo termo de ocorrência, sem esquecer, de outra parte, da já remansosa jurisprudência em acidentes de trânsito que presume a culpa de quem colide na traseira.⁷¹

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em voto lavra da Ministra Nancy Andrighi, reconheceu ser objetiva a responsabilidade do condutor de veículo de transporte benévolo, no julgamento do REsp 577902.⁷²

⁶⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 725-726.

⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 726.

⁷¹ Tal como se exemplifica com o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Ementa. REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO NA TRASEIRA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DESACOLHIDA. PRESUNÇÃO DE CULPA NÃO AFASTADA. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA AUTORA, POR TER FRENADO BRUSCAMENTE O VEÍCULO, NÃO DEMONSTRADA. RECURSO APENAS DA CONDUTORA RÉ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Não há como acolher a argüição de ilegitimidade passiva da condutora do veículo causador do acidente, que responde perante terceiros pelos danos que causar, conforme art. 927 do CC... Presunção de culpa daquele que colide na traseira não elidida pela alegação, não comprovada de culpa exclusiva da vítima, razão pela qual é de ser mantida a condenação solidária entre a condutora e a proprietária do veículo, no caso, a locadora de veículo, que inclusive já procedeu no depósito da condenação. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Cível Nº 71002797355 Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler. Porto Alegre, 01 de junho de 2011. **Diário da Justiça do Estado**, Porto Alegre, 06 jun. 2011.)

⁷² Ementa da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça: Ementa. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE BENÉVOLO. VEÍCULO CONDUZIDO POR UM DOS COMPANHEIROS DE VIAGEM DA VÍTIMA, DEVIDAMENTE HABILITADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DO AUTOMÓVEL. RESPONSABILIDADE PELO FATO DA

Mas a posição da doutrina, veremos, ainda é bastante pendular: poderíamos tentar traçar uma divisória das posições, as quais, decorrendo o acidente em razão da falta pessoal, resolve-se pela responsabilização subjetiva, e para em determinados casos de imprevisibilidade das causas, a teoria do risco objetivo.

7.2 COMÉRCIO ELETRÔNICO

O Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Fábio Ulhoa Coelho, conceitua a simbologia do *e-commerce* que dá a conhecer internacionalmente a atividade comercial via internet como sendo “[...] a venda de produtos – virtuais ou físicos – ou a prestação de serviços realizadas em estabelecimento virtual, sendo que tanto a oferta e o contrato são realizados por intermédio de transmissão e recepção eletrônica de dados.”⁷³ O que é importante é que a transação se dá por meio da internet, pouco importado se o produto ou serviço é virtual ou físico.

Afora toda a problemática que circunda a transação comercial via internet, tal como a segurança dos dados, sigilo, a falta ou impedimento muitas vezes de contato com o responsável da proponente, a impossibilidade de se aferir a credibilidade do vendedor do produto ou do fornecedor dos serviços, cabe aqui inquirir de quem seria a responsabilidade da interferência de terceiro no contrato que está sendo celebrado na *world wide web* (www). Ao mesmo tempo devemos nos questionar se a interferência do terceiro elidiria a responsabilidade do fornecedor do produto ou serviço no ambiente *do e-commerce*? Afinal, é arriscado fazer transações pela *internet*? A resposta já sabemos: é muito arriscado contratar pela internet.

COISA. Em matéria de acidente automobilístico, o proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz e que provoca o acidente, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, ou que o transporte seja gratuito ou oneroso, uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros. - Provada a responsabilidade do condutor, o proprietário do veículo fica solidariamente responsável pela reparação do dano, como criador do risco para os seus semelhantes. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 577902 / DF. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, DF, 13 de junho de 2006. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 28 out. 2006, p. 279.)

⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 32.

A taxaço de dessa atividade como muito arriscada decorre de toda a problemática causada pela transaço em ambiente virtual, que costumeiramente se origina pela falta de informaçoes, omissao de garantias, descaminho, levando a jurisprudência a taxar tal atividade como de omissao de qualidade do servico, incidindo a tutela da lei consumerista. A atividade é, sim, arriscada, pois não são mais fatos isolados, e sim uma parcela muito bem calculável das transaçoes, especialmente em termos de *internet banking*, que se sabe, pode-se prever falhas e danos.

Os bancos, no objetivo infundável de obter altos lucros com o mínimo empenho de mão- de- obra, são os maiores investidores do segmento de informatizaço, tornando-se as suas agências mero aglomerado de máquinas onde, não raro, o cliente encontra-se só. Justamente os bancos são os que mais investem em segurança eletrônica de seus dados e operaçoes, porém, são muito comuns nos dias atuais os depoimentos de prejuizos de correntistas em decorrência de golpes de *phishing*, saques não autorizados realizados em suas contas, obviamente repostos por cara apólite de seguros que está agregada aos custos bancários.⁷⁴

7.3 A INDÚSTRIA DO CIGARRO

A questão que envolve a indústria do cigarro, de fato, tem-se mostrado uma das mais emblemáticas e complexas da responsabilidade civil e do estudo do Direito. A doutrina brasileira apresenta-se um tanto dividida, e a jurisprudência dos tribunais estaduais é pendular. A matéria, por extrema diligência de defesa das indústrias é, via de regra, levada a conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, onde suas decisões são, linearmente, pelo afastamento da responsabilidade dessas indústrias. Durante o ano de 2.009, o Superior Tribunal de Justiça analisou três recursos, todos endereçados pelo Estado do Rio Grande do Sul, REsp 1.009.591-RS, REsp. 1.113.804-RS, e REsp 886.347-RS.

⁷⁴ O risco da atividade, passível de responsabilizaço objetiva é ilustrada pela seguinte decisao, oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Ementa APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. DIVULGAÇÃO DE RECLAMAÇÃO EM SITE NA INTERNET APÓS O ENCERRAMENTO DA RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE AS PARTES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0124238-11.2008.8.19.0001. Relatora: Des. Leila Albuquerque. Rio de Janeiro, RJ, 05 de abril de 2011. **Diário da Justiça do Estado**, Rio de Janeiro, RJ, 05 maio 2011.)

Da leitura dos acórdãos proferidos até o momento pelo Superior Tribunal de Justiça, observa-se que a rejeição daquela Corte em atribuir responsabilidade das indústrias vem sendo amparada em seis pontos principais:

- 1) o cigarro é um produto de inerente periculosidade;
- 2) a indústria do cigarro não cabe ser responsabilizada pelo simples argumento de que milhares de fumantes iniciaram o hábito numa época que sequer se noticiava qualquer efeito deletério do fumo para a saúde;
- 3) a comércio do cigarro é regulado, merecendo restrições apenas quanto à publicidade;
- 4) não há ofensa à boa-fé objetiva, ao passo que é necessário avaliar o momento da lei, da história e da cultura vigentes antes mesmo de tornarem conhecidos, na sociedade, os riscos do hábito de fumar;
- 5) a Medicina não assegura o nexo de causalidade entre o consumo do cigarro e diversas doenças, pois apenas sugere a potencialização desses males associados ao fumo. A doença deve considerar todo o estilo de vida do doente. Fatores econômicos e sociais, stress, outros hábitos, tudo pode contribuir mais para a moléstia que o próprio fumo;
- 6) o livre arbítrio está presente na opção do indivíduo que opta por fumar. Se assim escolheu, revela-se sua culpa exclusiva.

Em verdade, tais demandas se resolvem pela Lei de Consumo, pois a ela estão presentes todos os requisitos para regência da lei ordinária a essa responsabilidade objetiva. A consideração é que prevalece a ótica da incidência do § 1º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor pela responsabilidade do fabricante pela qualidade do produto e segurança que dele se espera. Porém, o debate ainda é recente e está longe de esgotar seus argumentos, prós e contras.

7.4 AS DIVERSÕES PERIGOSAS E OS ESPORTES RADICAIS

Não é preciso maior imaginação para antever que em algumas modalidades de práticas esportivas está presente um potencial de risco não só daquele que participa, mas igualmente para terceiros, o público que os assiste.

Cabe o exemplo de um julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que termina por responsabilizar uma empresa que explorava atividades de saltos de paraquedas, em um caso que resultou na morte do praticante. A condenação proferida recepciona, para o caso, o tese do risco da atividade, em que pese ter mitigado a indenização pretendida, pois se evidencia que a vítima estava consciente do risco que corria, e foi por ela procurado.⁷⁵

Merece destaque as razões adotadas nessa decisão de lavra do Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, que adota o

[...] risco como elemento gerador da responsabilidade: O paraquedismo, como bem ressaltado pelos requeridos, é um esporte de alto risco, risco esse inerente à prática do salto de pára-quedas. Isto quer dizer que, eventualmente, alguns acidentes, mesmo que resultando em morte, podem ser atribuídos exclusivamente ao risco que envolve o esporte.⁷⁶

7.5 ACIDENTES DO TRABALHO

Uma questão que se mostrava das mais intrincadas na chegada do Código Civil de 2.002, e que por si só mereceria a dedicação de todo um estudo, é a solução posta em prática para os acidentes do trabalho, a responsabilidade civil direta do empregador ou tomador de serviços para com seu trabalhador em casos que envolvam atividades de risco. A razão dessa dificuldade surge pelo aparente conflito que existiria entre o art. 927 e parágrafo único do Código Civil para com a

⁷⁵ Responsabilidade Civil. Acidente com paraquedas. Culpa dos responsáveis pelo curso de instrução. Estabelecida morte do aluno. culpabilidade concorrente da vítima. Incumbe aos responsáveis por cursos de instrução para salto com paraquedas oferecer as condições de segurança à prática do esporte. Caso em que, ainda que reconhecida a eficiência no curso de formação, a vítima, após fazer uma manobra inapropriada, chocou-se com uma rede de energia de alta tensão que ficava entre a área principal e a área alternativa de pouso. O evento 'morte' da parente dos demandantes evidencia, por si só, os danos morais, justificando-se a fixação do valor de acordo com a intensidade do sofrimento causado, consideradas as circunstâncias do fato, as graves conseqüências daí advindas, a condição social dos demandantes, dos ofensores, assim como os precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça em situações similares. *Quantum* indenizatório majorado. Pensão alimentícia. Verba devida apenas a quem tenha provado a dependência econômica da vítima. Honorários advocatícios. Critérios de fixação. Nas ações condenatórias, o montante dos honorários advocatícios é calculado, de regra, com base no valor da condenação, *ut* art. 20, § 3º, do CPC. O trabalho desenvolvido pelo causídico e eventual sucumbência parcial incidem na fixação. Proveram em parte o apelo dos autores e desproveram o da ré. Unânime. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70021104179. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, 09 de outubro de 2008. **Diário da Justiça do Estado**, Porto Alegre 12 dez. 2008.)

⁷⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70021104179. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, 09 de outubro de 2008. **Diário da Justiça do Estado**,

própria Constituição Federal, onde, no seu art. 7º, inciso XXVIII estabelece, no capítulo dos direitos sociais, uma previsão de responsabilização subjetiva para os acidentes do trabalho: “[...] seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”⁷⁷

A questão, antes mesmo de ser endereçada para competência jurisdicional da justiça obreira, em razão da Emenda Constitucional nº 45 de 20 de dezembro de 2004, já comportava intensos debates nos tribunais quanto à necessidade de se aquilatar o grau de culpa para efeitos da responsabilização do empregador sob a ótica da responsabilidade civil, não havendo praticamente qualquer dissenso em ser subjetiva, portanto, a responsabilidade. Exigia-se a constatação de culpa grave do empregador para admitir sua responsabilidade em face do acidente do trabalho, na esteira do que já apontava a Súmula nº 229 do Supremo Tribunal Federal.⁷⁸

Sustenta-se que a norma inscrita no art. 7º inciso XXVIII, da Constituição Federal, em nada regula a responsabilidade civil, mas sim, estabelece a garantia social, a nível constitucional, do sistema de seguro contra acidentes do trabalho. O Professor Marco Fridolin Sommer Santos, que dedicou um longo estudo como tema dos acidentes do trabalho em sua tese de Mestrado perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, faz uma leitura interessante do dispositivo, para traduzir que a expressão lá contida “sem excluir” seja entendida como “incluindo”. A interpretação correta se daria na forma seguinte: “Art. 7º - (...) XXVIII – seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir [leia-se: incluindo] a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em culpa ou dolo”.⁷⁹

Ou seja: na disposição constitucional, segundo o professor gaúcho, de fato, se pretendeu estender também o seguro social dos acidentes do trabalho àqueles

Porto Alegre 12 dez. 2008.

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 229**. A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa do empregador. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 27 set. 2011.

⁷⁹ SOMMER SANTOS, Marco Fridolin. **Acidente do trabalho entre a seguridade Social e a**

acidentes que decorram de dolo ou culpa do empregador, vez que, em síntese, o prêmio do seguro contra acidentes do trabalho é patrocinado às custas das contribuições parafiscais desses empregadores à Previdência, por força do art. 22 da Lei 8.212/91, já com base em uma regra de proporcionalidade de participações em razão de uma classificação dos níveis de risco de todos os ramos de atividades, o F.A.P⁸⁰, a ordem de 1% (leve) 2% (médio) e 3% (grave).

Outra conclusão a que chega o ilustre professor nessa obra, é que nem mesmo a disposição da responsabilidade objetiva genérica pela atividade de risco, ora incorporada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, encontraria confronto com a própria lei dos acidentes do trabalho, tudo apontando a uma interpretação no sentido de que o sistema securitário dos acidentes do trabalho devesse absorver por completo todas as reparações acidentárias.⁸¹

A nosso ver, a admissibilidade das demandas reparatorias de danos, independentes e sobrepostas ao seguro de acidentes do trabalho, vem sendo admitida com base no *animus* punitivo-preventivo da conduta ilícita, e pela própria inércia legislativa de ajustar a Lei da Previdência Social e seu regulamento, Leis 8.212 e 8.213/1981, para custearem, por completo, as indenizações decorrentes dos acidentes do trabalho, sem exceções, fazendo-se os ajustes necessários em termos de custeio dessas despesas. Cabe aqui registrar que o Executivo anda na direção oposta da socialização dos riscos, ao passo que inclusive demanda judicialmente ressarcimento dos próprios benefícios pagos nos casos de condenação por

responsabilidade civil. São Paulo: LTr, 2005. p. 147.

⁸⁰ F.A.P. É o Fator Acidentário de Prevenção que afere o desempenho da empresa, dentro da respectiva atividade econômica, relativamente aos acidentes de trabalho ocorridos num determinado período. O F.A.P. consiste num multiplicador variável num intervalo contínuo de cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,0000), aplicado com quatro casas decimais sobre a alíquota R.A.T.. Esse fator está normatizado no Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048/1999, atualizado pelo Decreto 6.957/2009. O Decreto 6.957/2009, em seu Anexo V, promoveu a revisão de enquadramento de risco das alíquotas R.A.T., (1%, 2%, 3%) em conformidade com a atividade preponderante do empregador.

⁸¹ Sustenta o professor Marco Fridolin Sommer Santos que o regime especial de acidentes do trabalho, previsto em Lei, enquadra-se perfeitamente na regra do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, na medida em que impõe o dever de reparar o dano independentemente de culpa. Este parágrafo único do art. 927 do Código Civil, ao mesmo tempo em que remete a regulação dos acidentes do trabalho à lei especial, estabelece uma relação entre o regime geral da responsabilidade subjetiva e os regimes especiais, coordenando-os mediante a incidência do princípio da *Lex specialis derogat generali*. (SOMMER SANTOS, Marco Fridolin. **Acidente do trabalho entre a seguridade Social e a responsabilidade civil.** São Paulo: LTr, 2005. p. 78.)

responsabilidade civil dos empregadores.⁸²

Feitas essas ponderações, e de volta à questão da antinomia entre as normas, essa problemática foi muito bem enfrentada pelo Prof. Flávio Tartuce, que nos oferece três premissas teóricas possíveis para solução desse aparente conflito, para chegar à conclusão de que a atividade de risco gera a responsabilidade civil objetiva do empregador, prevista no art. 927 e parágrafo único do Código Civil, mitigando a regra de responsabilidade subjetiva.

A primeira alternativa teórica pode ser retirada da redação do *caput* do art. 7^o da Constituição Federal, o qual determina que os direitos ali elencados estão em rol simplificativo (*numerus apertus*), e não em rol taxativo (*numerus clausus*)⁸³, pois não excluem outros direitos que visam a melhora de sua condição social. Por esse caminho, um dos direitos que o trabalhador tem é o de alegar a responsabilidade objetiva do empregador, com base no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Esse argumento prevaleceu na IV Jornada de Direito Civil, com a aprovação do Enunciado nº 377 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, cuja redação é a seguinte: “O art.7^o, inciso XXVIII, da Constituição Federal, não é impedimento para aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único do Código Civil quando se tratar de atividade de risco”. Na mesma linha, a I Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, e pelo Tribunal Superior do Trabalho, foi aprovado o Enunciado nº 37, prevendo que

[...] aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do Trabalho. O art. 7^o, inciso XXVIII, da Constituição da República não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores”.

A segunda tese, por sua vez, é dada pelo critério clássico da solução de

⁸² Como ocorre no objeto da ação de regresso ajuizada pela Previdência Social contra o causador do acidente do trabalho, BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4^a Região. **Processo n. 0003780-02.2006.4047206**. Ação de regresso em acidente de trabalho. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=2006.72.06.0037802&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&hdnRefId=60f0d27853e9338cfef000e092d3a4e&txtPalavraGerada=wfdY&PHPSESSID=cd49128b70b4c3c89df4b888326c6f80>. Acesso em: 27 set. 2011.

⁸³ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. São Paulo: Método, 2011. p. 201.

antinomias das normas⁸⁴, quais sejam, a regra da hierarquia (a norma superior prevalece em razão da inferior), a da especialidade (a norma especial prevalece sobre a norma geral) e a cronológica (a norma posterior prevalece sobre a anterior). Vemos aqui que antinomia da norma geral superior (Constituição) para com a norma especial inferior (Código Civil) é de segundo grau, abrangendo os critérios de *hierarquia* e de *especialidade*, que poderia ser resolvida ou pela edição de uma terceira lei pelo Poder Legislativo, a dizer como se soluciona esse conflito (não se tem notícia de tramitar projeto nesse sentido), ou pela solução dada pelo próprio Juiz da causa que, aplicando os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil, escolherá uma das normas que representem a maior Justiça, valendo-se da analogia, dos bons costumes, dos princípios gerais do direito, na finalidade social da norma e do objetivo de alcançar o bem comum.

Na terceira tese, ou entendimento, a adoção do parágrafo único do art. 927, segunda parte, do Código Civil, se dá por uma interpretação de sintonia que deve existir entre as normas de Direito Ambiental, sua responsabilidade civil, em mais um diálogo interdisciplinar entre as fontes⁸⁵.

São invocados, nesse contexto, além do art. 927 do Código Civil, o art. 225 da Constituição Federal e o art. 14, § 1º da Lei 6.938-1981 – Lei da Política Nacional do Meio-ambiente. Essa alternativa tem melhor aplicação aos casos onde ocorram atividades insalubres ou perigosas e vem sendo muito apegada pelas decisões trabalhistas que reconhecem também a incidência da responsabilidade pelo risco da atividade nos acidentes do trabalho, aplicação da regra do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.^{86 87}

⁸⁴ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. São Paulo: Método, 2011. p. 202.

⁸⁵ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. São Paulo: Método, 2011. p. 205-206.

⁸⁶ Podemos exemplificar essa linha de julgados com a seguinte decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região: Ementa. DOENÇA DO TRABALHO. NEXO DE CAUSALIDADE COM LESÃO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA INDEPENDENTE DE CULPA. A responsabilidade civil subjetiva, que depende da culpa ou dolo do empregador, prevista no art. 7º, XXVIII, da CF e art. 927 do CC, é passível de ser aplicada apenas aos acidentes do trabalho que não envolvem dano ao meio ambiente. Quando o acidente guarda nexo de causalidade com uma lesão ao meio ambiente do trabalho, é aplicável o disposto no art. 225, caput e § 3º, combinado com o art. 200, VIII, e 170, VI, todos da CF/88. A responsabilidade civil, nesse caso, é objetiva e independe de culpa, conforme dispõe o art. 14, §§ 1º e 5º, da Lei nº 6.938/81, que foi recepcionado pela CF/88 (§ 5º incluído pela Lei nº 11.284/2006) (SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário n. 02288-2004-039-12-00-2**. Relator: Des. Jorge Luiz Volpato. Florianópolis, 29 de abril de 2009. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=80858>>, Acesso em: 26 set. 2011.)

⁸⁷ Anderson Schreiber, discorrendo sobre o alcance da norma de responsabilidade adotada pelo

Na mesma linha, Silvio Venosa defende que, para os casos em que a responsabilidade pelos acidentes do trabalho não se verifique pelos elementos de culpa, existem limites para aplicação da teoria do risco. Deve ter-se em mente sempre a noção de excepcional risco, o incomum, diferentemente daquelas atividades que por normal, não se apresentam capazes de gerar danos.⁸⁸

O judiciário trabalhista, vem dando ampla recepção à teoria dos riscos nos acidentes do trabalho, conferindo responsabilidade objetiva, conjugando a regra constitucional e disposição do Código Civil em larga sequencia de seus julgados, em que pese em considerável parcela de suas decisões, sem adentrar na maioria das vezes a questão de eventual antinomia da regra civil para com a Constitucional.⁸⁹

Código Civil de 2002, chega à seguinte conclusão: “Não há dúvida de que a indefinição quanto às atividades abrangidas pelo art. 927 pode gerar, na doutrina e na jurisprudência, certa perplexidade inicial. Poucos anos após a promulgação do Código, discute-se, ainda, o sentido da referência legal às atividades que, normalmente desenvolvidas, implicam “risco para os direitos de outrem”. Contesta-se, habitualmente, que qualquer atividade humana, importa, em alguma proporção, risco aos direitos alheios. A crítica, puramente formal, demonstra que o legislador pretendeu, obviamente, referir-se às atividades que tragam risco elevado, risco provável, verdadeiro perigo de dano, o que, sem embargo do esclarecimento, não soluciona todas as dúvidas suscitadas pela expressão. O escopo do parágrafo único do art. 927 é o de impor responsabilização com base no elevado risco produzido por certa atividade, o que não se verifica em qualquer espécie de prestação de serviços, mas apenas naquelas hipóteses em que houver uma alta possibilidade de dano. Diante de todo o exposto, a conclusão mais razoável parece ser a de que a cláusula geral de responsabilidade objetiva dirige-se simplesmente às atividades perigosas, ou seja, às atividades que apresentam grau de risco elevado, seja porque se centrem sobre bens intrinsecamente danosos (como material radioativo, explosivos, armas de fogo, etc) seja porque empregam métodos de alto potencial lesivo (como o controle de recursos hídricos, manipulação de energia nuclear etc.) Irrelevante, para a incidência do dispositivo que a atividade de risco se organize ou não sob forma empresarial ou que se tenha revertido em proveito de qualquer espécie para o responsável.” (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 25.)

⁸⁸ “A explicação dessa teoria justifica-se também sob o título *risco profissional*. O dever de indenizar decorre de uma atividade laborativa. É o rótulo que explica a responsabilidade objetiva nos acidentes do trabalho. Outros lembram do risco excepcional: o dever de indenizar surge de atividade que acarreta excepcional risco, como é o caso da transmissão de energia elétrica, exploração de energia nuclear, transporte de explosivos, etc. Sob a denominação *risco criado*, o agente deve indenizar quando, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo. Esse, aliás, deve ser o denominador para o Juiz definir a atividade de risco no caso concreto segundo o art. 927, parágrafo único, qual seja, a criação de um perigo para terceiros em geral.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 17.)

⁸⁹ O que se exemplifica em um julgado extraído do Tribunal Regional da 4ª Região: Ementa. “Há 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, risco para os direitos de outrem (Art. 927, parágrafo único, do CC). Não caracterizada nenhuma dessas hipóteses, necessária a comprovação da responsabilidade do agente e do respectivo nexos causal”. (BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Processo n. RO 0007300-09.2008.5.04.0030. Relator: Juiz Ricardo Tavares Gehling. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 09 fev. 2010.)

Sem dúvida, a responsabilidade civil objetiva do empregador pela atividade de risco, no Judiciário Trabalhista, já se mostra vertente, ao lado da responsabilização subjetiva onde se verifique culpa grave ou dolo. Lamentamos que a política brasileira para os acidentes de trabalho, não unifique por completo o ressarcimento das fatalidades laborais dentro do sistema da seguridade social, tal qual poderia se ler na Constituição Federal, já que os efeitos práticos da punição dos acidentes do trabalho, na grande maioria das vezes, não resulta em qualquer efeito pedagógico. A ressalva que se admite dessa socialização dos riscos é justamente para aqueles Infortúnios decorrentes das atividades de risco, pois a transferência dessa responsabilidade e de seus conseqüentes custos para a sociedade – o risco empresa – é evidentemente contrário ao ideal de justiça distributiva, o que aumentaria, sem dúvida, as desigualdades sociais.

8 AS EXCLUDENTES

Em termos de responsabilidade objetiva pela execução de atividade normalmente impregnada de risco, cabe reiterar uma quase obviedade: é indispensável a verificação do nexo causal, regra tida por Cavalieri Filho como “[...] que universal, absoluta [...]”⁹⁰, somente excepcionada em face do risco integral.

Silvio Venosa ensina que “[...] são excludentes de responsabilidade e impedem que se concretize a responsabilidade pelo nexo causal: a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar.”⁹¹

Para se libertar da responsabilidade frente ao dano, o titular da atividade que se imputa a lesão deverá provar a quebra do nexo de causalidade, exatamente o elo que o liga para com o dano, o que equivale afirmar, deverá provar a ocorrência de culpa da vítima; imputar fato de terceiro para o qual não deva responder, ou provar caso fortuito ou força maior, alternativas amplamente consolidadas na doutrina e na jurisprudência.

Porém, a compreensão da problemática que envolve o nexo de causalidade não é tarefa das mais fáceis. Em primeiro momento, deve-se subtrair mentalmente a conduta em exame para, depois dessa subtração, procurar saber se ainda assim persistiria a ocorrência do resultado. Se tal ainda persiste, não responderá o agente pelo dano; do contrário, se deixa de ocorrer, aí incidirá a responsabilidade do agente pelo dano. Essa fórmula apresentada por Cavalieri Filho, apesar de um tanto pedagógica, não torna propriamente fácil o domínio do problema.⁹²

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 185.

⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4, p. 40.

⁹² Sergio Cavalieri afirma que é forçoso concluir que, não obstante as teorias existentes sobre o nexo causal e tudo o que já se escreveu sobre o tema, o problema da causalidade, como ressaltamos, não encontra solução numa fórmula simples e unitária, válida para todos os casos. Na minha experiência de magistado tenho constatado que é um ponto onde se registra o maior número de divergências entre os julgadores de todos os graus. E assim é porque essa ou aquela teoria fornece apenas um rumo a seguir, posto que a solução do caso concreto sempre exige do julgador alta dose de bom-senso prático e da justa relação das coisas; em suma, é imprescindível um juízo de adequação, a ser realizado com base na lógica do razoável. CAVALIERI FILHO, Sergio.

Dessa maneira, em havendo culpa por parte da vítima do dano, tal hipótese invariavelmente afastará a responsabilidade, situação a qual é desnecessário realizar maiores exercícios para compreensão.

Nesta linha, podemos apontar a previsão que consta no art. 936 do Código Civil, onde, de modo expresso, fica excluída a culpa do dono do animal se houver culpa da vítima, cabendo a prova a ele, dono. Podemos afirmar que sendo exclusiva a culpa da vítima, não há dever de indenizar, ou, caso se estabeleça culpa concorrente, os prejuízos serão distribuídos segundo a fração da participação de suas culpas. Aponta o art. 945 do Código Civil: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano."⁹³

Essa regra não tem correspondência para a responsabilidade nos danos decorrentes do risco administrativo. Lá a culpa da vítima somente poderá beneficiar o Estado se for exclusiva daquela, não se cogitando do fracionamento das culpas como, a propósito, estabelece o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, que assim não prevê partição ou reciprocidade, apenas o direito de regresso, como já discorreremos em capítulo anterior.

Outra alternativa para o afastamento da responsabilidade e quebra do nexo causal é o fato de terceiro, que é aquele que se designa *causador* e com o qual não se tem qualquer relação de solidariedade.

Para ter lugar essa excludente, mister que o dano seja causado exclusivamente pelo fato de pessoa estranha à submissão do agente que exerce a atividade que se imputa arriscada. Deve ser marcado esse agir, pela necessidade, inevitabilidade e imprevisibilidade. Se o fato de terceiro foi causa exclusiva para o dano, tal afasta a relação de causalidade comparada à própria força maior ou caso fortuito.

Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 179.

⁹³ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

Cabe aqui um lembrete: nosso objeto de estudo é a responsabilidade objetiva chegada pela atividade de risco, pura e objetivamente analisada, sustentando-se essa teoria no completo banimento da discussão da culpa. Examina-se aqui a habitual e inata perigosidade de uma atividade como geradora de responsabilidade. Imaginar cabimento, inserir nessa teoria a revolução da culpa, estaremos retrocedendo no tempo para d'antes do Século XIX, ou chegando a lugar nenhum. A exclusão da responsabilidade pelo fato de terceiro deve ser por fato absolutamente imprevisível e inevitável, do contrário, comete-se a falta de confundir os institutos.

No tocante ao caso fortuito e à força maior, a legislação, em verdade, não se mostra criteriosa suficiente para distinguir esses dois termos, onde encontraremos posições um tanto díspares na doutrina.

Costuma-se dizer que o caso fortuito é o acontecimento natural, ou o evento derivado da força na natureza, ou o fato das coisas, como o raio do céu, a inundação, o terremoto. E, mais particularmente, conceitua-se a força maior como '*damnum fatale*' originado do fato de outrem, como a invasão do território, a guerra, a revolução, o ato emanado da autoridade (*factum principis*), a desapropriação, o furto etc.

Preferível será mesmo, ainda com a ressalva de que pode haver um critério definitivo abstrato, admitir que na prática os dois termos correspondem a um só conceito (Colmo), unitariamente considerado no seu significado negativo da imputabilidade.⁹⁴

Tem-se adotado que o caso fortuito (*act of God* no Direito anglo-saxão) decorre das forças da natureza, como poderemos exemplificar, os terremotos, inundações, os incêndios não provocados; enquanto a força maior decorre de atos humanos, tal como as guerras, revoluções, greves, força de autoridades.

De fato, o Código Civil de 2.002, traz em diversos dispositivos, alusão ao caso fortuito e à força maior, sem proceder, contudo, maiores distinções. Mesmo

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense,

assim, ao mencioná-los, vê-se que admite certa distinção conforme constam nos arts. 246, 393, parágrafo único e nos arts. 399 e 583.

Observe-se que o parágrafo único do art. 393 adota uma única definição para as duas expressões: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”⁹⁵

Especificamente para a teoria objetiva de responsabilidade, Agostinho Arruda Alvim, integrante da comissão especial que elaborou o anteprojeto do Código Civil, apresentou uma visão adaptada para a dicotomia entre caso fortuito e força maior, a qual tem conquistado larga simpatia no meio doutrinário. Alvim propõe que “[...] o caso fortuito passa a ser visto como um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com sua empresa, enquanto que força maior passa a ser um evento externo.”⁹⁶ Segundo Alvim, se a responsabilidade estiver sendo perseguida com base na visão objetiva de risco, a força maior afastará o dever de indenizar, mas se identificado o caso fortuito, mesmo assim sobreviverá a obrigação.

Por fim, cabe indagar se há prova da tomada de precauções cabíveis e legais pelo autor do dano, aptas a evitar o sinistro, se nesses casos de atividade arriscada, isso elidiria sua responsabilidade tal qual o permitem os códigos de Portugal e Itália. Parece claramente que a *mens lege* do legislador do Código de 2.002 foi exatamente de não permitir essa alternativa, já que o anteprojeto de Código Civil que tramitava no Congresso Nacional, em sua redação original, importava essa permissão que consta dos citados códigos europeus, mas na sua aprovação final, o legislador consagrou o arrojo da cláusula de responsabilidade objetiva pura, expungindo de seu comando qualquer ventilação possível para a teoria clássica.

1999. v. 2, p. 299-300.

⁹⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

⁹⁶ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 330.

9 CONCLUSÃO

Por derradeiro, está justificada a opção do tema de trabalho, uma visão específica, ainda que não exauriente da responsabilidade civil objetiva gerada pela atividade de risco, como inaugurada na segunda metade do parágrafo único do art. 927 do Código de 2.002. É candente o interesse que o tema provoca, não só ao autor do presente trabalho, mas certamente à quase totalidade dos estudantes do Direito, pois não se admite que os advogados e os operadores do Direito, de um modo geral, minimamente não dominem, como é seu dever, as lições da responsabilidade civil.

Seria muito difícil alcançar uma razoável compreensão da temática da responsabilidade pelo risco sem que nos detivéssemos, nos capítulos iniciais do presente trabalho, a percorrer, através da evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, para entender por quais razões aqui chegamos, e para quais propósitos serve, no Direito e para a justiça, tão arrojada concepção que traduz a norma em foco.

Apesar do fenômeno que a doutrina vem nominando como ocaso da culpa ou a erosão dos filtros tradicionais de reparação, a culpa, esteio de toda a teorização que atravessou séculos para encontrar seu ápice na legislação francesa com o Código de Napoleão, continua sendo de inafastável importância, ao lado de outros sistemas de responsabilidade civil objetiva, que vemos se estabelecer na legislação ordinária, no modo tipificado ou fechado, tal qual se pode aplaudir o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078 de 1.990, que reserva responsabilização objetiva nos casos de vícios do produto ou do serviço (arts. 12 a 25) e mesmo aqueles dispositivos enumerados pelo próprio Código Civil nessa mesma linha, tal qual o fez no art. 932 incisos I a V – indicação expressa do art. 933 (a exemplo: pais pelos danos causados por seus filhos; empregadores por seus empregados no exercício de suas funções; os hoteleiros em geral pelos seus hóspedes), ou ainda pela responsabilidade contratual. Todos esses sistemas andam em paralelo com a nova cláusula de responsabilidade civil objetiva genérica enraizada na atividade de risco.

A chegada ao Direito Brasileiro da permissão da responsabilidade objetiva

para as atividades de risco, e mais, sua inserção no Código por intermédio da utilização de uma norma que a dogmática jurídica conceituou como de tipo aberto, geral ou indeterminado, corresponde à tendência que a doutrina vem reservando às novas codificações. Tal ferramenta representa um grande salto na evolução da ciência jurídica permitindo esse mecanismo manter a lei sempre atualizada no tempo, ajustando-se à realidade social e aos princípios axiológicos vigentes no presente, mais ainda, proporciona diálogo com os princípios constitucionais quando delega, a ninguém melhor que aos juízes, com amparo da doutrina, a tarefa de aproximar o tipo ao risco, no exercício da hermenêutica, que se fará tanto melhor que qualquer enumeração casuística pudesse ter feito o legislador.

É certo que o desejo dos ilustres juristas que elaboraram o anteprojeto do Código Civil de 2.002, com especial desígnio do Prof. Miguel Reale, o fosse por deixar à jurisprudência a conceituação dos elementos em aberto dessa regra, fazendo, por isso, vigorar por muito mais tempo esse Código, antes que seja novamente necessário revisá-lo, reconhecendo nessa valiosa atividade dos tribunais a própria evolução, cada vez mais veloz, do Direito.

Por outro lado, sustenta-se, contudo, que os julgamentos, a jurisprudência têm se manifestado ainda um tanto resistente para ampliar a atuação da responsabilidade objetiva pela abertura genérica ora permitida pelo Código Civil. Em verdade, dada a peculiar morosidade de grande parte do Judiciário pela reprodução massiva das contendas, ainda não se pode, passados oito (8) anos de vigência do atual código, afirmar que há jurisprudência suficiente sobre a matéria da responsabilidade pela atividade de risco para já enumerar novas incidências para a nossa teoria, ao menos em sede das instâncias excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Ao reconhecer o brilhantismo desse instrumento, não estamos aqui a advogar a ampliação por ampliação dos casos para atender mais confortavelmente às vítimas em geral. É evidentemente salutar o andar pausado da expressão judiciária adentro da nova regra, mas, passados quase dez anos de promulgação do Código, não é torrente ainda na jurisprudência o apego à teoria do risco criado, resistência que muitas vezes é justificada por uma ofensa ao princípio da segurança jurídica, ou

propriamente ainda a um despreparo técnico dos profissionais envolvidos na cena judiciária.

O horizonte da reparação pela responsabilidade civil tende a se alargar, quando, pela proteção dos interesses, sobretudo existenciais e coletivos, ou pela inspiração da solidariedade social, não mais se permite deixar as vítimas sem sua justa reparação. A configuração dos pressupostos de responsabilização tende a se flexibilizar, pois sabemos que vivemos em sociedade, e é em última análise essa própria sociedade que está na raiz da profusão da maior parcela dos danos, devendo, por tal visão, e pelo prisma da solidariedade, ser essa mesma sociedade também culpada e responsabilizada. A atual solução privada da responsabilidade civil carrega em si ainda um sentimento de injustiça pela própria receita adotada, quer seja pela objetividade que ora incide *Deus ex machina*, ou mesmo em face muitas vezes da incapacidade econômica do causador para suportar esses danos. Tudo isso aponta para que, no futuro, cada vez mais, venham ser solidarizadas as causas e as reparações.

Autores brasileiros, em sua visão dos rumos que apontam para o futuro as teorias da responsabilidade civil, afirmam que o instituto passará a ser visto como dever garantia e não somente como dever de indenizar, deslocando sua preocupação de estudo preponderantemente para os danos, considerando que apenas a sua existência já dá conta que um dever de garantia foi violado.⁹⁷

A chamada socialização dos riscos, ainda que não tenha avançado abertamente no sistema legal de modo geral, já se mostra, por exemplo, por meio daqueles instrumentos normativos que sistematicamente reforçam a preocupação com as regras gerais de segurança, prevenção e precaução de danos em diversos

⁹⁷ Caio Mário alerta que a responsabilidade civil caminha do individual para o social, por intermédio da idéia de socialização dos riscos, cujo surgimento obedecerá a três etapas de desenvolvimento: “Numa primeira fase ocorre a extensão da responsabilidade pela prática do seguro, que distribui o risco entre os segurados, sendo que o seguro é a complementação da responsabilidade; numa segunda fase, a socialização dos riscos é assegurada diretamente pela seguridade social, a cargo de organismos coletivos que assumem os riscos sociais, sendo a responsabilidade o complemento da seguridade social; numa terceira fase, a vítima só pode reclamar da seguridade social, que não obtém reembolso contra o responsável, havendo a repartição coletiva dos riscos, com exclusão da responsabilidade individual.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 2, p. 289.

setores e atividades. Isso resulta que os próprios custos dessa geração de riscos sejam mais suportados exatamente por esses mesmos setores e atividades que os geram. A progressiva ampliação das contratações de seguros para os riscos da responsabilidade civil se mostra um viés também dessa socialização, que, mesmo sendo privada, funciona como instrumento de equalização distributiva dessa conta social.

Demonstramos, ainda que com poucos exemplos, já ser possível cogitar-se de novos campos para domínio da teoria da responsabilidade pelo risco da atividade, mesmo reconhecendo não ser tarefa das mais fáceis o presunçoso exercício da hipotética dos litígios, o que, na essência, fora a própria intenção de rejeitar o legislador do Código de 2.002 pela adoção da cláusula aberta. Mas é certo que são infinitas as possibilidades de riscos que continuarão a oferecer novos fatos à norma que reside na segunda metade do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, verdadeiro emblema da vanguarda do pensamento jurídico civilista brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 2.

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

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. ed. histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977. v. 1, 2, 4.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 577902 / DF. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, DF, 13 de junho de 2006. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 28 out. 2006, p. 279.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 229**. A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa do empregador. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 27 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 341**. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 08 out.2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. **Processo n. 0003780-02.2006.4047206**. Ação de regresso em acidente de trabalho. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=2006.72.06.0037802&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&hdnRefId=60f0d27853e9338cffe000e092d3a4e&txtPalavraGerada=wfdY&PHPSESSID=cd49128b70b4c3c89df4b888326c6f80>. Acesso em: 27 set. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Processo n. RO 0007300-09.2008.5.04.0030. Relator: Juiz Ricardo Tavares Gehling. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 09 fev. 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1, 2.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. A responsabilidade civil da indústria tabagista e a teoria do risco concorrente. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18888/a-responsabilidade-civil-da-industria-tabagista-e-a-teoria-do-risco-concorrente>>. Acesso em: 16 set. 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005.

HOUAISS, Koogan. **Enciclopédia e dicionário**. Rio de Janeiro: Delta, 1994.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil: palestra proferida. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, n. 454, p. 548-559, 1941.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINS COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção". **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998.

MARTINS COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, v. 93, ano 15, p. 29-52, out. 1991.

MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodim de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 31, p. 55, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 23.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 47.344/66**. Código civil. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>>. Acesso em: 16 set. 2011.

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. **Jus Navegandi**, 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/509/visao-geral-do-projeto-de-codigo-civil/2>>. Acesso em: 16 set. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0124238-11.2008.8.19.0001. Relatora: Des. Leila Albuquerque. Rio de Janeiro, RJ, 05 de abril de 2011. **Diário da Justiça do Estado**, Rio de Janeiro, RJ, 05 maio 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70021104179. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, 09 de outubro de 2008. **Diário da Justiça do Estado**, Porto Alegre 12 dez. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Cível Nº 71002797355 Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler. Porto Alegre, 01 de junho de 2011. **Diário da Justiça do Estado**, Porto Alegre, 06 jun. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário n. 02288-2004-039-12-00-2**. Relator: Des. Jorge Luiz Volpato. Florianópolis, 29 de abril de 2009. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=80858>>, Acesso em: 26 set. 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Wilson de Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. São Paulo: Saraiva. 1974.

SOMMER SANTOS, Marco Fridolin. **Acidente do trabalho entre a seguridade Social e a responsabilidade civil**. São Paulo: LTr, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. São Paulo: Método,

2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

WIKIPEDIA: enciclopédia livre da internet. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Raymond_Saleilles>. Acesso em: 5 set. 2011.