RODRIGO DUMANS FRANÇA

A TEORIA DO RISCO APLICADA À RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Dissertação de Mestrado apresentada à Comissão Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Titular Fábio Maria De Mattia

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2009

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

Ao Professor Titular Fabio Maria De Mattia, pela confiança depositada desde o início.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo analisar os efeitos que a responsabilidade civil objetiva exerceu desde as legislações dos povos primitivos até as os dias de hoje, não somente a partir da análise de estudos das leis, como também das teorias que antecederam a teoria do risco. Aborda, ainda, as excludentes de responsabilidade civil aplicáveis à responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco. Ao final, analisa as principais medidas introduzidas pelo legislador com o advento do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro.

Palavras-chave: responsabilidade – civil – objetiva – teoria – risco

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the effects of strict responsibility since the laws of primitive peoples until nowadays, not only from the analysis of studies of the laws, but also the theories that preceded the theory of risk. Besides, it studies the objections that can be raised by one to bar the strict civil liability based on the theory of risk. At the end, it analyzes the main measures introduced by the legislator with the advent of the single paragraph of Article 927 of the Brazilian Civil Code.

Keywords: liability - civil - strict - theory - risk

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 8

CAPÍTULO 1. HISTÓRIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO E DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA 11

1.1. Civilizações Primitivas 11
1.2. Direito Grego 15
1.3. A Evolução do Pensamento Jurídico Acerca da Responsabilidade Civil 16
1.4. Direito Romano 17
1.5. Direito Medieval 22
1.6. Idade Moderna e Contemporânea 24

CAPÍTULO 2. OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA 29

2.1. A culpa como único e tradicional elemento da responsabilidade civil 29
2.2. Evolução das idéias sobre a culpa como pressuposto da responsabilidade civil 34
2.2.1. Contribuições do Direito Germânico 34
2.2.1.1. Princípio do Interesse Ativo 38
2.2.1.2. Princípio da Prevenção 39
2.2.1.3. Princípio da Eqüidade 40
2.2.1.4. Princípio do Interesse Preponderante 42
2.2.1.5. Princípio da Repartição do Dano 43
2.2.1.6. Princípio do Caráter Perigoso do Ato 44
2.2.2. Contribuições Francesas 44
2.2.2.1. Teoria do Abuso do Direito 48
2.2.2.2. Teoria da Guarda 50
2.2.2.3. Teoria das Faltas Negativas 56
2.2.2.4. Teoria da Culpa Anterior 57
2.2.2.5. Teoria da Culpa Desconhecida 58
2.2.2.6. Teoria da Culpa Coletiva 59
2.2.2.7. Responsabilidade entre Vizinhos 60
2.3. Teoria do Risco-Proveito 64
2.4. Teoria do Risco-Profissional 67
2.4.1. Teoria do Risco de Autoridade 72
2.3. Teoria do Risco-Criado 73
2.4. Teoria do Risco-Integral 77

CAPÍTULO 3. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA FUNDADA NA TEORIA DO RISCO 80
3.1. Caso Fortuito (Interno e Externo) e Força Maior 80
3.2. Fato Exclusivo de Terceiro 89
3.3. Culpa Exclusiva da Vítima 92
3.4. Riscos do Desenvolvimento 93

CAPÍTULO 4. O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL 98

CONCLUSÕES 105

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 108

INTRODUÇÃO

O tema principal da dissertação, como o título sugere, consiste no estudo dos reflexos que a dita *teoria do risco* tem para o fundamento da responsabilização civil independentemente de culpa, ou seja, de forma objetiva.

De uma forma até mesmo simplista, o risco poderia ser definido como "perigo, probabilidade de dano"[1] ou talvez como a "combinatória de probabilidades de ocorrência de situações potencialmente perigosas"[2]. E, desde as civilizações que seguiam os Códigos de Hamurabi ou as Leis de Esňunna, as atividades arriscadas estão presentes na vida quotidiana dos indivíduos, mas, em razão do avanço da complexidade das relações de direito material, surgiu um desequilíbrio manifesto, pois, se por um lado permitia o desenvolvimento das sociedades, por outro essas tarefas frutos do risco ameaçavam incessante e potencialmente não somente aqueles que delas obtinham algum proveito, como também aos que nela não estavam inseridas. Mas a apuração da história da responsabilidade objetiva e, conseqüentemente, da teoria do risco não se mostrou uma tarefa árdua, não só pela falta de sistematização daquelas civilizações mais primitivas, mas também pelo fato de ser um conceito, tal como entendido nos dias atuais, relativamente *novo*.

Nesse particular, o que pôde ser visto ao longo dos séculos de evolução do Direito foi a preocupação cada vez maior em não deixar impune o responsável por um dano, tenha ele praticado a ação ou omissão diretamente ou apenas faltado com o dever de cuidado que lhe era imposto pela lei ou pelos costumes.

Somada ao crescimento demográfico, a Revolução Industrial do século XVIII, a partir da introdução de pesadas máquinas a vapor nas linhas de produção de bens, que, até então, eram artesanais ou manufaturadas de modo mais ou menos rudimentar, despersonalizou o processo de produção, distanciando o produto do trabalho daqueles que

---

[1]CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 166.

[2]CHEVITARESE, Leandro; PEDRO, Rosa Maria. *Risco, poder e tecnologia*: as virtualidades de uma subjetividade pós-humana. p. 8. In: ANAIS DO SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE INCLUSÃO SOCIAL E AS PERSPECTIVAS PÓS-ESTRUTURALISTAS DE ANÁLISE SOCIAL. Recife: CD-ROM, 2005. Disponível em: <http://www.saude.inf.br/filosofia/riscopoder.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2007.

contribuíram para sua elaboração[3]. A partir daí, tomou lugar um importante e necessário impulso da modificação do pensamento dos juristas acerca dos fundamentos da responsabilidade civil. Naquela oportunidade, somente a responsabilidade civil subjetiva prevalecia, ou seja, o causador do dano somente responderia por ele se e quando provado que teria agido com culpa. Entretanto, essa fundamentação mostrou-se inadequada para responder aos anseios sociais de responsabilização por danos, uma vez que "*não mais atendia às dolorosas situações das vítimas dos infortúnios, ocasionados pelo próprio progresso material*"[4].

A doutrina e a jurisprudência evoluíram para admitir a teoria do abuso do direito como ato ilícito. Na prática, isso importava a responsabilização de "*pessoas que abusavam de seu direito, desatendendo à finalidade social para a qual foi criado, lesando terceiros*"[5].

Essa constante transformação do enfoque do individualismo das relações jurídicas privadas, que antes eram orientadas pela ideologia das classes burguesas, para o coletivismo e a socialização dos riscos, tomou fôlego e estabeleceu-se a partir de casos de presunção de culpa, nos quais o ônus da prova era invertido. Com isso, pretendeu o legislador melhorar a situação da vítima, a quem incumbiria tão-somente a prova da relação de causa e efeito entre o ato do agente e o dano experimentado.

Como bem anotou CARLOS ROBERTO GONÇALVES[6], a teoria do risco firmou-se quando "*o direito francês, acabou por admitir, na responsabilidade complexa por fato das coisas, a chamada teoria da culpa na guarda*", a qual antes admitia a presunção *juris tantum* de culpa por parte do agente e passou a aceitar a presunção *juris et de jure*.

Assim, considerando que o Direito, nas palavras de MIGUEL REALE[7], "*é a ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum*", a legislação sobre acidentes de trabalho, sobretudo com a lei de em 9 de abril de 1898, promulgada na França, foi a que primeiro passou a prescindir a culpa em lugar do risco da

---

[3]Cf. TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos da responsabilidade civil do direito privado: da culpa ao risco. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 14, n. 55, p. 163, jul./set. 2005.
[4]BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 85.
[5]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 308.
[6]Id. Ibid., p. 309.
[7]REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996. p. 59.

atividade desenvolvida pelo empregador, para caracterizar a sua responsabilidade civil por eventuais acidentes que os empregados viessem a sofrer durante os turnos de produção.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO[8] lembra que, "*primeiramente, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraindo-a, por vezes, das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes*". Com isso, pretendeu-se proteger o empregado que, em razão da sua hipossuficiência, antes percorria um árduo caminho para tentar provar a culpa subjetiva do seu empregador.

Diante desse contexto, não somente será possível apresentar as fases da evolução da teoria do risco e da responsabilidade objetiva, de modo a compreender as justificativas históricas e conceituais que as fazem presentes, mas também analisar as suas aplicações e os seus limites em relações jurídicas quotidianas.

É importante salientar, nesta parte introdutória, que tomaremos a devida cautela de apresentar o tema sob o enfoque do Direito Civil, por ser essa a área específica de concentração a que estamos vinculados, guardando para outro eventual trabalho na área de direito administrativo a análise mais aprofundada da responsabilidade objetiva do Estado em razão da teoria do risco administrativo.

---

[8]CAVALIERI FILHO, Sergio. op. cit., p. 165.

CAPÍTULO 1. HISTÓRIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO E DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

1.1. Civilizações Primitivas

Considerando o longo decurso do tempo desde a edição das normas que regiam algumas das mais antigas civilizações, é digno de mérito o trabalho dos pesquisadores que se aventuraram nesse mister.

Algumas codificações chegaram até a atualidade graças ao trabalho de preservação da quase inteireza de seus textos, tais como os Códigos Urnammu e de Hamurabi, Lipit-Istar, as Leis de Eňsunna e as Leis de Mannu.

Os autores, até compreensivelmente, divergem sobre as datas de edição dessas leis remotas. O Código de Ur-Nammu, ao que tudo indica seria o mais antigo, datando de 2080 a.C.[9] ou cerca de 2050 a.C.[10]. O Código de Hamurabi, por sua vez, pode ter sido quase contemporâneo, se fora efetivamente editado entre os anos de 2125 a 2.081 a.C, durante o reinado de Khammu-rabi, rei da Babilônia[11].

Tendo em vista que outras leis egípcias, como os Códigos Amoniano, de Bochoris e de Amasis extraviaram-se, provavelmente em virtude do incêndio ocorrido em Alexandria[12], o Código de Hamurabi tornou-se bastante difundido, não só por lhe ser atribuído o rótulo de uma das mais antigas fontes da responsabilidade civil, mas também pela *Lex Talionis*, ou Lei do Talião, que, ao que parece, era reflexo do pensamento jurídico das civilizações cultas da antiguidade remota[13].

---

[9]Cf. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español.* Pamplona: Aranzadi, 1972. p. 18.

[10]Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 321

[11]Cf. ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 32.

[12]Cf. COLOMBO, Leonardo A. *Culpa aquiliana (cuasidelitos).* 3. ed. Buenos Aires: La Ley, 1965. t. 1, p. 57.

[13]A título de ilustração, confiram-se alguns exemplos extraídos do Capítulo XI do Código de Hamurabi: *"Artigo 196: Se um homem destruiu um olho de outro homem, destruirão o seu olho.*
Artigo 197: Se quebrou o osso de um homem, quebrarão o seu osso.
Artigo 198: Se destruiu o olho de um homem vulgar ou quebrou o seu osso, pesará uma mina de prata. (...)

A cultura à Lei de Talião[14] foi vivenciada não só em povos primitivos guerreiros, como o Asírio e o Babilônico, mas em outros, bastante religiosos, como o Indú e o Hebreo. Aliás, podem ser encontrados outros fragmentos dessa responsabilidade objetiva primitiva até mesmo em algumas passagens bíblicas[15].

O Código de Manú, que teria vigido entre os anos de 1300 a 800 a.C., foi escrito em forma de dísticos, ou seja, grupos de dois versos. A cada dístico, havia uma regra, que poderia ser de cunho social, religioso, econômico, penal, etc[16]. As Leis de Mannu[17] repetiram, em muito, os dizeres da Lei do Talião, principalmente no que diz respeito à punição contundente às ofensas[18].

Verifica-se, portanto, que as leis que regulavam as civilizações primitivas previam penas que hoje são consideradas cruéis para alguns casos, mas que poderiam, de acordo com as características sócio-econômicas do ofensor ou do ofendido, ser abrandadas ou até mesmo substituídas pelo pagamento de uma *indenização tarifada*.

Artigo 200: Se um homem arrancou um dente de outro homem livre igual a ele, arrancarão o seu dente. (...)
Artigo 202: Se um homem agrediu a face de um outro homem que lhe superior, será golpeado sessenta vezes diante da assembléia com um chicote de couro de boi.
Artigo 205: Se um escravo de um homem agrediu a face de um homem, cortarão a sua orelha.
Artigo 206: Se um homem agrediu em uma briga outro homem e lhe deu ferimento, esse homem deverá jurar: ´não agredi deliberadamente`. Além disso, deverá pagar o médico." In VIEIRA, Jair Lot. (Superv. Ed.). *Código de Hamurabi*. 1. ed. Bauru: Edipro, 2000. p. 9-12.

[14]Interessante o raciocínio do Rabino Meir Matizlih Melamed, em sua obra *Tora, A Lei de Moisés,* reproduzido por Antonio Rulli Neto, de acordo com o qual, "s*egundo o Talmud, na verdade, o Legislador não quis dizer 'olho por olho`, e aqui vamos dar dois exemplos que sua aplicaçãonem sempre é possível. Supondo que Simão tenha um só olho e que, numa briga com Rubem, este o tire, ficando Simão completamente cego, não se faria justiça tirando um olho de Rubem; o castigo seria insuficiente, pis cegou completamente um homem e ele (que o cegou) não ficou cego. Vejamos o caso contrário: Simão, que tem um olho só, tira um olho de Rubem. Se, para castigar Simão, Rubem lhe tira seu único olho, ele ficará cego, e desta forma o castigo não terá a mesma proporção do delito, por Simão não cegou completamente a Rubem. Portanto, essa lei chamada de ´Lei do Talião` não tem o sentido que se lhe atribui, senão que é uma questão de danos e prejuízos, na qual aquele que danifica sofre ou paga segundo o critério dos juízes (vide* Baba Cama *83b)"* (*in* RULLI NETO, Antônio. *Leis de Manu.* São Paulo: Fiúza, 2002. p. 85, nota 3).

[15]"*Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé" in* Êxodo, 14: 24; *"Aquele que derrama o sangue humano, por mão do homem será derramado o seu; por o homem foi feito à imagem de Deus"in* Gênesis, 9: 6

[16]VIANA, Renata Honório Ferreira Camargo. *A responsabilidade social na reparação do dano ambiental*. 2005. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

[17]*"279. Deve ser cortado qualquer membro do qual se servir um homem de baixo nascimento para ferir um homem superior: esta é a disposição de Manu.*
280. Se alçar a mão ou um pau contra o seu superior, deverá ser cortada a mão. Se, em um momento de cólera, lhe deu um pontapé, cortar-lhe-ão o pé. (...)
282. Se escarrar com insolência em um Brâmane, o rei mandará que lhe cortem os beiços; se urinar, será cortado seu pênis; se soltar gases, o ânus." *in* RULI NETO, Op. cit., p. 84 e 87.

[18]Como assinala COLOMBO,*"en numerosas cláusulas este cuerpo legal se refería directamente a la imprudencia, la negligencia y la falta de cuidados. Pareciera que se intuía que algo las separaba de los hechos más graves, pero la sospecha se desvanece cuando se repara em la calidad e intensidad de las sanciones adoptadas"* (COLOMBO, Leonardo A. op. cit., p. 59).

Além disso, fica evidente que o legislador não se preocupou em determinar que o ofendido perquirisse a culpa do ofensor. Os dispositivos descreviam condutas de modo a concentrar o foco unicamente causal, isto é, no risco e no resultado das ações e, por conseguinte, na reação (ou vingança) permitida.

ROBERTO SENISE LISBOA[19] bem ressalta essa característica próxima da selvageria, que estava presente no Direito dos povos mais antigos:

> *"A força era a origem do direito primitivo, o que dificulta o homem pós-moderno, muitas vezes, a compreensão do exato conteúdo das relações jurídicas daquela época, a menos que ele analise a questão sob a perspectiva do homem médio daquela época. Não havia qualquer preocupação com a existência de culpa do agente ou não, mas com a equivalência de perdas e a retribuição proporcional."*

A partir dos exemplos dos trechos das legislações ora estudados, nota-se que nessa época não havia uma divisão entre o direito público e o direito privado. Ao revés, toda a responsabilidade advinha de ações decorrentes daquilo que se poderia conceituar *delito*.

Esse embaralhamento dos ramos do Direito justifica-se pela simplicidade das relações jurídicas que os indivíduos travavam naquelas épocas remotas[20]. É dizer: o Direito existia para resolver questões práticas e, ao mesmo tempo, simples, como xingamentos ou agressões, mas não para regular os danos decorrentes de inventos tecnológicos ou afins, até porque não existiam ou, se existissem, não seriam capazes de incutir o embrião da dicotomia entre o Direito público e o privado, que será levada a efeito, séculos mais tarde, no Império Romano.

Entretanto, mesmo sem possuir essa consciência jurídica, as civilizações primitivas demonstram em algumas passagens (isoladas) dos textos das leis mais primitivas alguma regulamentação para a responsabilidade objetiva decorrentes das relações privadas:

---

[19]LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 17.

[20]COLOMBO, ao tratar do assunto, asseverou que "d*e ello* [dano] *deribavam dos consecuencias primordíales: el resarcimento se identificaba con las sanciones punitivas y no existía línea divisoria entre las injurias del derecho privado y las del derecho público. Corolarios ineluctables: los inocentes corrían siempre el riesgo de pagar como pecadores, los castigos no guardaban proporción con la gravedad de las lesiones y la equidad no servía de base a la justicia."* (COLOMBO, Leonardo A. op. cit., p. 56).

> "*Artigo 9º: Se um boi fugiu do estábulo ou seu dono tenha deixado fugir, seu dono é responsável.*"[21] (Direito Sumério, fragmento de um Código; Y.B.T., I, 28)
>
> *"Artigo 217: Se um médico operou um homem gravemente ferido com uma lanceta de bronze e salvou-lhe a vida ou se operou com uma lanceta de bronze uma catarata e salvou-lhe o olho, receberá 10 ciclos de prata.*
>
> *Artigo 218: Se destruir o olho do homem, será castigado com a amputação da mão."*[22]
>
> *"§ 229 – Se um construtor edificou uma casa para um senhor, mas não conferiu a solidez da obra e a casa que construiu ruiu, e causou a morte do proprietário da casa, esse construtor receberá a morte".*[23] (Código de Hamurabi)
>
> "*Artigo 36: Se um cidadão dá em depósito seus bens a um depositário e sem que o muro da casa esteja perfurado, o montante da porta esteja perfurado e a janela esteja arrancada, os bens que deu em depósito se perderam, o alberguista deve indenizar com seus bens.*"[24] (Lei de Esňunna)
>
> "*Livro 8, Ley 243: Quando o campo haja sido devastado por culpa do rebanho de um mesmo pastor, ou quando não semeia em tempo conveniente, deve ser castigado cm uma multa igual ao décuplo do valor da parte do imposto que lhe cabe ao rei, se se perdeu por sua negligência, ou somente a metade dessa multa, se a culpa e dos seus assalariados, sem que ele haja sabido."* (Lei de Mannu)

Embora não seja possível afirmar com todas as letras que os reais enfoques das punições tenham tomado como base a análise objetiva das ações que lhes antecediam, certo é que o desenvolvimento humano não havia chegado, naquela época, a um nível de evolução capaz de conhecer o mecanismo da causalidade que ensejasse a responsabilidade civil. As relações sociais daquelas civilizações construíram-se sobre as mesmas bases da natureza, ou seja, imperava o princípio da retribuição pelo resultado[25].

---

[21]Tradução livre de trecho do texto extraído da obra de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 23.
[22]Tradução livre de trecho do texto extraído da obra de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 23.
[23]LISBOA, Roberto Senise. op. cit., p. 21, nota 15.
[24]Tradução livre de trecho do texto extraído da obra de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 23.
[25]Cf. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 22.

1.2. Direito Grego

O Direito Grego alimentou-se da cultura da vingança privada, transmitida durante séculos, e, tal como as civilizações primitivas, focava a responsabilidade civil no resultado dano e não na causa.

Curioso observar que, na Grécia, mais nítido que o mero desestimulo à prática de atos atentatórios à paz social, está o verdadeiro ideal inspirador das leis helênicas, na medida em que estavam os cidadãos gregos *"voltados, todos, para um sentimento conjugado de justiça"*[26].

Em que pese esse fim maior, não há como negar que *"a civilização grega concebeu a reparação do dano causado, com um sentido puramente objetivo e independentemente da violação de uma norma predeterminada"*[27]. Em outras palavras, a toda injúria, correspondia à obrigação de reparar, sem se perquirir a existência de culpa do agente[28].

Dentro desse contexto, também é possível encontrar outras previsões tidas por arcaicas, orbitadas por uma aura de misticismo e de religiosidade. É o que se denota da legitimidade atribuída ao ofendido para punir animais e até coisas inanimadas, caso o eventual dano sofrido fosse resultado deles diretamente:

> "*Indudablemente que la ελαεης διχη tenía carácter punitivo, de acuerdo com la tradición secular, pois siendo todo daño* iniuria*, la compensación se traducía en una pena, aunque de índole privada. Se concedia, por ejemplo, contra los perjuicios producidos por las personas o por los animales, haciéndose responsables a los dueños de éstos. En este último caso, e igualmente quando la lesión era originada por los objetos materiales, tendia a que el proprietario los entregase a los damnificados, quienes ejercían sobre ellos su vindicta"*[29].

---

[26]Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. op. cit., p. 43.
[27]Cf. LISBOA, Roberto Senise. op. cit., p. 25.
[28]Os autores não são uníssonos quanto a isso, como ressaltou COLOMBO: "*En las orígenes del derecho griego la injuria estava constituída por el solo* daño ocasionado injustamente, *aunque no se sabe a ciencia cierta si el derecho ático era en este tópico igual al romano de la Ley Aquillia o había reconocido la distinción entre los dos classes de culpa, contractual y extracontractual, independizando las respectivas aciones. Lo más probable es que tal independencia no haya existido nitidamente."* – COLOMBO, Leonardo A. op. cit., p. 61.
[29]Cf. COLOMBO, Leonardo A. op. cit., p. 63.

O Direito grego representou, portanto, um passo importante no avanço do pensamento jurídico sobre a responsabilidade civil, mas muito longe de ter um desenvolvimento tão acentuado quanto aquele observado no Direito Romano[30].

1.3. A Evolução do Pensamento Jurídico Acerca da Responsabilidade Civil

Nos primórdios da humanidade, a reparação civil, como já se viu, fundamentou-se na vingança privada sobre pessoas ou coisas, que o "*uso consagrou em regra jurídica*"[31], por meio da edição pelo Estado da Lei de Talião.

A esse sistema de penas brutais seguiu-se a "*autocomposição, inicialmente opcional e posteriormente compulsória, para se evitar a incidência da lei de talião*"[32]. Assim, em um primeiro momento, tanto o ofendido e, após, uma vez mais em razão da habitualidade do comportamento, quanto o Estado passam a perceber as vantagens de substituir a vingança pela composição material:

> *"La vida y el comercio de aquella sociedad incipiente pronto hicieron forzoso el cambio de artículos de primera necesidad, y a su manera se concibió igualmente el pago del daño en espécie o en moneda. Esto constituyó la composición, que era voluntária cuando el perjudicado determinaba personalmente la suma com que debía satisfacérsele el daño, y legal, cuando la autoridad del rey, o del director, o del* paterfamilias *era la que regulaba la indemnización."*[33]

---

[30]"*É bastante conhecida a divisão que H. Kenkle fez, dos povos, em* solares, crepusculares *e* planetários. *Os primeiros representam o lado diurno da humanidade; os segundos o lado dilucalar, matutino ou vespertino; os ultimos o lado nocturno. (...) Applicando a classificação de Kenkle ao caso particular da Grécia Jurídica, parece-nos que a civilisação helenica póde ser incluida no segundo membro da divisão. Na historia do direito a Grécia é uma nacionalidade* crepuscular*, isto é, de transição; não é creadora; é assimiladora, modificadora e transmissora. Confirma este modo de ver a seguinte phrase de Oliveira Martins: 'A Grécia é um turbilhão nervoso e cahotico`".* (MARTINS JÚNIOR, J. Izidoro. *Compendio de historia geral do direito.* Pernambuco: Livraria Contemporânea, 1898. p. 98. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/17217/1/Compendio_Historia_Geral_Direitopdf>. Acesso em: 31 set. 2008).

[31]DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. 3. tir. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p. 17.

[32]LISBOA, Roberto Senise. op. cit., p. 27.

[33]DURÁN TRUJILLO, Rafael. *Nociones de responsabilidad civil (contractual y delictuosa)*. Bogotá: Temis, 1957. p. 3.

O método de vingança privada representava, em última análise, não a reparação do dano, mas, sim, a existência de dois danos, o primeiro ocasionado pelo agente infrator e o segundo, pela própria vítima, sem que, com isso, houvesse qualquer tipo de restituição ao *status quo ante*[34]. Afinal de contas, como bem ressaltou JOSÉ DE AGUIAR DIAS[35], a "*causa geradora da responsabilidade*" não pode ser senão *"o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano"*.

Dentro desse contexto, o Direito romano galgou importantes passos, passando da simples divisão entre as obrigações *contractus* e *delictum* no direito quiritário, até a quadripartição em contrato, delito, quasi-contrato e quasi-delito do direito justinianeu, que, inclusive, serviu de inspiração e ainda é presente no Código Civil francês[36].

1.4. Direito Romano

Dentre os inúmeros legados que o Direito romano transmitiu para a civilização contemporânea, o desenvolvimento dos fundamentos da responsabilidade extracontratual talvez possa ser reputado como um dos mais importantes para o Direito Civil.

Era possível, desde o advento das Leis das XII Tábuas em Roma, verificar o estabelecimento de uma diferença entre os danos decorrentes de um delito público daqueles referentes ao âmbito privado. O Estado romano passa, então, a se preocupar cada vez menos com os delitos que, por sua gravidade, não afetam a ordem pública, transmitindo a faculdade da persecução dos danos para a vítima, quer seja por meio de uma vingança privada, ainda admitida, quer seja pela composição dos danos em pecúnia, estabelecida livremente pelas partes ou por somas fixadas na lei, sendo que esta, em última análise, não deixava de ser uma *pena privada*[37].

---

[34]MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações: 2. parte. 34. ed., rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva: 2003. v. 5, p. 447.

[35]DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 42.

[36]Cf. CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro.* 4. ed. rev. e aumen. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 255.

[37]Cf. MAZEAUD, Henri et al. *Tratado teórico y prático de la responsabilidad civil delictual y contractual.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961. t. 1, v. 2, p. 38-39.

Mas nem sempre foi assim em Roma. As inspirações do Direito grego[38] e da Lei do Talião permaneceram candentes, tanto que *"a responsabilidade civil no Direito romano tem seu ponto de partida na vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido"* [39].

Nesse contexto, transcorridos sessenta anos desde a instituição da República, em 450 a.C.[40], surgiu a Lei das XII Tábuas[41], em especial a tábua sétima ("Dos Delitos") em suas dezoito leis[42], não para estabelecer um princípio geral de responsabilidade, que era desconhecido, mas para delinear casos concretos. Essa lei era fruto do reclamo da plebe que lutava pelos seus direitos, tornou-se, pois, aplicável a todos, razão pela qual disciplinou as relações jurídicas do povo romano[43].

Embora haja certa controvérsia sobre uma incipiente introdução da idéia da culpa como elemento da responsabilidade civil no Império Romano[44], é certo que a Lei das XII Tábuas manteve, para alguns casos, a vingança privada[45], "*mas o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou excluí-la quando justificável*"[46].

---

[38] "*Em Roma, como na Grécia, encontramos as velhas crenças aricas sobre a morte e a alma, e como consequencia o culto aos mortos, o uso do fogo sagrado, a religião domestica, a família como instituição religiosa ao mesmo tempo que política; encontramos também as* curias*, equivalentes das* phratrias, *as* tribus, *e por fim a* Cidade *– associação de ordem político religiosa de ordem superior, confederação de tribus, que por sua vez eram confederações de cúrias, como estas eram de famílias. A* gens*, o patriciado, a clientella, a escravidão, são institutos grego-romanos. Dadas essas condições geraes é fácil comprehender que o primitivo direito privado dos romanos foi, semelhantemente ao dos gregos, um direito de caracter theologico e sagrado, fundado sobre o culto dos mortos e a organisação religiosa da família."* (MARTINS JÚNIOR, J. Izidoro. op. cit., p. 122).

[39] Cf. LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1963. p. 20.

[40] Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. op. cit., p. 321.

[41] "*Foi, portanto, a lei das XII Tábuas, além de uma* fonte de conhecimento, *a criadora extraordinàriamente fecunda do direito romano posterior, durante cerca de mil anos, até Justiniano (533 d.C., data da promulgação do Padectas). Se fizermos um estudo mais profundo das legislações modernas, remontando às suas origens justinianéias, vamos verificar que muitos dos institutos jurídicos que ainda hoje sobrevivem nas legilações civilizadas tiveram sua gênese na lei decenviral, promulgada cerca de cinco séculos antes de Cristo" in* MEIRA, Silvio A. B. *A Lei das XII Tábuas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 31.

[42] Confira-se a tradução dos fragmentos em: MEIRA, Silvio A. B. *História e fontes do direito romano.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 93-94.

[43] Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano.* 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 32-33; e, DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 18.

[44] "*A noção de culpa que se introduziu no direito romano,* (sic) *resultou pròpriamente do direito pretório e da jurisprudência que,* (sic) *mesmo da* lex Aquilia *na literalidade de seu contexto.*" *in* SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Ed. Bernardo Álvares, 1962. p. 45.

[45] "*Primitivamente aplicava-se a pena de Talião - ´olho por olho, dente por dente` -, baseada na vingança privada em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos. Os seus resquícios encontram-se na Lei das XII Tábuas. A Tábua VII, Lei 11ª* – De Delictis – *consagra-a com o seguinte texto:* ´Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.` *(Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo.)"* (*in* VARELLA, Helena Rosa. Responsabilidade civil por danos decorrentes das atividades nucleares. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 4, p. 69, ago./out. 1989).

[46] LIMA, Alvino. op. cit., p. 21.

A Lei do Talião passou, então, a ser aplicada em casos de lesão excepcional[47] e "*somente era considerada legítima se a vítima houvesse anteriormente se utilizado da* actio in factum *e o acusado tivesse se recusado comparecer em juízo (*latatio – contumacia in comparendo)"[48]. Tratou-se, então, de um marco na evolução da responsabilidade civil e da própria humanidade, pois as penas corporais seriam, então, pouco a pouco substituídas pelas composições pecuniárias tarifadas.

À medida que as relações sociais ganhavam contornos de sofisticação, a Lei da XII Tábuas mostrou-se pouco aplicável para aquelas hipóteses (*damnun injuria datum*) em que não havia propriamente um dano à pessoa, nem um furto de seus bens. Outro fator de decadência da Lei das XII Tábuas foi a fixação de penas pelo pretor peregrino, ao introduzir a *actio iniuriarum aestimatoria*, que encontrou suas origens no ideal de Justiça do Direito grego e no princípio *in bonum et eaquum*[49].

No intuito de preencher esse vazio legislativo, foi aprovada, por pleibiscito, a *Lex Aquilia*, que passou a consagrar a culpa como fundamento para a responsabilidade do causador do dano. Nos dizeres de JOSÉ DE AGUIAR DIAS[50], *"é na Lei Aquilia que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano*".

Mas também é fato que a *Lex Aquilia*, nos seus capítulos iniciais, estabelecia apenas responsabilidades decorrentes de casos muito peculiares, quais sejam, (i) a morte de um escravo ou de uma cabeça de gado; (ii) a remissão de dívidas por um *adstipulator* ; e, (iii) por feridas a um escravo ou a outro animal. Os jurisconsultos e o pretor tentaram dar uma interpretação mais elástica a essas hipóteses[51], donde surgiu a noção de *damnun*, ou

---

[47]Nesse sentido, confira-se BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980. p. 18.

[48]LISBOA, Roberto Senise. op. cit., p. 30. Ainda sobre esse assunto, a título exemplificativo, válido notar, a seguinte passagem: "*2. – Mutilado un miembro, si no hay transacción, impóngase al autor la pena del talión.3. – La (acción injuriarum) legítima de las XII Tablas impone una pena de 25 sextercios por injúria (lesión) a otro... y se lesiona un hueso con la mano o palo a un hombre libre, páguese trescientos, si es esclavo, 150 sextercios." in* COLOMBO, Leonardo A. op. cit., p. 65.

[49]LISBOA, Roberto Senise. op. cit., p. 43.

[50]DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 18.

[51]*"A* lex Aquilia, *consoante afirmativas da quase totalidade dos romanistas, experimentou, sob as causas apontadas, transformações substanciais através dos tempos. Restrita que era, de início, apenas aos danos inferidos* corpore corpori, *e aplicável tão sòmente* in factum, *alcançou, no direito justiniano, o máximo de amplitude, para dizer respeito a tôda e qualquer espécie de dano extracontratual e mesmo* non corpori. *E, ativa e passivamente, suas disposições, que eram consideradas do estrito* jus civile*, se distenderam, indo alcançar até mesmo os peregrinos, o que vem afirmado por ilustres romanistas e D.D. como,* v.g. *por HITZIG, PUGLIESE, DONATUTTI, KASER, MASHKE, LUZZATTO." in* SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 45.

seja, a repressão a um atentado material contra uma coisa ou uma pessoa[52]. Mesmo assim isso não parecia suficiente. A *Lex Aquilia* exigia muitas condicionantes para a satisfação do dano[53], tais como a cidadania romana, a propriedade da coisa deteriorada, o contato material entre o autor do dano e a coisa destruída (*corpore corpori datum*)[54], embora algumas delas fossem, na prática, contornadas pelo trabalho de exegese dos pretores romanos.

A despeito da edição da *Lex Aquilia,* há indícios de que a sociedade romana tenha previsto a obrigação objetiva de reparar certos tipos de danos, classificados, como quase delitos pelo Direito clássico. Exemplos podem ser encontrados nas Instituições de Gayo, no Digesto e nas Sentenças de Paulo[55], os quais guardam certa semelhança com algumas das disposições da lei civil brasileira atual[56].

---

[52]Cf. MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 40.

[53]*"Assim, há hipóteses em que não se aplica a Lei Aquília, visto que o dano não é* corpore corpori datum. *Desse modo, se um senhor prende o escravo a uma árvore, para castigá-lo e alguém, condoído, corta o laço que o amarra, deixando o preso fugir, não tem aplicação a Lei Aquília, porque se, por um lado, o dono perdeu o escravo, por outro lado, não houve um* damnum injuria datum. *Não houve* damnum corpori. *O corpo do escravo permanece ileso. Do mesmo modo, se um animal pasta na beira do rio e é assustado, propositalmente, por alguém que passa, não há* damnum injuria datum*, se o animal cai no rio e morre. O dano não foi causado* corpore*."* (*in* CRETELLA JÚNIOR, José. op. cit., p. 219-220).

[54]MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 40-41.

[55]Como outros exemplos, além daqueles consignados no texto, vejam-se "*INSTITUCIONES: IV, 3, ´*De lege aquiliae`, 4."; "*DIGESTO: (...) 19,5 ´*De praescriptis verbis e in factum actionibus, 14, § 13."; ou *"SENTENCIAE PAULUS: I, 15, 1 (*actiones noxales)." Cf. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 34-35.

[56]"*1º* Instituciones *IV, 5, ´*De obligationibus quae quase ex delecto nascuntur`, *1, que dice:*
Igualmente el que ocupa, ya como propietario, ya como inquilino, ya gratuitamente, uma habitación, desde donde se há arrojdo o derramado alguna cosa, que há causado perjuicio a otro, se reputa obligado por um cuasi delito; pues no puede decirse obligado precisamente por delito porque muchas veces se haya obligado por cultade outro, ya de sus esclavos ya de sus descedientes."
"2º Instituciones, IV, 9, ´Si quadrupes pauperiem dicitur`, pr. 1 D. 9, 1, ´si quadrupes pauperiem`, 1, 12 (Ulpiano), que dice: Respecto de los animales irracionales, si por lascívia, por fogisidade o por ferocidad cuasaren algún daño, la ley de las Doce Tablas estabeleció uma acción noxal para este caso (pues según esta ley, estos animales podrán ser dados em noxa por sus dueños, y así se librarán de la condena), por ejemplo, si un caballo ha coceado, o un buey acostumbrado a embestir, acometiese com las astas. Pero esta acción solo tiene lugar cuando este daño ha sido causado por excepción, y no siguiendo lo que acostumbran los animales de su especie, pues si son por naturaleza fieros, no hay acción..... Se llama pauperies (menoscabo) el daño causado sin mala intención del que lo hace; y no puede decirse que um animal hace daño injustamente, porque carece de razón. Esto por lo que se refiere a la acción noxal." Idem. Ibidem. p.36. Ainda sobre essas semelhanças, confira-se o seguinte trecho: *"Ulp. 38* ad ed.*, D. 47, 5, 1 pr. Dá-se ação contra aqueles que trabalhem com navios, estalagens ou estábulos se for dito que alguma coisa se fez objeto de furto por qualquer um daqueles os quais eles ali tiverem, quer o furto tenha sido cometido ou por obra ou por ordem do empresário ou daqueles que naquela nave estivessem para navegar."in* PÜSCHEL, Flavia Portella. *A responsabilidade por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. 2004. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 27. Sobre a responsabilidade dos *caupones*, dos *stabulari* e dos *nautae*, MARTIN-GRANIZO afirma que *"no es tampouco ilógico suponer, habida cuenta lo indicado al referirnos a las civilizaciones primitivas, que alguna de estas manifestaciones, como la relativa a la ´*responsabilidad` *de los ´*caupones` *y ´*stabulari`*así como a los ´*nautae`, *pudiera provenir de usos y costumbres orientales primitivas, especialmente de origen fenicio, sumerio y akkadiano"*. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 43.

Os romanos, ademais, sistematizaram outras figuras que desbordavam das obrigações vinculadas aos contratos e aos delitos propriamente ditos, ao que deram o nome de "quase-delitos" ou "quase-contratos". Os casos do *positum* e do *effusum* refletiam uma espécie de contravenção de perigo comum, cuja conseqüência era uma *poena* privada.

Passou-se a verificar, ademais, a dissociação do modelo clássico de culpa nas hipóteses de *positum et suspensum* e no *effusum et dejectum*, que consistiam na obrigação de reparar pelo lançamento ou derrame indevido de algo de uma habitação para a rua, desde que, nessa queda, resultasse prejuízo a outrem[57]. Também responderiam dessa maneira os donos de estalagens pelos bens recebidos em depósito dos viajantes, os proprietários de navios e por danos decorrentes de prepostos, familiares ou escravos[58].

Como outro exemplo da presença de indícios de responsabilidade objetiva na civilização romana pode-se, outrossim, verificar "*a obrigação do vendedor de garantir o comprador contra eventuais defeitos ou vícios ocultos da coisa vendida"*[59].

Válido de nota também o caso do *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* que representava, em verdade, um pacto entre os capitães de navio, hospedeiros e donos de estábulos, que se obrigavam pela incolumidade dos objetos que lhes eram confiados, mesmo se a eventual perda não resultasse de culpa ou dolo deles. Aliás, nem mesmo poderiam alegar caso fortuito. A única excludente de responsabilidade para quem recebesse esses bens em custódia seria, portanto, a força maior[60].

Assim, diante dos exemplos trazidos, ao que tudo indica, existiu, ainda que de maneira velada e sem os contornos (e a denominação) que hoje em dia parecem salientes[61], uma forma de responsabilidade objetiva no Direito romano[62], embora a culpa tenha se

---

[57]Semelhante à obrigação de reparar independente de culpa já prevista no artigo 1.529 do Código Civil brasileiro revogado.

[58]Cf. VIEIRA NETTO, J. R. *O risco e a imprevisão.* Curitiba: Lítero-Técnica, 1956. p. 31.

[59]Cf. POVEDA VELASCO, Ignacio M. *Compra e venda:* responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios no direito romano. 1990. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990. p. 24.

[60]Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. op. cit., p. 203.

[61]*"Desconheciam os romanos os cruciantes problemas dos tempos modernos, criados pela técnica progressitas fez inaugurar o império da máquina com tôdas as suas conseqüências econômicas, políticas, jurídicas. Já não mais se arroteia o solo como na época de Virgílio e os problemas das administrações das administrações de nossos tempos já não são, sem dúvida, os mesmos das administrações daqueles idos" in* SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 47.

[62]*"A teoria romana da* culpa*, inspirada na doutrina filosófica dos Gregos, foi formulada, sòmente, no fim da República, por MUCIUS SCAEVOLA, e desenvolvida durante os séculos posteriores por PAULO, ULPIANO, GAIO e outros intérpretes, e sobretudo pelos glosadores e pós-glosadores, mas principalmente*

tornado no Direito justinianeu o maior critério para atribuição de responsabilidade após a edição da *Lex Aquilia*[63].

1.5. Direito Medieval

Embora a evolução da Teoria da Culpa tenha se difundido durante a Alta e Baixa Idade Média, propalada pelos glosadores, pós-glosadores e humanistas, quando comentaram os textos legais romanos, percebe-se que, na alta Idade Média, continuou a existir a vingança privada como forma de reparação do dano.

Ignorava-se, àquela época, o elemento anímico da culpa, o que permitia ao particular imiscuir-se no papel que posteriormente competiria somente ao Estado, para aplicar a sanção ao prejuízo causado[64].

Esse era o caso, por exemplo, do que acontecia nos povos germânicos não-vizigóticos, nos quais prevalecia como regra geral a responsabilidade objetiva fundada na causalidade pura. Se por um lado não há como se afirmar, a fim de indicar as origens históricas dessa característica, que esses povos tenham sido contemporâneos das

---

*a respeito da responsabilidade contratual, sendo raras as suas aplicações à responsabilidade extracontratual (*culpa aquiliana*). Contudo, a culpa não ficou sendo, daí em diante, o fundamento exclusivo da responsabilidade; não era sequer um princípio geral. Pelo contrário, a* injúria *objectiva ou responsabilidade* sem culpa *continuou subsistindo em muitos casos, especialmente naqueles em que era admitida a* acção noxal*, ou seja, quando o dano era causado por animal, escravo ou filho-família, e a vítima, exigindo a responsabilidade à pessoa que tinha aquêles sob a sua* manus*, punhaesta pessoa na alternativa de, ou pagar a composição pecuniária, ou entregar o causador do dano (*abandono noxal*), para nêle ser exercida a vindicta. Nas acções noxais, esta alternativa era inelutável; e não se admitia qualquer discussão sôbre a* culpa in vigilando *do réu ou a culpa* in comittendo *do dono do escravo ou tutor do incapaz. Além disto, a responsabilidade objectiva era imposta na* actio de effusis et dejectis*, na* actio de positis et suspensis*, na* actio pauperie*, etc. e especialmente nas acções contra os* nautae*, os* caupones *e os* stabularii." (*in* GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil.* 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1957. v. 12, t. 2, p. 461).

[63]MARTIN-GRANIZO atribui aos compiladores, cujos entendimentos foram, posteriormente, ratificados pelos glosadores e pelos pós-glosadores, essa presunção de subjetivação das condutas, aptas a ensejar a responsabilidade civil. Segundo ele, entretanto, não há evidências concretas sobre isso nos textos pesquisados. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 42.

[64]COLOMBO aduziu que "d*ós épocas hay que admitir en él: una inicial, rústica, en que la ofensa injusta no estuvo regulada de outro modo que como lo estuvo en los albores de las instituciones gregas y orientales, y otra más adelantada, producto de un lento desarollo. La existencia del perjuicio era suficiente para dar nacimiento para la responsabilidad del agente, el cual debía purgala com la debida sanción, concretada en la venganza personal, o, algo después, en los sistemas de las compensaciones. La defensa privada sustituía a la acción del Estado, hasta que éste mitigó los procedimientos brutales e assumió una actitude más acorde con sus próprios fines, rectores del orden social"* (COLOMBO, Leonardo A. op. cit., p. 76).

civilizações babilônicas, indú, asíria ou hebréia, por outro também é pouco factível que os usos e os costumes tenham sido a causa do predomínio da responsabilidade sem culpa[65].

Seja como for, as leis dos povos que integraram o Império Meronvígio dos anos de 481 a 714 traz o critério objetivo da responsabilização como norteador da reparação dos danos, tal como as leis inglesas[66] de "*Hlothhaere y Earic",* para o *"Condado de Kent",* e com a *"Ley de Alfredo"*, dos anos de 871 a 901[67].

Em razão da geografia das movimentações dos povos que habitavam a Europa continental durante a Idade Média, a influência do Direito romano no Direito vizigodo verificou-se mais marcante, o que acabou por temperar a legislação com *"um sistema de caráter misto, acolhendo, a um tempo, a* composição *germânica e o critério penal dos romanos"*[68].

Já pelos idos do início do século XII em Portugal, por exemplo, era comum a regra de repressão a certas ilicitudes, naquela época tida apenas por *delitos*, com a pena de *intrare in fustem* ou entrar às varas. Tratava-se de uma composição traduzida em castigo corporal, pela fustigação com varas, sobre as costas do ofensor pelo próprio ofendido, mas que podia, em regra, ser substituída por pecúnia à escolha do réu[69].

Conforme ensina DEMOGUE[70], na França da segunda metade do século XII, fez-se mais clara a separação dos delitos penais dos civis, tanto que, ao homicida ou ao agressor, poderiam ser impostas uma pena corporal ou uma multa. Isso, de alguma maneira, acabou por reduzir ainda mais as aplicações da responsabilidade objetiva, em razão do redescobrimento dos fundamentos do Direito romano[71].

---

[65]Cf. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 48, nota 58.

[66]MARTIN-GRANIZO esclareceu: *"Por otra parte, no nos produce extrañeza la existencia de esta ´responsabilidad objetiva` en las aludidas leyes, y sí por el contrario, el escaso número de supuestos a que se alude HOLMES en las mismas, ya que las leyes inglesas de dicha época necesariamente hubieron de estar incluidas por las de los pueblos de origen germánico que invadieron las Islas, pubelos estos que como dice WIEACKER en ob. cit., pgs. 26-27, no se vieron influidos en sus costumbres ni en su Derecho por los romanos, o al menos no lo fueron em tan gran medida como aquellos otros que vivían en vecindad con Roma, razón por la cual no sería extraño que en su Derecho escrito o consuetudinario, no se conociera otra responsabilidad que la objetiva o por el resultado"* (FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 51, nota 60).

[67]FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 49-51.

[68]Cf. DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 21.

[69]Cf. MERÊA, Paulo. *Estudos de direito hispânico medieval*. Coimbra: Atlântida, 1953. t. 2, p. 195-205.

[70]*Apud* BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. op. cit., p. 33.

[71]*"As fontes de direito visigótico, sobretudo o* Liber Judicum *e a* Lex romana wisigothorum *vêm a ter grande importância na tradição jurídica européia. O primeiro no domínio do direito constitucional dos reinos espanhóis da alta idade média; a segunda, por ter mantido viva a tradição jurídica romana e conhecidos os seus textos durante o mesmo período (i.é., até se redescobrirem os textos do direito romano clássico, na sua versão justinianéia, no séc. XII)* (*in* HESPANHA, António Manuel. *História das instituições.* Coimbra: Almedina, 1982. p. 121).

É possível, contudo, encontrar outros exemplos (excepcionais) de responsabilidade objetiva na Baixa Idade Média no *Fuero Real*[72], vigente entre os anos de 1225 e de 1255, no qual prevalecia a responsabilidade fundada na culpa do ofensor[73].

Na Lei das Sete Partidas, que influenciou decisivamente o Direito ibérico atual, o critério culpabilista da responsabilidade civil encontra-se definitivamente arraigado no ordenamento jurídico, sem, contudo, em passagens esporádicas, deixar de prever a responsabilidade objetiva[74].

O Direito medieval, pois, ao revigorar o Direito romano[75] pelas vozes advindas das recém-criadas universidades, representou a continuidade da evolução do pensamento jurídico quanto à responsabilidade civil, ao restringir ou até expurgar penas cruéis de vingança privada[76], mas sem perder de vista a reparação objetiva[77] de algumas condutas ofensivas[78].

1.6. Idade Moderna e Contemporânea

A humanidade acelerou o ritmo de descobertas científicas e, com isso, começaram a aparecer inventos capazes de causar mal a verdadeiros inocentes. Essa preocupação de

---

[72]Conforme ensina Luiz Carlos de Azevedo, o *Fuero Real "se destinou a servir às cidades que não possuíam estatutos municipais ou viam mais perfeito e atualizado"* (AZEVEDO, Luiz Carlos de. op. cit., p. 152).

[73]"*Libro II, Tít. I, Ley, III (...): ´Como el señor debe responder por su siervo: e como no lo puede acusar al señor` (...) Libro III, Tít. XV, Ley III (...): ´Com el que rescibiere precio por guardar alguna cosa aunque se le pierda la debe dar`" in* FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 67, nota 73.

[74]"*La quarta es, quando la cosa es dada en guarda, principalmente por pro aque que la recibe em deposito, e non por el que la da: en qualquier destos casos, mager la cosa que es dada en condessijo, se pierda, o muera, o se empeore por ocasión, tenudo es aquel que la recibio em guarda, de la pechar a aquel que gela dio em condessijo, o em guarda, o a su heredero" in* FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 68, nota 75.

[75]COLOMBO, ao mencionar sobre a influência do Direito romano nos povos bárbaros, lembrou que"*más tarde, la influencia del derecho romano posterior a la Ley Aquilia se hizo sentir notablemente - ´nul le doit este puniz sanz colpe`, ´nul le doit perdre sai doiture sans colpe`, se lee en el* Libre de Iostice et Plet – *en todo el centro europeo, invirtendo el criterio apreciativo de certo hechos* contra ius *y colocándolos hasta entonces desconocida."* (COLOMBO, Leonardo A. op. cit., p. 77).

[76]Ao tratar da legislação penal no *Livro das Leis e Posturas*, que compilou leis promulgadas por vários reis da Casa de Borgonha, LUIZ CARLOS DE AZEVEDO lembra "*em primeiro lugar, a lei contra os ´que fazem assunadas`, isto é, contra aqueles que reuniam familiares, agregados e dependentes com o propósito de ´vexar alguém`, obtendo desforço pessoal em face do gravame recebido"* (AZEVEDO, Luiz Carlos de. op. cit., p. 173).

[77]*"Na Idade Média, a definição que, da culpa, nos foi ministrada por DONELLO, longe de se harmonizar com os postulados da doutrina subjetiva, parece que melhor conceitua a responsabilidade objetiva (...)". in* SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 51.

[78]AZEVEDO, Luiz Carlos de. op. cit., p. 183.

valorizar a vida ganhou mais fôlego com o movimento codificador impulsionado na França do século XVIII.

A partir da Revolução Industrial do século XVIII, com a introdução de pesadas máquinas a vapor nas linhas de produção de bens, que, até então, eram artesanais ou manufaturadas de modo mais ou menos rudimentar, teria sido o marco, na era moderna, do início da modificação do pensamento de uma parcela dos juristas acerca da responsabilidade civil, sobretudo na França[79].

É certo que o Código Civil Napoleônico não tratou expressamente sobre hipóteses de aplicação da teoria do risco à responsabilidade objetiva.

Mesmo assim, a transformação do enfoque individualista das relações jurídicas privadas, que antes eram orientadas pela ideologia das classes burguesas, para o coletivismo estabeleceu casos de presunção de culpa, nos quais o ônus da prova era sempre invertido. Com isso, pretendeu o legislador melhorar a situação da vítima, a quem incumbiria tão-somente a prova da relação de causa e efeito entre o ato do agente e o dano experimentado. Assim, a admissão da responsabilidade sem culpa em determinadas hipóteses foi personagem importante na história da evolução da teoria do risco aplicada ao novo estado das coisas. Difundiram essas idéias as importantes obras escritas na França, no final do século XIX e começo do século XX, por RAYMOND SALEILLES[80] e LOUIS JOSSERAND[81].

Como bem anotou CARLOS ROBERTO GONÇALVES[82], a teoria do risco firmou-se quando "*o direito francês, acabou por admitir, na responsabilidade complexa por fato das coisas, a chamada teoria da culpa na guarda",* a qual antes admitia a presunção *juris tantum* de culpa por parte do agente e passou a aceitar a presunção *juris et de jure*.

---

[79]FERNANDO NORONHA chegou até mesmo a afirmar que o *homo sapiens* somente passou por duas revoluções fundamentais: a neolítica (ou agrícola) e a industrial, sendo que esta representou o que chamou de *"domesticação da energia motriz"*, razão pela qual cresceram os números de demandas na mesma proporção dos riscos aos quais as pessoas estariam expostas. (Cf. NORONHA, Fernando. Desenvolvimento contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, ano 88, v. 761, p. 34-35, mar. 1999).

[80]*"Essai d´une théorie générale de l´obligation d´après le projet du Code allemande"* e *"Les accidents de travail et la responsabilité civile"*

[81]Pelas obras publicadas em Paris:*"De la responsabilité du fait des choses inanimées*", 1897; "*Cours de droit positif français"*, 1930; e, *"Évolutions et actualités*", 1936.

[82]Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit., p. 309.

Entretanto, uma lei específica foi promulgada na França, em 9 de abril de 1898, na qual adotou-se a teoria do risco-profissional, que impôs ao empregador o ônus de responsabilizar-se pelas atividades que os seus empregados exerciam em seu proveito[83].

Assim, a legislação sobre acidentes de trabalho passou representar um enorme avanço na prescindibilidade da demonstração da culpa ao risco pela atividade desenvolvida pelo patrão para caracterizar a sua responsabilidade civil por eventuais acidentes que os empregados viessem a sofrer durante os turnos de produção.

Esse incipiente resgate à objetivação da responsabilidade civil, a partir não mais da vingança privada, mas apenas para o fim de atender a uma reparação integral da vítima *inocente*, foi amplamente atacado por outra parte da doutrina, que, fiel à inderrogabilidade da culpa traduzida no Código Civil Napoleônico[84], passou a afirmar que tal pretensão representaria um retrocesso a um estágio histórico anterior a *Lex Aquilia*[85].

Era impossível, no entanto, deter a evolução do pensamento doutrinário no campo da teoria do risco, que era incessante. Ampliaram-se os casos de incidência da responsabilidade objetiva no campo contratual, principalmente no tocante aos fornecedores de serviços de transportes, tais como táxis, ônibus e trens, bastando à vítima a prova de que seu transportador não logrou êxito em entregá-la no destino sem qualquer dano.

Os doutrinadores identificariam, ainda, diferentes subespécies (ou modalidades) da teoria do risco, tais como do risco-proveito, que tem como fundamento o proveito obtido a partir das atividades arriscadas; do risco-profissional, que decorre da atividade ou profissão do lesado e é justamente aquela que fundamenta as reparações de acidentes de trabalho; a do risco-excepcional, que entende devida a reparação à vítima em razão de um risco

---

[83]Cf. SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 52; e, LISBOA, Roberto Senise. op. cit., p. 59. Também lembrando hipótese semelhante em nosso ordenamento jurídico, CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY ressalta o lento processo de transformação que passou a jurisprudência para admitir como presunção absoluta, isto é, sem admitir prova em contrário, a responsabilidade do patrão sobre os atos do empregado a partir da edição da Súmula 341 do E. Supremo Tribunal Federal ("É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto") (*in* GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. 2007. Tese (Livre Docente) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 103).

[84]Conforme ALVINO LIMA, *"o Código Civil francês, que é o padrão das legislações modernas e cuja influência nos Códigos Civis das nações cultas e nas legilações sem codificação, cada vez mais se estuda e se ressalta, seguindo a tradição de seu direito e os ensinamentos do DOMAT e POTHIER, proclamou, no preceito genérico do art. 1.382, a responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada" in* LIMA, Alvino. op. cit., p. 29.

[85]Cf. VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

incomum, tal como as atividades nucleares; a do risco-criado, que se assemelha à do risco profissional e a do proveito, mas, ao contrário desta última, não prescinde da obtenção da vantagem econômica para sua caracterização; e, a do risco-integral, que nem sequer é possível ao causador do dano argüir as excludentes clássicas de irresponsabilidade (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior).

O que se observa, em suma, é que as diferentes *modalidades* da teoria do risco, apesar de terem fundamentos distintos, têm um fim comum, em consonância com os princípios fundamentais da teoria do risco, qual seja impedir as distorções causadas pela eventual hipossuficiência dos lesados de demonstrar a culpa dos agentes causadores do dano.

No Brasil, dentre os autores, é possível citar ALVINO LIMA, com a sua obra *Culpa e Risco*, e WILSON MELLO DA SILVA, no livro *Responsabilidade Sem Culpa* como doutrinadores que contribuíram, de modo eloqüente, pela grandeza de suas obras, para a internação da teoria do risco (e, por óbvio, de suas diferentes modalidades).

Muito antes do advento do atual Código Civil brasileiro atual, que fez literal uma regra geral de incidência da teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva, leis especiais trataram da matéria, tais como o Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que versa sobre a responsabilidade das estradas de ferro; a Lei de Acidentes de Trabalho, de 1934; o Decreto nº 483, de 8 de junho de 1938, também conhecido como Código Brasileiro do Ar, que prevê a responsabilidade do dono da aeronave em caso de queda de objetos durante o vôo; a Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977, que dispõe sobre a responsabilidade em atividades nucleares; a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que versa sobre a proteção ao meio ambiente e a reparação aos danos a ele ocasionados; e, mais recentemente, a Lei nº 8.078, 11 de setembro de 1990, que aborda a responsabilidade objetiva dos fabricantes de produtos e fornecedores de serviços[86].

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA[87], ao referir-se sobre a evolução do Direito Civil, salientou que "*depois de 1916, os acontecimentos alteraram profundamente a face social do mundo, exigindo do jurisconsulto a sua atuação em obediência ao imperativo de afeiçoar o direito positivo às exigências do momento*." E o Código Civil brasileiro,

---

[86]Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit., p. 312.
[87]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p. 58.

promulgado em 10 de janeiro de 2002, inspirado no Código Civil italiano[88], coroou, de uma vez por todas, a adoção da teoria do risco para certas hipóteses de reparação civil, quando previu que "*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*" (parágrafo único do artigo 927).

[88]Cf. BITTAR, Carlos Alberto. op. cit., p. 91.

CAPÍTULO 2. OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

2.1. A culpa como único e tradicional elemento da responsabilidade civil

Como vimos no capítulo anterior, a culpa passou a ganhar relevos mais importantes a partir do desenvolvimento da idéia da responsabilidade civil do causador do dano pelo Direito romano[89].

Em Roma, tal como expusemos, até mesmo a culpa levíssima[90] era capaz de gerar reparação ao ofendido, pois, conforme o brocardo, de discutível autenticidade sobre sua origem[91], se por reprodução fiel do texto ou por fruto da interpolação, *in lege Aquilia et levissima culpa venit*.

Já os irmãos MAZEAUD[92], embora enunciassem que a gradação de culpa ostentava uma importância muito mais teórica, já que, na prática, o relevante parecia ser a aplicação

---

[89] *"Eis, em traços gerais, como se operou a evolução do instituto da responsabilidade civil extracontratual: iniciada pela vingança, ascende à composição pecuniária, sem cuidar da culpabilidade, que aparece como a expressão máxima da influência da regra moral no Direito, na época clássica do Direto romano, para se corporificar em leis no Direito justinianeu. E a despeito dos ensinamentos do direito estatutário e da escola jusnaturalista, descambando para a responsabilidade sem culpa, o Código Civil francês seguiu a tradição de seu antigo Direito; proclamava a responsabilidade sob o fundamento da culpa e talhava, assim, no artigo 1.382 de seu grande Código Civil, a pedra angular de toda a legislação sôbre a responsabilidade decorrente do ato lesivo"* (LIMA, Alvino. op. cit., p. 44).

[90] *"L´on sait que la conception Du droit justinien est régie par l´idée que l´individu, dans ses rapports contractuels et non-contractuels, n´est responsible que de sa propre faute, qui est établie lorsque celui-ci contrevient à ses obligations, contractuelles ou légales, d´une façon consiente (dolo malo) ou bien omettant d´appliquer, lor de sés actes, le zele (diligentia) qu´aurait déployé, em pareil cas, um bom père de famille ideal (culpa in abstracto), ou, par execption, le zèle qu Il avait l´habitude d´appliquer dans sés propers affaires (diligentia quam suis – culpa in concreto). Si, au surplus, dabs de rares exceptions (par suíte de dispositions législatives particulières), Il arrive qu´un débiteur soit responsable même du casus (...), Il NE peut s´agir là que d une règle execptionnelle qui non est producendum ad consequentias.*" (MARTON, G. *Les fondements de la responsabilié civile*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938. p. 8-9).

[91] *"Il arriva, cependant, récemment que la théorie traditionnelle eut le malheur de voir la légitimité de sa descendance classique contestée par la science la plus moder du droit romain , celle des recherches d´interpolations."* MARTON, G. op. cit., p. 83.

[92] *"Por eso se vê que algunas de lãs disposiciones um poco generales del derecho romano, en materia de responsabilidad, le hacen algún lugar a esta noción nueva. Sin embargo, la ley Aquilia no exige todavía La culpa del autor del daño: precisa tan solo que exista damnun injuria datum, o sea, um daño causado sin que la ley autorice a cometerlo; por exemplo, um homicídio cometido sin haber sido agredido. Fueran tan solo los jurisconsultos de fines de la República, entre otros QUINTO MUCIO ESCÉVOLA, los que, por influencia de las ideas griegas dedujeron la concpción, que se hizo famosa, la culpa aquiliana:* Imputnitus

das sanções privadas, salientavam, sobre esse ponto, que a República Romana, influenciada pelas idéias gregas, fez aflorar a noção de culpa extracontratual, distinguindo-se a reparação de uma sanção penal, sem, contudo, permitir que a noção de responsabilidade civil fosse extraída em um conceito único e geral.

Seja como for, esses ensinamentos legados às civilizações que sucederam os romanos colocaram a culpa, portanto, no epicentro da responsabilidade civil. Em outras palavras, não existia mais uma responsabilização do ofensor por um evento danoso, caso não fosse possível a aferição de sua culpa[93].

Foi no Código Civil francês, interpretado à exaustão por seu ineditismo, que a idéia de imprescindibilidade da culpa para responsabilidade civil torna-se mais arraigada na cultura ocidental. Revelou-se difícil dissociar as cargas objetivas e subjetivas que a palavra *faute* assumiu em diferentes passagens do *codex* francês[94]. Essa distinção, por sua vez, seria um dos motivos de crítica da culpa como fundamento da responsabilidade civil, como se verá mais adiante.

Mas, por ora, talvez seja necessário tentar responder a uma das mais tormentosas questões sobre a culpa: sua definição. Até mesmo para, posteriormente, termos condições suficientes de *abandoná-la*, a fim de permitir que a responsabilidade civil se concretize independentemente de sua caracterização ou aferição, isto é, a partir da teoria do risco que é o tema do nosso trabalho.

Aliás, é bom que se saliente que não pretendemos aqui esgotar o assunto da culpa[95], que gerou (e ainda fomenta) acalorados debates, pois, como é sabido, nosso enfoque é

---

est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnun committit (GAYO, 3. 211). La palabra injuria se convertió em sinónima de culpa". MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 43.

[93]Conforme BERTRAND DE GREUILLE: *"Todo individuo es garante de su hecho; es ésta una de las primeras máximas de la sociedad,de donde se sigue que, se ese hecho causa alguún daño a otro, es preciso que esté obligado a repararlo aquel por cuya culpa se haya ocasionado" Apud* MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 43.

[94]*"O Código francês consegue assegurar, com seus artigos breves, precisos, proteção muito mais completa que os prolixos e minuciosos dispositivos do Código alemão, que ocupam o centro, entre os preceitos da doutrina tradicional e as exigências da vida econômica. Em compensação, porém, é chocante a maneira por que a massa dos doutrinadores resiste, fiel às idéias hereditárias, contra aqueles dois elementos construtivos do direito, não querendo aceitar senão a culpa como princípio natural e legítimo da responsabilidade civil.Essa interpretação errônea se deve ao uso ambíguo, mais ou menos consciente, dos dois sentidos da palavra* faute *(senso objetivo: infração à maneira de agir de um tipo-modelo determinado; e senso subjetivo: censura moral imputável ao agente), e nesse equívoco incorre o próprio legislador"* (DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 45).

[95]*"La culpa es una instituición en si; da nascimiento á la obligación de responder de la injuria cometida, y esta se resuelve en la reparación de daño verificado, ó que necesariamente deberá verificarse á concuencia del acto culposo. Efecto de la culpa es la* responsabilidad *que implica el resarcimiento"* (*in* CHIRONI, G. P. *La culpa en el derecho civil moderno.* Madrid: Hijos de Reus. 1907. p. 23).

outro, qual seja, a responsabilidade civil objetiva. Mas entendemos imprescindível traçar as linhas gerais do tema, uma vez que, sem conhecer a culpa, não será possível criticá-la, a ponto de defendermos o risco como melhor fundamento para a imputação de responsabilidade civil dos causadores de danos em determinadas situações peculiares.

Antes de tudo, é importante ressaltar que não há no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo se compulsado o Código Civil revogado de 1916, uma definição legal sobre o que seja a culpa. A despeito desse fato, o Código Civil em vigor sustenta que a responsabilidade civil somente existe, via de regra, nas hipóteses em que esteja presente a culpa do agente, conforme preconiza o artigo 186 daquele diploma.

Nessa linha de pensamento e aproveitando o ensejo, ressalte-se que, desde logo, que filiamo-nos à corrente[96] que, sem contar as exceções previstas em lei, é defensora da culpa como o principal requisito de responsabilização civil do agente no Código Civil brasileiro, embora existam autorizadas vozes em contrário[97]. Mesmo porque, como bem lembra FRANCISCO AMARAL[98], a culpa, no Direito pátrio, consegue abraçar um número muito maior de casos do que aqueles previstos para a responsabilidade objetiva (parágrafo único do artigo 927 do Código Civil), que não permite, ainda hoje, uma interpretação transborde os limites impostos pela lei ao julgador.

---

[96]Tal como sustentou JOSÉ DE AGUIAR DIAS, ao mesmo tempo em que faz dura crítica ao texto do Código Civil brasileiro revogado, o que demonstra que, em princípio, andou bem o legislador ao instituir o parágrafo único do artigo 927 do atual diploma: *"O nosso direito, em tese, adota o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade. Entretanto,não se filiou, decisivamente, nem a um nem a outro dos sistemas, já apreciados. Aliás, o princípio influe nessa instabilidade, porque a sua insuficiência está, a cada passo, em qualquer dos sistemas, impondo temperamento, exceções, derivações, que o inutilizam como regra fundamental. (...) É conveniente ponderar que, naquilo em que não seguiu a orientação moderna, o nosso legislador ficou extremamente aquém das conquistas do direito da responsabilidade. Nele, predomina o critério da culpa, e nas suas exigências mais retrógradas, porque as presunções que se admitem não alcançam a extensão com que, na maioria das legislações modernas se procurou facilitar, aliás pouco cientificamente, em proveito do prejudicado, a caracterização da culpa"* (in DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 47).

[97]Confira-se a palestra proferida pelo Professor Gustavo Tepedino durante o IV Fórum Brasil de Direito, em 30.5.2003, em Salvador, no Estado da Bahia, ocasião em que defendeu que o Código Civil estipulou um sistema dualista de responsabilização: ora subjetivista, ora objetivista. SÉRGIO CAVALIERI FILHO, por seu turno, defende que o Código Civil brasileiro atual adotou o sistema objetivista como prevalente (Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. *Revista da EMERJ,* Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 30-46, 2003).

[98]AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *O novo Código Civil*: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 147-163.

Outro não era o pensamento, ainda luminoso para os dias atuais, do mestre ALVINO LIMA[99], que também proclamava a coexistência da culpa e do risco em sua clássica monografia sobre o tema já nos idos do final da década de trinta do século passado e de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA[100], no primeiro volume de suas *Instituições de Direito Civil*, editada antes do advento do atual Código Civil.

Seja como for, de acordo com RUI STOCO[101], a culpa (*stricto sensu*) se traduz em "*um comportamento equivocado*" do agente, que, sem intenção de ocasionar o dano ou agir contra a expressa vedação ou determinação do ordenamento jurídico, poderia ter tomado uma atitude diferente, a fim de evitar o resultado. Esse *"comportamento*", prossegue o mestre, pode ser representado em uma ação ou uma omissão, fundadas em imprudências (*"comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo"*), negligências (*"deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo"*) ou imperícias (ocasionada por profissionais *"sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano*"). Ou, para simplesmente resumir, a culpa seria, "um erro de conduta, um desvio da normalidade no agir ou abster-se"[102].

O que se percebe, portanto, dessas definições é que a culpa adquiriu para o Direito Civil uma noção muito mais objetivista[103] do que aquela que os doutrinadores franceses perceberam ao comentar o Código Civil francês, já que, as infrações consideradas relevantes para a responsabilidade civil demandam um desvio de conduta do agente, mensurado a partir de critérios definidos em lei, ou seja, um ilícito civil que prejudique um direito de outrem, seja ele um indivíduo apenas, um grupo ou uma coletividade.

---

[99]"*Ambas, porém, continuarão a subsistir, como fôrças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam exterminar ou se confundi, fundamentando, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos lesados."* (*in* LIMA, Alvino. op. cit., p. 45)

[100]*"A teoria* [do risco] não substitui a da culpa, porém deve viver ao seu lado." (*in* PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., v. 1, p. 422).

[101]STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 130.

[102]LIMA, Alvino. op. cit., p. 58.

[103]"*A apreciação* in abstracto *da culpa já introduz na responsabilidade civil subjetiva um elemento fortemente objetivo, em larga medida incompatível com o tradicional princípio ético-jurídico da responsabilidade só por culpa (...). É esta tendência no sentido da objetivação da resonsabilidade que se acentua, na responsabilidade pelo risco"* (*in* NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressistematização. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 17, n. 64, p. 25, abr./jun. 1993).

É dizer: a psique daquele que lesiona outrem não é perquirida para uma consideração do quantum a ser reparado, bastando a sua intenção (dolo) ou a negligência, imprudência ou imperícia (culpa *stricto sensu*)[104]. Veja-se, por exemplo, que esse foi também o intuito de legislador, pois o artigo 944 do Código Civil brasileiro enuncia que a indenização será medida pela extensão do dano. Caso não quisesse dessa maneira o legislador, poderia ter estabelecido outro critério geral, mas se assim não o fez, não cabe ao intérprete fazê-lo de modo distinto. Eis aí a percepção da culpa no sentido abstrato, isto é, sem levar em conta os aspectos pessoais de cada um dos indivíduos[105].

Cotidianamente, é possível a aferição de culpa em sentido abstrato. Veja-se o exemplo de um ciclista. Pouco importa se ele é o melhor ou o pior na atividade que desenvolve, mas todos aqueles que estão à sua volta esperam que ele haja de modo coincidente com certo grau de prudência e diligência de um ciclista qualquer, ordinário, comum. Faltando-lhe esses requisitos e, conseqüentemente, acarretando um dano a um terceiro, nada importará se ele não sabia apenas pedalar de modo correto ou se fora um dos campeões olímpicos de sua categoria, pois a culpa estará presente (avaliação em abstrato) e será devida uma indenização correspondente.

---

[104]Ao mesmo tempo explicando e criticando a objetivação da culpa, G. MARTON assim escreveu: *"La mesure fixe et invariable du bon père de famille (= l´homme observant le soin désirable dans la vie des affaires), ne tenant aucun compte des facultés personnelles de l´auteurdu dommage, ser justement, dans l´esprit de la grande majorité des auterus allemands aux fins de donner à la victime et au juge un modèle permettant une comparaison, et à l´aide duquel ils sont a même de déterminer si l´attitude du défendeur (auteur du dommage) a ou non correpondu, dans la cause donnée, pour le moins à la manière de procéder typique dans la société. En effet, on comprend aisément la nécéssité pour le législateur de fixer un minimum, un procédé typique, qui devrait pouvoir être exigé de tous. Car, on peut fort bien s´imaginer l íncertitude qui naîtrat, si le législateur admettait, à titre d´exonération, l´appel aux facultés individuelles ne pouvant être vérifiées: on ne saurait plus alor se baser sur aucune attitude habituelle dan la société, ce serait un désarroi total, un défatue complet de crédit qui régneraient dans le rapports contractuels et non-contractuels. Mais de l´autre côté, comme nous l´avons vu, cette mesure objective détruit et discrédite le princpe même sur lequel la doctrine croyait pouvoir édifier son système, sans pouvoir, en même temps, procurer au système la certitude désirée, en éliminant les doutes naissant autour de la preuve de la faute. Car, nous le verrons plus tard, le type du bon père de famille ne suffit point pour le fair. – Je ne saurais y voir que l´indice inéniable de l´insuffisance du principe même."* MARTON, G. op. cit., p. 5-6).

[105]*"Para êles* [irmãos MAZEAUD] *a apreciação da culpa* in abstracto *leva-nos à distinção da culpa em objetiva e subjetiva, sendo indispensável distingui-las, a fim de evitar o abuso destas expressões. Há na teoria da responsabilidade uma concepção objetiva que se distingue, por não exige a culpa como elemento integrador da responsabilidade: é a teoria do risco. É objetiva no sentido de não apreciar a conduta do autor do dano, visto como qualquer conduta autoriza a responsabilidade. Em oposição a esta teoria se coloca a doutrina dos que apreciam a culpa* in concreto *e só proclamam a responsabilidade havendo culpa moral; é concepção puramente subjetiva. Entre estas duas teses excessivas coloca-se a teoria exata – a da culpa objetiva. É objetiva em oposição à apreciação da culpa* in concreto, *porque não considera o lado psicológico do agente, mas compara a conduta do autor do dano a um tipo abstrato, o* bonus pater familas, *que deve ser colocado nas mesmas circunstâncias externas do autor do ato. A conduta do agente não é, conseqüentemente, encarada através da sua personalidade, das suas condições, ou seja,* in concreto*, mas o juiz terá em conta as circunstâncias não pessoais do autor, as suas particularidades psíquicas ou morais, porque tais circunstâncias são internas em relação ao agente do ato danoso." in* LIMA, Alvino. op. cit., p. 68-69.

Essa visão objetivista da culpa trouxe à tona uma discussão doutrinária sobre uma falsa carga subjetiva da culpa. Isso porque, diziam os críticos, como DEMOGUE[106], que, se não havia uma valoração da conduta do agente que levasse em conta o que pensava na hora do fato, sua real intenção, seu passado, sua história, não seria possível atribuir um caráter pessoal à sua conduta, mas simplesmente uma posição cartesiana do Direito[107], o que faz crer que, "*se era necessária culpa para estabelecer a responsabilidade, qualquer culpa era suficiente*"[108].

Sobre esse aspecto bem observou ORLANDO GOMES[109] ao afirmar que a apreciação da culpa *in abstracto "não passa de um meio tôsco de objetivação de responsabilidade, pois que, rigorosamente, esta não é subjetiva"*.

Em outras palavras, já não era mais possível admitir como verdade absoluta a máxima exposta por VON IHERING[110], na qual *"sem culpa, nenhuma reparação"*.

2.2. Evolução das idéias sobre a culpa como pressuposto da responsabilidade civil

2.2.1. Contribuições do Direito Germânico

Muito antes do advento do Código Civil francês e da consagração da teoria do risco pelas mentes dos renomados doutrinadores LOUIS JOSSERAND e RAYMOND SALLEILES, a responsabilidade civil foi o palco de um fórum de discussões

---

[106]"*Il fault avouer que la responsabilité* in abstracto *est contraire au point de départ de la théorie subjective de la responsabilité. S´étante placée nettement au point de vue de l´auteur elle se refuse à s´y placer jusqu´au bout fait ici une concession à la théorie objective de la responsabilité."* (DEMOGUE, René. *Traite des obligations en general*: sources des obligations. Paris: Librarie Arthur Rousseau, 1923. t. 3, p. 426).

[107]Conforme ALVINO LIMA, "*a doutrina dos irmãos MAZEAUD, exposta no seu notável tratado sobre a responsabilidade civil, é, sem dúvida, a negação completa do conceito tradicional da culpa. Depois de passar em revista e criticar várias noções de culpa, os ilustres escritores negam a necessidade da imputabilidade moral como elemento da culpa. Para eles a apreciação da culpa* in abstracto *leva-nos à distinção da culpa em objetiva e subjetiva, sendo indispensável distingui-las a fim de evitar o abuso destas expressões. Há na teoria da responsabilidade uma concepção objetiva que se distingue, por não exige a culpa como elemento integrador da responsabilidade: é a teoria do risco. É objetiva no sentido de não apreciar a conduta do autor do dano, visto como qualquer conduta autoriza a responsabilidade"* (*in* LIMA, Alvino. op. cit., p. 68).

[108]Cf. DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 58.

[109]GOMES, Orlando. Culpa x risco. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, n. 83, p. 383, set. 1940.

[110]DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 43.

intermináveis, sobretudo por conta das transformações que o homem imprimia ao mundo[111].

De acordo com MARTON[112], no século XVIII, surgiram os primeiros representantes conscientes da idéia de que o autor de um dano deveria ser declarado responsável, sem que lhe pudesse ser imposta uma culpa, contrariamente à concepção romana dominante. De acordo com esse autor, as vozes de THOMASIUS e HEINECCIUS, pertencentes à escola de Direito Natural, teriam sido as verdadeiras precursoras da idéia da responsabilidade objetiva ao estabelecê-la para as pessoas sem discernimento, a partir do conceito de que o autor do dano deve responder pelo ato independentemente de culpa[113]. Esse movimento chegou a ganhar algum fôlego na Alemanha[114], tanto que esse país passou a adotar o princípio da responsabilidade das pessoas incapazes. Entretanto, tais ideologias acabaram perdendo força com a propagação das idéias romanas em toda a Europa, ao longo do século XIX.

Em um campo, *a priori*, distinto daquele que repousa o Direito Civil, o Direito Penal deixou importantes legados em contribuições indiretas à responsabilidade civil, em virtude das idéias que antecederam a elaboração do Código Penal francês.

MARTON[115] observa que foi no Direito Penal, com KARL BINDING, que surgiu uma importante contribuição para a matéria de responsabilidade civil, na medida em que se ocupou de uma análise da teoria geral do Direito, na obra intitulada *"Die Normen und ihre Übertretung"*. A ocorrência de um dano seria o fato constituinte do princípio fundamental

---

[111] *"A responsabilidade sem culpa, que remonta às origens do direito romano, fôra no direito civil moderno preconizada, muito antes de SALEILLES e JOSSERAND, na Áustria por UNGER, na Alemanha por MERKEL, BINDING, KLÖPPEL, BARON, MATAJA e outros (...)"*. (*in* GONÇALVES, Luiz da Cunha. op. cit., p. 488).

[112] MARTON, G. op. cit., p. 59.

[113] Acrescenta WILSON DE MELO DA SILVA: *"É certo que Thomasius e Heineccius andaram a divergir um tanto ou quanto de seus coevos PUFENDORFF, GROCIUS, TOMASIUS e outros mais. Mas tais divergências, no fundo, parecem não ter ido muito além da harmonização que pretenderam alguns dêles estabelecer entre os danos* ex-maleficio *e os critérios adotados pelos romanos na fixação do* damnun aquilianum. *HEINECCIUS, com vistas a isso, chegou mesmo a escrever, nas suas* Recitações*, que entre a noção de delito, por êle formulada e por êle defendida e aquela outra dos romanos, ia a mesma diferença que se medeia entre o quadrúpede e ...* (sic) *a av, pelo que não se podia confundir jamais a ação* ex-aequitate *por êle advogada, com a ação* ex-delito *do direito romano. No fundo, porém, como põe de relevo PEIRANO FACIO, as diferenças entre todos êles, jusnaturalistas, são apenas, às vezes de forma, e, nunca de substância. Em verdade todos acolhem os mesmos tradicionais princípios no que tange ao dano que, no dizer de um dêles, ou seja, de PUFENDORFF, sempre impôs a seu autor a obrigação de reparar, uma vez que oriundo do ilícito e da culpa" in* SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 52-53.

[114] JOSÉ DE AGUIAR DIAS compartilhou com MARTON a primazia da doutrina germânica em matéria de responsabilidade objetiva (*in* DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 57).

[115] MARTON, G. op. cit., p. 61.

de todas as obrigações de reparar, por haver o infrator desobedecido um comportamento imposto pelo Estado, donde surge, para o próprio Estado, o direito de punir. Eis aí o princípio da causa ou *"principe de causalité"* criado por KARL BINDING ("*Verursachungs ou Veranlassungspinzip*"). Embora possa se dizer que essa teoria represente, a partir da visão atual, tão-somente *a punição por ela mesma*, fato é que essa teoria representou um verdadeiro avanço no desapego da culpa enaltecida desde os tempos da *Lex Aquilia*.

Já na França, antes do advento do Código Penal daquela nação, as idéias sobre a pena aplicada ao indivíduo estavam ligadas ao castigo que deveria sofrer o criminoso, em razão de uma dívida que ele tinha para com a sociedade. A responsabilidade penal estava, pois, adstrita à idéia de culpa, o que seria, então, o seu único ponto de contato com a responsabilidade civil, já que no Direito Penal, a culpa seria avaliada *in concreto*, enquanto que, no Direito Civil, *in abstrato*[116].

A partir de 1880, entretanto, surgem, ainda no âmbito do Direito Penal, alguns teóricos que passam a refletir com mais profundidade sobre a responsabilidade dos indivíduos. Empenhados nisso estavam FERRI[117] e TARGET[118], posteriormente seguidos pela Escola Positivista Italiana, que enunciavam que a pena aplicada ao delinqüente não teria como finalidade última o castigo do ato individualmente considerado, mas, sim, a defesa da sociedade contra os riscos latentes dos criminosos, sendo o juiz o responsável pela aplicação da pena, segundo uma maior ou menor gravidade do crime, a qual deveria ser desprovida de uma consideração subjetiva do agente[119].

A despeito das críticas que possam ser desferidas sobre a eficácia do pensamento levado a cabo por FERRI e TARGET, ante a premente necessidade de recuperar o indivíduo para reintegrá-lo à sociedade, a influência dessa teoria para o Direito Civil foi enorme, verdadeiramente uma *data memorável*, pois trouxe à lume a idéia de que o risco poderia ocupar o lugar que a culpa ocupava na responsabilidade civil até aquele momento,

---

[116]Cf. MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 76.

[117]*"FERRI partira do homem social e não do homem dos jusnaturalistas, destinado a viver nos espaços siderais. E por isso mesmo, por haver chegado aos extremos de estabelecer a absoluta preponderância do coletivo sôbre o individual, de estranhar-se não é que tivesse admitido tão avançadas conseqüências. Sua doutrina, como dizem os irmãos MAZEAUD, era brutal e, por isso mesmo, não logrou, no direito penal, a pela expansão que se pudesse, dela, esperar." in* SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 54.

[118]*"La necesidad de la pena es la finalidade de ley; pero que los criminales se mide, pues, no tanto por la perversidad que anuncian como por los peligros que entrañan." in* LOCRÉ. tomo XXIX, p. 277, n° 40, *apud* MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 76.

[119]Cf. MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 84.

embora houvesse uma enorme resistência dado a feição individualista que existia por toda a Europa naquela época[120].

MARTON[121] ressaltou, ainda, os pensamentos de GIACOMO VENEZIAN[122], professor da região da Bologna, que, embora tenha sofrido do mesmo *mal* que acometeu KARL BINDING, qual seja, o de procurar desesperadamente pelos motivos da responsabilidade objetiva, não foi menos importante para o desenvolvimento dos fundamentos do que se chama hoje de teoria do risco.

GIACOMO VENEZIAN[123], também sob a influência da Escola Positivista Italiana de Direito Penal, entendeu que o ressarcimento teria lugar no próprio ato ilícito ou o que ele chamou de *torto*. Não dependeria da vontade ou da consciência do agente ou da sua força, bastaria o nexo causal existente entre o dano e o fato. Se ele (agente) ou todos os movimentos de sua atividade produzissem um dano a terceiro, deveria ser ele obrigado a reparar[124].

HENRI LALOU[125], por outro lado, sem cogitar claramente os nomes desses ilustres doutrinadores recém-citados, lembrava que atividades quotidianas e tida como lícitas, se levadas ao extremo das teorias defendidas pelo Direito Penal, tornaria a vida diária absolutamente insuportável, pois a tudo e a todos, mesmo em atividades reputadas lícitas e autorizadas, poder-se-ia imputar um desfavor de um indivíduo em detrimento de outro.

---

[120] *"En la actualidad se difunde en Francia una teoría objetiva de la responsabilidad civil que, apoyándose sebre esa misma idea introducida por mí* [FERRI] *en la teoría de la responsabilidad penal, de que esta responsabilidad es independiente de la culpa, confirma la razón común de la responsabilidad civil y penal... En la esfera jurídicocriminal, como en la esfera jurídicocivil, todo hombre, siempre y en cada reacción social correspondiente: por consiguiente, experimenta siempra las consecuencias naturales y sociales de sus propios actos, de los que es responsable, por el solo hecho de que los ha realizado" in* MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 86.

[121] MARTON, G. op. cit., p. 170 e ss.

[122] Confira-se sobre esse autor a crítica exposta por RENÉ DEMOGUE (*in* op. cit., p. 455-456).

[123] *Apud* MARTON, G. op. cit., p. 171.

[124] Cf. LIMA, Alvino. op. cit., 49.

[125] *"Mais sommes-nous tenus de réparer tout dommage à propos duquel un simple rapport de causalité pourrait être établi contre nous, nos subordonnés ou nos biens? Résoudre cette question par l´affirmative rendrait la vie intenable, car il n´est pas nécessaire de réfléchir bien longtemps pour constater que nous causons à chaque instant dommage à autrui. Le commerçant mieux achalandé nuit à ses concurrents; le citoyen en quête d´un logement qui, par ses relations avec le proprieètaire d´un immeuble contenant un appartement vacant, obtient la préférence, nuit au père de famille victime de la crise du logement (...) etc. Tous ces actes, cependant dommageables, sont-ils de nature à engager la responsabilité civile de ceux de qui ils émanent? Dans les exemples cités, le dommage causé ne peut pas faire naître une responsabilité civile, parce que les auteurs de dommages ont agi suivant leur droit. (...) Les droits de chacun ont, en effet, une limite. et cette leimite ne peut avoir été fixée que par la loi ou par un contrat,. Excéder cette limite engendre, en cas de préjudice, une responsabilité civile." in* LALOU, Henri. *La responsabilité civile*. 10. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1932. p. 2-3.

2.2.1.1. Princípio do Interesse Ativo

As bases desse princípio, remontam o Direito Romano, pela máxima "*cuius commodum, eius periculum"* [126], e teve sua primeira voz mais eloqüente na pessoa do professor austríaco VITOR MATAJA, para quem era preciso distribuir os ônus do prejuízo, a fim de atender a paz social[127].

Partia-se do princípio que aquele que se beneficia de um empreendimento deveria suportar os ônus dele decorrentes, com fulcro em uma Justiça distributiva e em uma política de economia de cunho social[128].

O resumo da teoria pode ser expresso pelas palavras de RUDOLF MERKEL[129], que afirmou: *"chacun qui déploie, dans son propre intérêt, une activité quelconque, doit subir les conséquences provenant de cette activité"*[130].

MARTON[131] criticou esse princípio, pois entendeu que nem todas as atividades humanas poderiam ser notoriamente benéficas para quem as pratica ou teriam um caráter material (vide os atos de caridade ou corridas de automóveis de esporte, por exemplo). Além disso, talvez não fosse possível, desde o início do empreendimento, avaliar o risco da atividade, vez que a reparação de um determinado indivíduo levaria em consideração um caráter muito pessoal de cada lesado e de cada infrator.

DEMOGUE[132] também criticou os pensamentos de VITOR MATAJA, ao afirmar que suas conclusões eram muito vagas, já que não se podia determinar se o autor do dano seria responsável pelos riscos que causa ou se isso seria a derivação de mutualização geral dos riscos, aproveitada por todos de formas diretas ou indiretas. Mais do que isso, se levada a cabo, pensava DEMOGUE, a idéia de VITOR MATAJA poderia paralizar a iniciativa privada e o desenvolvimento da riqueza.

---

[126]MARTON, G. op. cit., p. 173.
[127]DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 43.
[128]Essa corrente doutrinária foi também seguida por ADOLPHE MERKEL, UNGER MERKEL e RUDOLF MERKEL
[129]*Apud* MARTON, G. op. cit., p. 176.
[130]"Aquele que desenvolve, em seu próprio interesse, uma atividade qualquer, deve sofrer as conseqüências proveniente da certa atividade" (nossa tradução livre).
[131]Cf. MARTON, G. op. cit., p. 176-178.
[132]*in* DEMOGUE, René. op. cit., p. 456-457.

Seja como for, é justo atribuir mérito às idéias propagadas por VITOR MATAJA, tendo em vista que elas estão associadas aos conceitos posteriormente desenvovidos da teorias do risco-proveito e do risco-criado, que mais adiante serão estudadas em pormenores.

2.2.1.2. Princípio da Prevenção

A impossibilidade de o demandante demonstrar a culpa do infrator pela ocorrência do dano ocasionou a intervenção do legislador, a fim de permitir a inversão do ônus da prova em favor do lesado.

MARTON[133] advertiu, entretanto, que esse sistema mostrou-se insuficiente, pois o demandado, dado um estado de superioridade[134] valia-se, muitas vezes, de contra-provas de impossível verificação, as quais se revestiam, na prática, de meros subterfúgios do réu.

Ante essa situação, era preciso impor um sistema de responsabilização que deixasse o lesado em situação ainda mais cômoda: o infrator somente se liberaria da obrigação de indenizar, caso demonstrasse que cumpriu com todas as cautelas necessárias à prevenção do ato[135] ou que ele tenha decorrido de uma circunstância exterior (*"cause étrangère"*).

Assim, pensava MARTON[136], a responsabilidade objetiva exerceria sua utilidade mais benéfica, qual seja, estimular o indivíduo a depositar todas as suas forças e capacidades a fim de evitar os danos[137], ou seja, a prevenção. Aliás, outra não deve ter sido

---

[133]MARTON, G. op. cit., p. 178-179.

[134]Embora não mencione explicitamente, provavelmente MARTON referia-se ao estado econômico do demandado.

[135]Interessante notar que há semelhante disposição no artigo 2.050 do Código Civil italiano atual, ao tratar das atividades de risco.

[136]MARTON, G. op. cit., p. 179.

[137]*"Concepção de GUSTAVE RÜMELIN, a sistematização dessa doutrina acentua que o legislador pode conseguir do homem resultados melhores do que os produzidos pela sua diligência ordinária, estimulando-o com a idéia da responsabilidade: ´O ideal, aos olhos do legislador, não é o* diligens pater familias *nem o homem dotado de* diligentia *ainda mais elevada, de natureza escrupulosa e desconfiada, que se deixa intimidar por tôdas as apreensões possíveis, e que tende a obviar a todo perigo. Bem ao contrário, é o homem que, com olhar seguro, calcula as possibilidades de bom e mau êxito, as possibilidade de acidente e os gasto de sua prevenção, e adquire, pesando fria e exatamente os diversos fatores, a garantia de acêrto de sua decisão. Seria inútil* prescrever *essa atitude por medidas legislativas diretas, mas o legislador pode perfeitamente indicar a atitude justa e favorecê-la, de sorte que, não se contentando em prescrever a diligência típica, faça o homem responsável pelo resultado ... (sic) Esta maneira de agir normal, eficaz, útil, não podendo, de fato, ser prescrita pelo legislador, pode muito bem ser encarada – para dizer com GOETHE – como centro negro do alvo que se deve sempre visar, embora nem sempre se consiga atingi-lo." in* DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 54.

a inspiração do artigo (ou parágrafo) 276 do B.G.B.[138].

O princípio da prevenção, portanto, estaria ligado intimamente ao interesse na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, alterado em razão do dano[139].

2.2.1.3. Princípio da Eqüidade

Esse princípio preconizava que a situação financeira das partes é preponderante para a caracterização da responsabilidade civil, logo, dever-se-ia tomar como base para configuração do dever de indenizar os aspectos econômico-sociais do ofensor e do ofendido, partindo-se da idéia de eqüidade[140].

MARTON lembra que o princípio da eqüidade remonta o Direito Romano[141], que, pelas palavras atribuídas a CELSO, diz ser o Direito a arte do bom e do justo.

FRANCISCO AMARAL[142], ao tratar do tema, lembra as célebres palavras de CELSO, mas explica, com mais detalhes, que a eqüidade tem origem filosófica no pensamento grego (*epieikeia*, que em latim é a *aequitas*), que seria uma interpretação corrigida da lei, quando esta se mostra insuficiente para atender determinada situação concreta. O mérito dos romanos, segundo esse doutrinador, seria a montagem de uma construção jurídica sobre a *aequitas*, que punha de lado a rigidez do *ius civile*, para traçar um modelo ideal de justiça.

---

[138] *"Section 276 - Responsibility of the obligor - (1) The obligor is responsible for intention and negligence, if a higher or lower degree of liability is neither laid down nor to be inferred from the other subject matter of the obligation, including but not limited to the giving of a guarantee or the assumption of a procurement risk. The provisions of sections 827 and 828 apply with the necessary modifications. (2) A person acts negligently if he fails to exercise reasonable care. (3) The obligor may not be released in advance from liability for intention."* BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#Section%20276>. Acesso em: 1º out. 2008.

[139] DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 43.

[140] MARTON, G. op. cit., p. 182.

[141] *"(...) É forçoso reconhecer, com JOSSERAND, que o direito pretoriano harmoniozamente introduziu a aequitas como elemento vitorioso contra a iniqüidade da regra hermética. Mas a equidade é a justiça do caso singular ou mais tarde, e ainda singularmente, a expressão cristã da piedade e caridade"* (*in* VIEIRA NETTO, J. R. op. cit., p. 109).

[142] AMARAL, Francisco. A eqüidade no Código Civil. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 199-202.

Esse princípio foi objeto de inúmeras críticas de doutrinadores que não podiam cogitar essa hipótese em suas legislações. Foi o caso de HENRI MAZEAUD[143], que se mostrou contrário à introdução dessa disposição no Código Polonês ao tratar dos incapazes. Dizia HENRI MAZEAD que estavam construindo um direito de classes, que valia para os ricos, mas não para os pobres e colocou em xeque essa pretensão ante a igualdade de todos perante à lei.

MARTON revidou às críticas, ao deixar claro que a idéia de eqüidade para a responsabilização de incapazes remonta o Direito Natural, defendido por THOMASIUS e reprisado por HEINECCIUS[144]. Mais do que isso, seria na eqüidade que os defensores da culpa encontraram fundamento para a responsabilização dos incapazes (sobretudo os ricos[145]) de modo objetivo, já que não lhes poderia ser imputada culpa por seus atos[146], cujos exemplos podiam ser vistos em algumas codificações contemporâneas àquela época, tais como o Código Federal Suíço das Obrigações (artigo 54), o B.G.B. (artigo 829), projeto de Código Franco-Italiano das Obrigações (artigo 76), Código Civil do México (artigo 1.911), da China (artigo 187), do Líbano (artigo 122), entre outros.

A eqüidade era invocada como razão incitadora das novas correntes doutrinárias, pois passou a exercer uma função produtora e normativa, ínsita aos processos criadores dos legisladores[147]. Todas as teorias de responsabilidade sem culpa, com exceção daquelas mais barbaramente causais, buscam na eqüidade uma forma de evitar o enriquecimento sem causa e projetam a função social dos bens. Eivada de sentimentos cristãos de caridade, a eqüidade fomenta o Direito com valores de âmbito moral e ético.

Entretanto, como bem advertiu JOSÉ DE AGUIAR DIAS[148], "*a eqüidade não pode, de si mesma, constituir-se em base da responsabilidade civil*", pois, em vez de propiciar uma melhor distribuição de Justiça[149], a partir da dissociação da culpa, estar-se-ia

---

[143]*Apud* MARTON, G. op. cit., p. 183 (nota de rodapé número 1).

[144]*"(...) Cependant, nous avons vu (...) que l´idée avait ét é distinctement exprimée chez Thomasius (+1728) et reprise par Heineccius (+1741):* Actionem hodiernam de damno dato etiam adversus furiosus et infantes dari, eatenus, ut damnum abiis datum ex eorum bonis resarciatur.*" in* MARTON, G. op. cit., p. 184-185 (nota de rodapé número 4).

[145]Cf. SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 274.

[146]Sobre o assunto da responsabilização dos privados de discernimento sob o enfoque da eqüidade, confira-se, também, o artigo do Professor NONATO, Orozimbo. Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 83, p. 371-377, jul. 1940.

[147]Cf. SOTO NIETO, Francisco. *La responsabilidade objetiva.* Madrid: Editorial Gesta, 1969. p. 15-16.

[148]DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 54.

[149]*"Do que ora tratamos é, não da eqüidade como expediente técnico de exegese, mas da eqüidade em sentido amplo, da eqüidade aplainadora de dúvidas doutrinárias, da eqüidade traduzidora de anseios coletivos de melhor justiça, da eqüidade com capacidade para ditar as reformas substanciais reclamadas pelas situações novas em face de leis herméticas." in* SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 272.

perpetuando a obrigação do rico sempre pagar por indenizações e do pobre nunca fazê-lo, o que, em nosso ponto de vista, poderia, inclusive, levar os menos afortunados a uma irresponsabilidade perniciosa.

Seja como for, a contribuição do princípio da eqüidade para a introdução do conceito de risco encerra-se na nascimento de uma responsabilidade advinda exclusivamente do fato das coisas[150], conceito que, até então, não existia.

2.2.1.4. Princípio do Interesse Preponderante

ADOLPHE MERKEL e seu filho RODOLPHE MERKEL difundiram o entendimento de que o legislador não pode prescindir o interesse de nenhum dos dois envolvidos no evento danoso, mas, sim, deve se preocupar com o interesse público da sociedade, que demanda um regramento maior da responsabilidade e de forma enérgica, razão pela qual criam eles o princípio do interesse predominante (*"Prinzip des überwiegenden Interesses"*)[151].

Identificaram os referidos doutrinadores que o interesse público seria senão o interesse da sociedade em aplicar com temperamentos razoáveis a responsabilidade emanada do princípio da eqüidade. Entretanto, esse princípio desempenharia apenas um papel secundário, auxiliar ou moderador na responsabilidade civil.

Inegavelmente, não é nesse princípio que se pode enxergar a elevada doutrina da teoria do risco, mas seu feito foi a oxigenação das idéias que circulavam naquela época sobre a responsabilidade civil.

---

[150]Cf. JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas, (Extratos), (1987). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 109, maio, 2005.
[151]Cf. MARTON, G. op. cit., p. 190.

2.2.1.5. Princípio da Repartição do Dano

A idéia de repartição do dano surge concomitante à noção de securitização iniciada por BENTHAM, que impunha ao segurador ou ao Estado (principalmente em casos de danos causados por guerra) a obrigação de reparar[152].

O princípio da eqüidade contribuiu para impulsionar o princípio da repartição do dano, sobretudo porque, com este, seria possível ampliar o número de pessoas diretamente favorecidas por eventuais indenizações, ao passo que não sobrecarregava as economias individuais com os seus respectivos pagamentos.

O sistema de seguros seria, portanto, a melhor maneira de garantir uma indenização aos lesados, pois lhes permitiria o custeio da reparação que fosse determinada em juízo[153].

Válido lembrar que na França, LOIUS JOSSERAND[154] também pensava que a securitização seria um *"remédio fácil e soberano"* para o perigo da indústria, pois o custo de seu prêmio poderia ser facilmente diluído ao longo do ano de pagamento do prêmio, sem maior sacrifício ao caixa do empreendedor, ao passo que permitiria o cumprimento de eventuais obrigações de indenizar.

Por outro lado, esse princípio recebeu críticas, pois poderia representar uma contraposição ao princípio da prevenção, uma vez que o empreendedor, respaldado em uma apólice, talvez não se valesse dos cuidados necessários para o desempenho da sua atividade, uma vez que seus riscos estariam cobertos pelo seguro.

MARTON[155] critica LUNDSTEDT sobre a diminuição da responsabilidade das pessoas em razão da introdução de seguros obrigatório na Suécia, pois enxergava isso com um pouco de exagero, já que o autor do dano, se tivesse agido com desídia, estaria sujeito não só a uma ação criminal, mas a uma ação civil que seria proposta pelo segurador, a fim de recuperar o que teve que desembolsar. Mas, ao final, MARTON concordou que nunca

---

[152]Cf. Id. Ibid., p. 193.

[153]Essa idéia também é defendida por PIERRE DE HARVEN: *"Le corollaire nécessaire d´une large responsabilité, c´est l´assurance."* (*in* HARVEN, Pierre de. *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain.* Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1928. p. 274).

[154]Cf. JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas, (Extratos), (1987), cit., p. 113.

[155]Cf. MARTON, G. op. cit., p. 195 (nota de rodapé nº 5).

seria possível eliminar totalmente esse inconveniente, o que chamou de "*preço da sociedade"* para se valer de uma garantia de justa reparação para a vítima.

2.2.1.6. Princípio do Caráter Perigoso do Ato

Esse princípio preconizava que *"o homem cria para o seu próximo um perigo particular*"[156] e que, por isso, seria responsável pelos danos causados.

MARTON[157] despendeu consideráveis páginas de sua principal obra para criticar e refutar esse princípio, sobretudo porque entendia que o fato de ser perigoso, por si só, não seria elemento apto a ensejar a responsabilidade civil, com o que anuimos. JOSÉ DE AGUIAR DIAS[158] comungava da mesma opinião, mas nem por isso deixa de render justa homenagem a este princípio, consagrado por MAX RÜMELIN, vez que serviu como critério importante e científico ao julgador para solucionar casos que emergiam em razão do avanço da modernidade da época.

2.2.2. Contribuições Francesas

Mas o aumento do número de acidentes e da impossibilidade de apurar ou provar a culpa daqueles que cometiam atos capazes de macular terceiros fez a doutrina caminhar para a conjugação de teorias que poderiam, de certa forma, atenuar essas *injustiças* do Direito, com vistas a possibilitar uma reparação capaz de não deixar à mingua os ofendidos[159].

---

[156]*in* DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 54.
[157]Cf. MARTON, G. op. cit., p. 195-206.
[158]Cf. DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 55.
[159]*"O movimento iniciado na França por SALEILLES e JOSSERAND, julgando estreito o âmbito da culpa para resolver o problema da responsabilidade, pregara a reparação do dano decorrente, exclusivamente, do fato ou do risco criado, com o afastamento do ´peché juridique`. Desencadeou-se um movimento intenso, doutrinário que veio a influenciar, sem dúvida, a jurisprudência e encontrou, a princípio, numa legislação especial e de exceção, ampla aplicação, assim como forçou os defensores da teoria clássica a ampliar o conceito de culpa."* (*in* LIMA, Alvino. op. cit., p. 43-44).

Como bem lembrou LOUIS JOSSERAND[160], vivia-se o *"século do caminho de ferro, do automóvel, do avião, da grande indústria e do maquinismo, o século dos transportes e da mecanização universal, não será precisamente o século da segurança material"*. As vítimas, salientou ele, desempenhavam nesse contexto, muitas vezes, papéis de verdadeiros expectadores dos acidentes que faziam parte. Nada tinham contribuído para a ocorrência do fato. Poderiam estar passivamente andando em uma estrada deserta e serem atropelados. E, caso conseguissem sobreviver, como conseguiriam provar, ante a ausência de testemunhas, que o motorista estava em alta velocidade e seu veículo às escuras? Provavelmente nunca o fariam, o que levaria à *condenação* de viver sem qualquer indenização diante da ocorrência do evento.

O grande esforço que deveriam fazer os doutrinadores, portanto, seria extrair dos textos legais uma solução prática para esse dilema que se apresentava: reparar os danos sofridos pelos lesados sem que fosse necessário um fundamento arraigado ao dogma milenário da culpa, herdado do direito romano, transmitidos de juristas a juristas, de séculos em séculos, e que resistiu a tudo, às revoluções e às trocas de legislação e de codificações[161].

E isso não seria fácil, pois a França vivia em pleno século XVIII uma época posterior à Revolução Francesa, na qual o individualismo ganhou corpo, sobretudo porque muitos perderam as vidas na batalha por dias melhores longe do olhar absolutista da monarquia. Era a época do exercício livre dos direitos, da concepção centrada nos poderes da burguesia que crescia vertiginosamente[162] e, com ela, os avanços modernizadores, a corrida incessante pelo encurtamento de distâncias e de tempo pelas indústrias mecanizadas.

Enfim, o lucro ditava a ordem, ao mesmo tempo em que o operário via-se engendrado nessa engrenagem muitas vezes desumana (sobretudo sob o ponto de vista

---

[160] *in* JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 86, p. 549, jun. 1941.

[161] Cf. JOSSERAND, Louis. *Évolution et actualités*. Conférences de droit civil. L´évolution de la responsabilité. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936. p. 35.

[162] *"No início do processo, ainda com fundamento na ideologia liberal, propugnava-se a exclusão de qualquer responsabilização por atividades perigosas, sustentando-se a aplicação da regra segundo a qual 'as perdas devem ficar onde caírem`, como um meio de evitar que o progressso técnico viesse a ser dificultado pelo pagamento de indenizações, a não ser que houvesse ´uma forte razão justificativa` para determinar que o dano fosse transferido da vítima ao agente. A única razão justificativa para tal deslocamento, porém, era identificada na própria noção de culpa. Tal lógica ensejou uma espécie de imunidade à burguesia empresarial em ascensão e teve como conseqüência direta favorecer a acumulação de capital em detrimento das vítimas injustamente lesadas."* (*in* ')

atual), como braço construtor do capitalismo. Conseqüência inevitável disso seria (e foi, de fato) o adensamento das cidades, a contraposição de interesses, os litígios entre vizinhos pelo uso (respaldado no Direito, mas) nocivo da propriedade.

O Código Civil francês, por sua vez, talvez não fosse a melhor das fontes para remediar os mais fracos nas relações materiais que se construíram fruto do progresso, pois já não respondia bem a esse anseio com a sua teoria culpabilista da forma era até então como concebida. Mas, para a surpresa de todos, em vista do ineditismo em França e imbuído de um espírito inovador, RAYMOND SAILELLES escreveu o livro tido como um *marco zero* da responsabilidade objetiva por muitos: *Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile*, em 1897.

RAYMOND SAILELLES[163] criticou a tese elaborada anteriormente por dois outros doutrinadores franceses, quais sejam, SAINCTELETTE e SAUZET. Para eles, existiria uma presunção de cláusula de garantia inscrita em todos os contratos de trabalho, já que os empregadores responderiam pela integridade dos seus funcionários ao término dessas avenças. Essa cláusula, dizia aquele autor, estava no campo das avenças privadas e, por isso, poderia ser diminuída ou até excluída, logo, melhor seria que existisse uma norma genérica, de caráter público e impositivo.

O livro de RAYMOND SAILELLES[164], que estava em sua fase mais exaltada de defesa da responsabilidade objetiva face aos riscos que tomavam lugar por toda a parte, apoiava-se justamente no artigo 1.382 do Código Civil francês[165], para buscar, em um exercício magistral de hermenêutica, um novo sentido para a palavra *"faute*", que deveria ser interpretada somente como *"fait*", isto é, a causa de qualquer dano[166]. Já o artigo 1.383, por sua vez, deveria ser interpretado não como um quase-delito, mas, sim, como uma causa

---

[163]Cf. SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 49.

[164]*"L´éminent et regretté Sailelles a développé une théorie très audicieuse de la responsabilité civile en droit positif, dans son étude sur ´les Accidents* (sic) *du travail et la responsabilité civile`, théorie qu´il a d´ailleurs présent´´e aussi comme recommandable en législation. Selon lui, les art. 1382 et 1383 Civ. contiennent deux théories également favorables aux idées nouvelles. L´art 1382 sifnife que ´ce qui oblige à réparation, c´est le fait de l´homme constituif de dommage`. Un rapport de causalité est, il est vrai, nécessaire et cést pour l´exprimer que la loi parle de faute, prenant ce mot dans son sens vulgaire de cause. La responsabilité ne disparaît que si le rapport de causalité n´existe pax. La simple preuve de l´absence de faute subjective est insuffisante. Quant à l´art 1383, il viserait non pas le quasi-délit, comme on l´a prétendu, mais le fait negatif."* (*in* DEMOGUE, René. op. cit., p.451-452).

[165]*"Art. 1382 – Todo ato, qualquer que êle seja, de homem que causar a outrem um dano, obriga aquêle por culpa do qual veio êle a acontecer, a repará-lo"* (*in* DINIZ, Souza (Trad.). *Código Napoleão ou Código Civil dos franceses.* Rio de Janeiro: Record, 1962. p. 203).

[166]Cf. SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 49. No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 16.

negativa. A apreciação da *"faute"* deveria resumir-se a um ideal abstrato, muito diferente daquele que quis POTHIER, quando inspirou o diploma civil francês.

Assim, fez coro ao notável RAYMOND SAILELLES outro bastião da teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva: LOUIS JOSSERAND, conselheiro da Corte de Cassação da França e doutor honorário da Faculdade de Direito de Lyon. Sua obra ganhou fôlego de sobra e suas conferências foram transcritas e publicadas, a exemplo da brochura *"Évolutions et Acutualités"*, de 1936. Tanto um quanto o outro foram tidos por ALVINO LIMA[167], em expressão digna de nota, como os *"síndicos da massa falida da culpa"*, e, por CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA[168], como *"os corifeus da responsabilidade objetiva"*, a quem este, inclusive, rendeu homenagens na dedicatória da sua obra *Responsabilidade Civil*.

Um pouco mais comedido que seu compatriota, pois pensava, ao contrário daquele, que havia lugar também para uma caracterização de responsabilização fundada na culpa aquiliana romana, LOUIS JOSSERAND produziu doutrina capaz de imbuir nas cortes francesas o espírito inovador da teoria do risco, a partir da teoria da guarda, prevista no artigo 1.384 do Código Civil francês[169].

LOUIS JOSSERAND aproveitou o contexto de transformação que viviam os arestos das cortes francesas e estabeleceu três estágios rumo à aceitação da teoria do risco, quais sejam, a admissão mais fácil de uma existência de culpa, o estabelecimento de presunções de culpa e, finalmente, a substituição da culpa pelo risco. Nesse contexto é que os doutrinadores, a jurisprudência e a legislação valeram-se de técnicas novas para assegurar às vitimas uma reparação equivalente aos danos sofridos.

Não se fazia mais interessante, sob essa nova perspectiva, que se verificasse a culpa do autor, seu correspondente grau, se o ato era consciente ou se autorizado pela Administração, já que o relevante seria a reparação. A recomposição do prejuízo da vítima era o que deveria nortear os novos julgamentos[170].

---

[167]LIMA, Alvino. op. cit., p. 44.
[168]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 271.
[169]"*Art. 1384 – Tôda pessoa é responsável não sòmente pelo dano que causou por ato seu próprio, mas ainda por aquêle que foi causado por ato de pessoa pela qual devia responder, ou por coisas que estão sob a sua guarda."* (*in* DINIZ, Souza (Trad.). op. cit., p. 203).
[170]Cf. RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil moderno.* Trad. de J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 331-332.

A seguir, serão demonstrados alguns dos importantes passos rumo à aplicação da teoria do risco na responsabilidade objetiva[171].

2.2.2.1. Teoria do Abuso do Direito

Ao legislador cabe o papel de estabelecer normas de condutas universais e abstratas, sem se preocupar, salvo raríssimas exceções, com as condições pessoais de cada um dos seus respectivos destinatários.

Dentro desse espectro de normas, cabe a cada um dos cidadãos o exercício dos seus direitos, circunscritos aos benefícios úteis das *mens legis*. A utilização arbitrária de prerrogativas conferidas pela lei para prejudicar outros, apesar de não estar pormenorizadamente vedada em cada um dos dispositivos criados pelo homem, gravita em uma órbita de injustiça que levaria até o indivíduo mais descrente na justiça a erguer-se contra tal comportamento. Os direitos não são absolutos, mas relativos; devem ser exercidos a bom senso conforme o plano que lhe fora instituído, conforme o seu espírito e não contrariamente a sua destinação[172]

Assim, a teoria do abuso do direito tem como elementos de sua gênese exatamente o adensamento das relações humanas e a respectiva contraposição entre os valores e os interesses individuais e valores coletivos, o que, em última análise, coloca em xeque a delegação concedida ao cidadão para exercício de direitos reputados por lícitos pelo poder público, mas que, seus cumprir a finalidade econômica e política estabelecida pelo diploma legal.

---

[171] *"Desta forma, a responsabilidade civil desvincula-se da idéia de punição-sanção em favor da reparação da vítima injustamente lesada, optando o ordenamento por dar prioridade aos princípios do equilíbrio, da igualdade e da solidariedade em detrimento do objetivo anterior de sancionar culpados. Afasta-se, por igual, da ideologia liberal, comprometida essencialmente com a garantia da liberdade de iniciativa e com o desenvolvimento das atividades empresariais"* (*in* MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 854, p. 19, dez. 2006).

[172] Cf. JOSSERAND, Louis. *Evolutions et actualités.* Conférences de droit civil. Le contrat de travail et l´abus des droits. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936. p. 94.

O nascimento dessa teoria, segundo informou ALVINO LIMA[173], remontaria o Direito Romano, mas sua gênese estaria sedimentada em uma noção de supralegalidade, decorrente da própria natureza humana, que não vê com bons olhos o uso de um direito que induz ao prejuízo de outrem[174]. Embora alguns textos que chegaram até os dias atuais possam ter sido interpolados, o conceito do abuso de direito (ou *aemulatio*) teve seu maior desenvolvimento no Direito Medieval, quando ganhou terreno no campo dos direitos obrigacionais. Mas em nosso estudo, tal como o magnífico elaborado por aquele mestre, não pretende descer às minúcias das fontes históricas, que tanto suscitaram controvérsias[175].

O que de fato importa é que a teoria do abuso de direito foi paulatinamente incorporada às legislações, tal como foi o caso do diploma civil da Prússia em 1794, o qual cominava ao infrator a pena de indenização por perdas e danos, quando o agente optasse, dentre as diversas maneiras que poderia fazê-lo, pelo exercício de um direito que, em vista das circunstâncias, tivesse a intenção de acarretar dano a um terceiro[176].

No caso específico do abuso do direito, ao contrário do ato ilícito, o agente não age senão na forma prescrita em lei. Ou seja, a resultante culpa não era determinando para justificar sua responsabilidade. Os irmãos MAZEAUD[177], por sua vez, entendiam que o abuso de direito estaria circunscrito a um mero erro de conduta, ou seja, mais uma vez dentro do espectro da culpa. Isto porque, se o agente agisse com a intenção de prejudicar outrem, praticaria um delito; por outro lado, se deixasse de agir com a impudência ou a negligência esperada do homem médio, cometeria um quase-delito. Em ambos os casos, sustentavam eles, seria preciso invocar apenas o artigo 1.382 do Código Civil francês.

L. CAMPION[178] salientou que a primeira monografia que se dedicou com profundidade ao tema na França foi a tese apresentada à Dijon em 1901 (início de um período de ebulição sobre as idéias acerca dessa teoria, que foi até 1914) de autoria de M.

---

[173]Cf. LIMA, Alvino. op. cit., p. 221-224.

[174]Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. Abuso de direito. *FMU/Direito*: Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 252, mar. 1988.

[175]LOUIS JOSSERAND informou que os romanos cultivavam a irresponsabilidade no exercício dos direitos, traduzida pelo adágio *"neminem laedit qui jure suo utitur"*, embora, tempos depois, eles tenham construído outro adágio, sendo que este melhor resume a teoria do abuso do direito: *"summum jus, summa injuria"*. (*in* JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil, cit., p. 549).

[176]Cf. LIMA, Alvino. op. cit., p. 225.

[177]Cf. MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 256-259.

[178]Cf. CAMPION, L. *La théorie de l´abus des droits*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1925. p. 271-272.

PORCHEROT[179], quem, de maneira precisa, afirmava que o artigo 1.382 do Código Civil francês, com fulcro no conceito clássico de *"faute*", era insuficiente para explicar o abuso de direito e deveriam os autores afastarem-se da idéia de quase-delito no uso abusivo dos direitos[180].

Alguns exemplos práticos de abuso de direito podem, talvez, melhor ilustrar essa explanação e quem os traz é JOSSERAND[181], ao pontuar suas diversas aplicações quotidianas[182]. Verificava-se, na França, a proibição de construir grandes chaminés capazes de fazer sombra ao prédio contíguo, ao mesmo tempo em que era proibido erguer pontiagudas construções com o fim de impedir os procedimentos de decolagem e pouso de dirigíveis pertencentes ao vizinho[183].

Essa é, aliás, a noção mais importante que nos valemos para este trabalho, pois, sem menosprezo a este relevante tema, entendemos que sua contribuição indireta para o avanço da teoria do risco deveu-se justamente na medida em que se distanciaram os autores da culpa.

2.2.2.2. Teoria da Guarda

Talvez possamos identificar a consagração – a partir de sua criação pela jurisprudência francesa[184] – da teoria da guarda das coisas inanimadas, expressa no artigo

---

[179] *"Une théorie mixte a été présentée par M. Porcherot. On serait responsable seulement en cas de faute si on a exercé un droit indéfini: la liberté. Au contraire, à propos de droits définis comme la propriété, on est responsable si on dépasse les limites de son droit: si on empiète sur le cham voisin on devra indemnité. Il ne s´arrête pas à ce que l´on a lors agi dans l´exercice de sa liberté, en disant que l´auteur prétend avoir utilisé sa liberté. Mais ce serait inexact si ce n´est pas l´acte d´un voisin et on arriverait à cette bizarrerie que l´empiètement par le voisin serait plus durement trité que l´empiètement par un tiers."* (*in* DEMOGUE, René. op. cit., p. 461).

[180] Dessa opinião também comungou o belga PIERRE DE HARVEN, para quem, do ponto de vista da técnica, parecia difícil a aplicação da teoria do abuso de direito com base no artigo 1.382 do Código Civil francês. (*in* HARVEN, Pierre de. op. cit., p. 314).

[181] Cf. JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil, cit., p. 552 (ou 56) ou, no original: JOSSERAND, Louis. *Evolutions et actualités.* Conférences de droit civil. Relativité et abus de droit. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936. p. 71-92.

[182] Também sobre exemplos ilustrativos, confira-se: VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit., p. 255.

[183] Interessante notar a semelhança que guarda esse exemplo com o Código Brasileiro do Ar, em seus artigos 133 e seguintes, como bem lembra J.R. VIEIRA NETTO (*in* VIEIRA NETTO, J. R. op. cit., p. 130)

[184] Cf. LIMA, Alvino. op. cit., p. 85.

1.384 do Código Civil francês, como um dos maiores impulsos do pensamento jurídico da responsabilidade civil rumo à teoria do risco.

De acordo com essa linha de pensamento, aquele que toma para si o encargo de guardar um determinado bem, assume a responsabilidade sobre o seu controle, sobretudo se, porventura, houver um determinado dano por essa coisa a um terceiro, hipótese na qual não será sequer perquirido se o guardião foi diligente ou agiu segundo os ditames que a sociedade exige do homem médio[185]. Basta o dano causado pela coisa que estava sob custódia para ensejar o dever de indenizar, "porque a culpa na guarda consiste, *pura e simplesmente, no fato de perder a guarda da coisa, a que se estava obrigado*"[186].

Essa teoria surgiu a partir do enfrentamento de questões quotidianas do final do século XIX e início do século XX, mais especificamente quando o Direito teve que se defrontar com indenizações decorrentes de explosões de máquinas a vapor e de acidentes ocasionados em linhas férreas, estes com fundamento em lei específica promulgada na França em abril de 1898[187].

É fato que, dentre os doutrinadores que escreveram sobre esse tema, destacaram-se MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT, responsáveis pela elaboração da obra *Traité Pratique de Droit Civil Français*, na qual defenderam a presunção de culpa do guardião. Segundo eles, a presunção de culpa não estaria adstrita ao simples fato de uma pessoa ser tão-somente proprietário de um bem ou da coisa por si só, mas, sobretudo, por disso decorrer o dever de guardar e vigiar, a fim de prevenir danos a terceiros[188]. A responsabilidade, pois, está vinculada à obrigação de guarda.

JOSSERAND e SALLEILES, como não poderiam deixar de ser, advogaram abertamente em favor da aplicação da teoria da guarda expressa no parágrafo 1º do artigo 1.384 do Código Civil francês. LOUIS JOSSERAND[189], aliás, até apontou algumas objeções ao entendimento moderado de RAYMOND SALLEILES sobre esse tema, uma vez que este entendia cabível a aplicação da Teoria da Guarda apenas para as coisas que estivessem sob guarda em indústrias ou grandes indústrias. Para aquele, entretanto, o

---

[185]Cf. JOSSERAND, Louis. *Derecho civil.* Tradução de Santiago C. y Manterola. Buenos Aires: Bosch. 1950. t. 2, v. 1, p. 405-406.
[186]LIMA, Alvino. op. cit., p. 90 (grifos do original).
[187]Cf. LALOU, Henri. op. cit., p. 547.
[188]PLANIOL, Marcel; RIPERT, George. *Traité pratique de droit civil française*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930. t. 6, 1. pte. 834-853.
[189]JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas, (Extratos), (1987), cit., p. 110.

dispositivo legal não fazia qualquer distinção que permitisse essa interpretação[190], pois mencionava apenas *coisas*, o que poderia ser entendido como *qualquer coisa*[191]. Por isso, diz JOSSERAND, *"essa teoria tem em seu favor apenas a generalidade do texto; ela pode alegar também a generalidade dos motivos que a legitimam, pois esses motivos existem sejam quais for a natureza e a importância da coisa que causou o dano"*[192].

JOSSERAND – e aqui pedimos vênia para seguidamente citá-lo, mas, devido à sua importância no desenvolvimento do tema, faz-se necessária essa repetição – estabeleceu, ainda, três condicionantes para aplicação da teoria da guarda, são elas: (i) a existência de fonte legal que justificaria a reparação do dano; (ii) a necessária relação entre a coisa e o dano; e (iii) o risco-criado[193]. Examinaremos nesse capítulo as duas primeiras condicionantes, já que a terceira delas será contemplada nas páginas seguintes.

A existência de um fundamento legal cogente para a teoria da guarda seria capaz de justificar a reparação do dano a partir da prova, pelo demandante, da relação de causa e efeito entre a coisa e o prejuízo. Assim, ao demandado não era possível eximir-se do pagamento de indenização sob a alegação da existência de uma cláusula de não-indenizar, mesmo que ela existisse. Segundo JOSSERAND, era uma norma de ordem pública, muito mais protetiva aos interesses dos menos favorecidos que uma mera responsabilidade contratual, pois, se assim não fosse, os donos do capital apressar-se-iam em elaborar *cláusulas-tipo*, em contratos de toda a sorte, que os subtraísse a obrigação de reparar prejuízos[194].

A segunda condicionante para aplicação da Teoria da Guarda, qual seja, a existência de um dano causado verdadeira pela coisa, coloca a salvo um grande número de ocorrências que os críticos mais apressados expunham como absurdos que poderiam decorrer da aplicação da teoria objetiva da responsabilidade civil. Assim, não faz qualquer

---

[190] *"El artículo 1384, § 1º, no distingue: la palabra ´cosa`, de que se sirve, es una de las más vaga y más comprensivas que existem en nuestro lenguaje jurídico y corriente. (...) Se ha pretendido exigir que se trate de una cosa nociva, de una cosa peligrosa, que necesite, parte de quien la posee, una guarda real. Se dice, en efecto, que la responsabilidade por el hecho de las cosas reposa sobre la idea de guarda; no están sometida a ella, por consiguiente, más que las que, pos ser peligrosas, están sujetas una guarda, a una vigilancia, con exclusión de las que, perfectamente inofensivas, se guardan por sí solas."* (*in* JOSSERAND, Louis. *Derecho civil,* cit., t. 2, v. 1, p. 413 e 416).

[191] *"Ainsi, la théorie objective du fait des choses s´applique à toutes les choses qui sont susceptibles d´appropriation personnele, à l´exception toute fois, mais seulement dans les hypothèses prévues par les articles 1385 et 1386, des animaux et des bâtiments."* (*in* BOUYEUR, Joseph. *De l´évolution de la responsabilité civile en matière d´accidents du travail.* Paris: L. Boyer, 1902. p. 130).

[192] JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas, (Extratos), (1987), cit., p. 111.

[193] Id. Ibid., p. 114.

[194] Id., loc. cit.

sentido a aplicação da Teoria da Guarda naquelas hipóteses que decorrem das forças naturais, tais como, um tremor de terra, a queda de um raio ou até mesmo a pilhagem[195].

Os irmãos MAZEAUD criticaram o posicionamento da doutrina de tentar alçar o parágrafo 1º do artigo 1.384 à posição de princípio geral de responsabilidade por fato das coisas, pois afirmam que quem assim procedia – e aqui fizeram uma crítica aberta a SALLEILES e a JOSSERAND – desconhecia a intenção dos redatores do Código Civil francês, já que nos artigos 1.385 e 1.386 havia outras peculiaridades que devem ser consideradas[196]. No entanto, aqueles ilustres autores acabaram por admitir que o princípio da guarda tornou-se uma regra geral de responsabilidade pelo fato das coisas e que consagrou a teoria do risco, graças a um engendrado sistema de alimentação das novas idéias aos juízes. Já as Cortes francesas de Apelação e de Cassação, por seus turnos, passaram interpretar a disposição legal sob comento não como a derrogação à regra geral da responsabilidade civil, mas tão-somente como a possibilidade de a vítima não precisar demonstrar a culpa do agente, ou seja, invertia-se o ônus da prova[197].

As hipóteses de aplicação da Teoria da Guarda expressas no parágrafo 1º do artigo 1.384 do Código Civil Francês foram paulatinamente alargadas[198]. Mas sua aplicação

---

[195]JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas, (Extratos), (1987), cit., p. 115-117.

[196]MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 97.

[197]Id. Ibid., p. 97.

[198]Acerca de um breve histórico do avanço jurisprudencial da teoria da guarda das coisas inanimadas nos tribunais franceses até os dois últimos clássicos casos, quais sejam, o de 13 de fevereiro de 1930, no qual a Corte de Cassação substituiu a expressão *presunção de culpa* por *presunção de responsabilidade*, e o de dezembro de 1941 que exonerou de culpa o proprietário de um automóvel que foi roubado e o ladrão atropelou um transeunte*:"Civ., 27 octobre 1855, arrêt MONTAGNIER Le propriétaire ou le gardien d'un animal ne peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant son absence de faute. La présomption de l'article 1385 du code civil ne cède que devant la preuve d'un cas fortuit d'une faute de la victime. Première étape de l'objectivation de la responsabilité civile délictuelle.; Civ., 16 juin 1896, arrêt TEFFAINE Consécration du principe général de responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde (découverte de l'alinéa 1er de l'article 1384 du code civil). Le propriétaire d'un remorqueur est responsable de la mort du mécanicien lors de l'explosion inexpliquée de la chaudière; Req., 3 août 1915, arrêt Clément BAYARD Le propriétaire d'un terrain qui y installe des pics en bois de seize mètres de hauteur, surmontés de tiges en fer, alors que ce dispositif ne présente aucune utilité et n'a d'autre but que de nuire à son voisin, amateur de ballons dirigeables, abuse de son droit de propriété; Civ., 16 novembre 1920, arrêt Gare de BORDEAUX Le principe général de responsabilité du fait des choses (arrêt TEFFAINE) est étendu aux cas d'incendies; Ch. Réunies, 13 février 1930, arrêt JAND'HEUR La présomption de responsabilité établie par l'article 1384 alinéa 1er du code civil, à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui, ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable. Il ne suffit pas de prouver que le gardien n'a pas est commis de faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue. Il n'y a pas lieu de distinguer suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme. Il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 du code civil rattachant la responsabilité à la garde de la chose et non à la chose.;"* IEJ DE MONTPELLIER, Cours, Informations connaissances. Disponível em: <http://coursiejmontpellier.blog.mongenie.com/index.php?idblogp=293934>. Acesso em: 7 set. 2008.

tornava-se tão rotineira que passou a preocupar as Cortes francesas, mesmo porque poder-se-ia estar perto da total inaplicabilidade do artigo 1.382 daquele mesmo diploma legal, ao arrepio de parte considerável da doutrina francesa.

Era certo, todavia, que a sua aplicação beneficiava imensamente aos menos favorecidos, uma vez que facilitava a percepção de indenizações em casos que antes seria praticamente impossível demonstrar a culpa do agente, tais como os danos causados pelos automóveis, explosões de caldeiras, acidentes de eletricidade[199]. Por isso, após estabelecer alguns critérios para a aplicação da regra do artigo 1.384 do Código Civil francês, a Corte de Cassação definiu que a aplicação da Teoria da Guarda seria indispensável que a coisa tivesse sido a causa geradora do dano e, nessa hipótese, caberia ao guardião demonstrar o contrário. Tratava-se, pois, de uma orientação jurisprudencial que deveria ser seguida pelas demais Cortes[200].

JOSEPH BOUYER[201] sintetizou a Teoria da Guarda disposta no parágrafo primeiro do artigo 1.384 do Código Civil Francês como uma *"responsabilité impersonelle"*, ao contrário do que dispõe o artigo 1.382 da mesma lei. Para ele, o legislador não pretendeu estabelecer a presunção de culpa, mas apenas um princípio de responsabilidade legal. A interpretação dessa disposição como culpa presumida do detentor da coisa que causa diretamente o dano era fruto de uma criação puramente doutrinária, a fim de compor a idéia de Justiça e igualdade em um mundo que, já nos idos do início do século passado, era reputado como econômico e industrial.

Seja como for, a teoria da guarda representou, em nosso modesto ponto de vista, como um importante avanço para a introdução da teoria do risco, a partir da culpa presumida do detentor da coisa que causa danos a terceiros, estivessem eles ligados diretamente a ela (por relação de trabalho, por exemplo) ou não (meros passantes ou transeuntes, no caso de abalroamento por bondes ou trens em serviço).

Os danos se avolumavam na França e, por que não dizer, em todas as nações que experimentavam o progresso. Vidas eram desperdiçadas por conta da sanha pelo lucro, com forte propulsão dada pela mecanização das indústrias, pelo adensamento da teia de relações humanas, pela descoberta de novas tecnologias de transporte. A culpa não era

---

[199]LIMA, Alvino. op. cit., p. 134.
[200]MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 99-101.
[201]BOUYEUR, Joseph. op. cit., p. 117-131.

capaz de trazer solução aos danos ocorridos. Mais do que isso, era pouco convincente a idéia ainda difundida de que, tudo o que não fosse volitivo do ser humano, poderia ser caracterizado como *"coups du destin"*[202] ou "*acts of God*"[203]. Sem dúvida, se fosse perpetuada essa ideologia, estar-se-ia à beira da irresponsabilidade absoluta ao arrepio das idéias de Justiça[204].

Para LOUIS JOSSERAND, a jurisprudência francesa dava interpretações cada vez mais elásticas à Teoria da Guarda, sobretudo após o famoso aresto *Jand'heur*, de 13 de fevereiro de 1930[205], que configurou, já naquela época, uma universalidade de sua aplicação[206], fomentando o seu otimismo na evolução da teoria do risco. Algumas hipóteses de presunções legais baseadas na teoria da guarda tornaram-se absolutas, a partir das reiteradas decisões dos tribunais franceses, quais sejam, a responsabilidade dos pais, dos professores e dos mestres; não sendo, no entanto, assim definidas aquelas decorrentes

---

[202] *"Or, la protection de la victime contre les ´coups du destin`, - car qu´est-ce, sinon cela, un dommage que n´a pointe cau´se la faute de l´homme, - N´est pas, et n´aurait jamais dû être, un principe de responsabilité individuelle. Elle peu, nous l´avons dit, justifier, voire imposer imérieusement, une garantie collective contre tels dommages, alimentée soit par l´imôt, soit par l´assurance obligatoire: rien ne s´oppose à ce que les victimes d´accidents d´automobile dont personne n´est ni ne peut être présume responsable bénéficient, comme les ouvriers victimes d´accidents industriels, d´une telle garintie qui´il appartiendrait au législateur d´aménager. Et sans doute est-il permis de penser que is pareille garantie eûe été législativement organisée, on n´aurait pas vu la jurisprudence, dominée par une préoccupation humanitaire dont on ne saurait lui faire grief, - quitter, à regret, il est vrai, et comme ense diques, et briser l´unité du concept de responsabilité et de ses applications." in* GOLDMAN, Berthold. *De la détermination du gardien responsable du fait des choses Inanimées.* Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. p. 234-235.

[203] Cf. SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 57.

[204] JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas, (Extratos), (1987), cit., p. 111.

[205] *"Implicitement, les Chambres réunies se rallient à cette large interprétation, puisqu`elles visent, dans leur décision du 13 février, toutes les choses inanimées, sans aucne distinction et sans aucune réserve(...). Jusqu´en 1930, la jurisprudence, et notamment la Cour de cassation, rattachèrent la responsabilité du gardien à une* présomption de faute: *pour elles, le législateur avait institué, dans l´article 1384, paragraphe 1, une présomption* juris et de jure*; mais voilà que, dans l´arrêt solennel du 13 février, les Chambres réunies parlent, non plus de présomption de faute, mais d´une ´presomption de responsabilité`.* (...) Puis, deuxième étape, la Cour de cassation lit, dans l´article 1384, paragraphe 1, une présomption de faute qui améliore sensiblement la situation de la victime, mais qui, ne touchant qu´á la paticabilté du droit*"* JOSSERAND, Louis. *Evolutions et actualités.* Conférences de droit civil. Les accidents d´automobile et l´Arrêt solennel du 13 février 1930. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936. p. 60 e 65.

[206] *"Ora, os textos que estabelecem essas presunções legais são interpretados pela jurisprudência com enorme liberalismo. (...) Mas é sobretudo a disposição do art. 1.384, parágrafo I, que a jurisprudência francesa considera com uma completa largueza de vistas: o guarda de uma coisa qualquer responde de pleno direito pelos danos que ela causa. Depois de vivas controvérsias, hoje quase esgotadas, não se distingue mais entre os móveis e os imóveis, nem a importância, o volume da coisa, nem que ela seja ou não perigosa, nem mesmo se, na ocasião do dano, estava abandonada ou manejada pelo homem (...). Todas as coisas estão compreendidas no artigo 1.384, parágrafo I, e dão lugar, em cada caso, a responsabilidade de pleno direito: assim um armário, um carro de mão, como um automóvel, uma locomotiva ou uma batedora mecânica; a bala de um fuzil ou a bola de tênis; os gases deletérios como os corpos sólidos; e até as folhas das árvores envolvem de pleno direito a responsabilidade do proprietários quando, destacando-se da árvore, em massa, vão obstruir os condutos dágua* (sic)*: a responsabilidade do fato das coisas tente à universalidade, e se pode mesmo dizer que essa universalidade já se verifica desde já. " in* JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil, cit., p. 555-556.

dos atos de empregados em relação aos patrões, dos animais em razão de seus guardiões e os de coisas inanimadas, já que podiam os supostos agentes dos danos podiam demonstrar, apesar da dificuldade prática que muitas vezes isso importava, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima[207].

Mas há de se fazer uma distinção entre a presunção *juris tantum* e a *juris et de jure* nos casos em que eram aplicáveis a teoria da guarda. Na primeira, por óbvio, sendo possível a demonstração pelo autor do dano da prova em contrário da responsabilização pelo ato, fica claro que não há outro fundamento que não a culpa para o pagamento de eventual indenização. Ao revés, não sendo possível essa demonstração, tem-se a consagração da teoria do risco em sua forma clássica, pois nada poderá eximir o causador do dano de sua responsabilidade civil[208], o que não era o caso da Teoria da Guarda.

2.2.2.3. Teoria das Faltas Negativas

Essa teoria foi iniciada por LOIUS JOSSERAND[209] para explicar que determinadas responsabilidades poderiam advir de uma simples inércia ou do não agir de um indivíduo, a partir de uma interpretação jurisprudencial mais alargada do artigo 1.383 do Código Civil francês.

Era, portanto, uma antítese ao conceito de clássico da culpa, que não prescindia de uma ação do agente, apta a causar algum dano a outrem, para caracterizar uma responsabilidade daí decorrente.

Dizia o doutrinador francês que, se alguém dispunha de algum meio capaz de minimizar os riscos e deixou de colocá-lo em prática por qualquer razão, deveria, pois, responder por essa ausência de ação, por isso dizia M. PIERRE DE HARVEN que "*está em falta quem não se adapta ao progresso*"[210].

---

[207]Cf. JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil, cit., p. 555.
[208]Cf. LIMA, Alvino. op. cit., p. 81-83.
[209]Cf. JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil, cit., p. 553.
[210]*Apud* Id. Ibid., p. 555.

Como exemplos dessa teoria, teríamos o dono de estrada de ferro que não colocou dispositivos nas chaminés de suas locomotivas para que as fagulhas não incendiassem as propriedades marginais ou, ainda, o dono de um fonógrafo elétrico que não substituiu o respectivo motor por outro menos barulhento e que permitisse, dessa sorte, os vizinhos receber emissões radiofônicas[211].

2.2.2.4. Teoria da Culpa Anterior

Essa teoria partiu do pressuposto de que o indíviduo privado de sua consciência é culpado (sim, pois não se conseguiu estabelecer, ainda nessa fase um distanciamento completo da teoria subjetiva) pelos atos anteriormente praticados ao estado de alienação em que se encontrava no momento em que cometeu o dano.

Sustenta essa teoria que aquele que voluntariamente praticou atos preliminares ao estado de demência deve responder pelas suas ações quando estava fora de si, caso pudesse de outro modo agir anteriormente. Essa teoria fica mais clara quando se vislumbra o exemplo de um sujeito que, após tomar várias doses de bebidas alcóolicas, passa a causar danos a outras pessoas[212]. O estado de embriaguês fora causado de forma voluntária e, ainda que o agente não estivesse no total controle de suas faculdades mentais no momento dos danos, deveria ter sabido que isso poderia acontecer, logo agiu com culpa anterior aos atos praticados[213].

BAUDRY-BARDE[214], após lembrarem que essa teoria foi adotada em diversos códigos tais como o alemão, o japonês e o sérvio, também trazem à baila exemplo de sua aplicação na circunstância de que o agente que causou o dano valeu-se do uso anterior de drogas entorpecentes, sendo, no caso citado pelos doutrinadores, a morfina. A falta inicial seria um obstáculo a excusa dos atos danosos pelos usuários da droga.

---

[211]JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil, cit., p. 555.

[212]ALVINO LIMA ressalta, ainda, casos de contágio de moléstias venéreas e de hipinotismo voluntário. (*in* LIMA, Alvino. op. cit., p. 98).

[213]Cf. Id. Ibid., p. 96-98. Lembra esse autor, ainda, que essa teoria foi adotada pelos Códigos Civis Alemão, Suíço das Obrigações, Austríaco, Belga, Italiano e Polonês das Obrigações.

[214]Cf. BAUDRY-BARDE. *Traité théorique et pratique de droit civil*: des obligations. Paris: Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1908. t. 4, p. 549.

Embora possa parecer um pouco fora da realidade do Direito Civil atual, ALVINO LIMA[215] concluiu pela importância dessa doutrina no avançar da teoria do risco, pelo fato de que ela se dissocia do caráter convencional da culpa ao "*derrogar os princípios da teoria clássica, pois o fato culposo anterior não tem relação direta com o dano*".

2.2.2.5. Teoria da Culpa Desconhecida

Também essa teoria parte de uma presunção de responsabilidade civil, em virtude da insuficiência de meios para se apurar o verdadeiro autor do dano, tomando-se como parâmetro a probabilidade da ocorrência do evento danoso daquele que se serve de determinada atividade para fruição de vantagens.

Não foi por outra razão que a aplicação desta teoria foi difundida no seio dos eventos danosos oriundos de descargas elétricas[216], daí sua proximidade com as teorias do risco-criado ou do risco-proveito[217], sobre as quais se esmiuçará mais adiante.

Seja como for, a definição da teoria da culpa desconhecida acaba também por resvalar na teoria da guarda das coisas.

Tanto é assim que HERMANO DUVAL[218], após defender a presunção de culpa das empresas de energia elétrica pelos danos dela advindos, com fundamento no perigo

---

[215]LIMA, Alvino. op. cit., p. 98.

[216]*"As precauções usuais não bastam, pois são necessários os cuidados que o progresso da indústria da energia elétrica recomenda, como observam Pipia e Oronzio di Mitta, não discrepando a jurisprudência brasileira de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando decidiu que, ´embora ocorrido o desastre em ramal particular mantido e reparado pelo consumidor, por êle* (sic) *responde a emprêsa* (sic) *exploradora dêsse* (sic) *serviço se o aceitou sem as cautelas e medidas aconselháveis ao caso`. A responsabilidade da emprêsa torna-se ainda mais evidente pelo fato de que a companhia exploradora da indústria da energia elétrica é que é a guardiã do fluido, como observa Savatier, havendo essa responsabilidade sido tão ampliada que os tribunais franceses têm admitido a reparação não sòmente* (sic) *dos danos atuais, mas como no caso de proprietário que suporta servidão de passagem de linha de transporte, também é devida reparação de prejuízo futuro certo, que deverá sofrer em virtude de continuar a instalação em serviço."* (*in* ÁLVARES, Walter T. *Direito da eletricidade.* Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 1954. p. 156-157)

[217]Cf. SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 89.

[218]Cf. DUVAL, Hermano. Responsabilidade civil por eletrocução. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 39, n. 90, fasc. 466, p. 69 e 71, abr. 1942. Nesse mesmo sentido pensa ROBERT BEINEIX (*in La responsabilité civile en matière d´accidents et de dommages provoqués par le Courant Electrique.* Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1938. p. 250).

devastador ao ser humano e inerente à atividade, calca a responsabilidade do explorador na teoria da guarda das coisas.

Mesmo ALVINO LIMA[219], que trouxe a lição sobre a teoria da culpa desconhecida em sua obra *Culpa e Risco* em tópico apartado, sustentou que "*em matéria de acidentes de eletricidade, nos quais a comprovação da culpa da emprêsa* (sic) *é difícil, senão impossível, a aplicação do art. 1.384, § 1º, se tornou indispensável"*.

2.2.2.6. Teoria da Culpa Coletiva

Essa teoria tinha aplicação para aquelas hipóteses em que o evento danoso fosse gerado pela prática de atos simultâneos por um ou mais agentes, sem que fosse possível individualizar o verdadeiro responsável pelo feito[220].

HENRI DE PAGE[221] salientou que a Corte de Cassação estava dividida na aplicação desse princípio, que teria origem no Direito Penal (artigo 50 do Código Penal francês). A maior dificuldade, ressaltou aquele doutrinador, é que essa teoria parte de uma culpa comum, não intencional, sem ter havido *"une faute unique"*. Citou como exemplo o caso de um acidente automobilístico em que estivessem envolvidos dois carros. Por óbvio, houve duas *"fautes"*, mas, de acordo com essa teoria, partiria-se de uma única. Mais do que isso, havia outra dificuldade prática a ser suplantada, qual seja, a de que a solidariedade não poderia ser presumida entre os agentes envolvidos no acidente, mas deveria somente decorrer da lei ou do contrato.

De maneira astuta e para se desvencilhar da dificuldade criada por uma *solidariedade judicial*, ILHAN E. POSTACIOGLU[222], professor da Faculdade de Direito de Istambul, ao referir-se a um evento danoso advindo de tiros simultâneos disparados por homens em uma caçada, fundamentou a decisão pela aplicação da teoria da culpa coletiva

---

[219]Cf. LIMA, Alvino. op. cit., p. 134. Veja-se também, nesse sentido, apontando a teoria da culpa na guarda como fundamento para a responsabilização decorrentes de acidentes elétricos: DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil.* Bruxelas: Etablissements Émile Bruylant, 1934. v. 2, n. 1005, p. 861.
[220]LIMA, Alvino. op. cit., p. 108.
[221]DE PAGE, Henri. op. cit., p. 883-887.
[222]POSTACIOGLU, Ilhan E. Le problème de la responsabilité collective. *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, Paris, n. 52, p. 443, 1954.

não em uma simples presunção, mas que existiriam condições de previsibilidade dos autores acerca de uma conseqüência danosa (concorrência no evento) e da impossibilidade de aferir-se com provas concludentes de suas responsabilidades isoladas.

Embora, nos dias atuais, com o avanço das perícias, a tese desenvolvida pelo ilustre professor ILHAN E. POSTACIOGLU possa não ter uma aplicação efetiva, certo é que a responsabilização de determinados integrantes do grupo de caça, citado no exemplo acima, decorre muito mais de uma situação de risco-criado, disfarçada sob o epíteto de *culpa coletiva*, sendo esse o ponto que se aproveita dessa linha de pensamento para o nosso trabalho.

2.2.2.7. Responsabilidade entre Vizinhos

Os irmãos MAZEAUD[223] ensinavam que, embora desprovidos de tanta força quanto naqueles idos na França[224], os direitos de vizinhança remontavam o Direito Romano, o qual, embora sempre fulcrado na culpa, permitia, por outro lado, direito à reparação dos vizinhos que se achavam incomodados com a fumaça e os maus odores provindos de uma casa que se encontrasse ao redor. Lembravam, ainda, que o Direito Francês, a partir das figuras de DOMAT e POTHIER, foi capaz de extrair esses ensinamentos da época romana e ampliá-los ao conceituar a propriedade.

Por óbvio, não há como negar que os problemas de vizinhança não são os mesmos para os romanos, para os medievais ou para os franceses do início do século passado[225] e muito menos os são para os dias atuais. O adensamento populacional e as indústrias que tomavam lugar contíguo ao de casas localizadas em ruas onde, antes, só se ouviam, quando muito, o rufar dos cavalos das charretes, era fato novo que à ciência do Direito foi dado a solucionar.

---

[223]MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 295-296.

[224]*"Verificamos que a teoria clássica da culpa sofreu, neste capítulo da responsabilidade, uma restrição acentuada, perfeitamente justificada, em virtude do crescente número de casos concretos de danos, cuja solução se impõe em face de princípios mais amplos do que os consagrados pela teoria clássica da responsabilidade."* (*in* LIMA, Alvino. op. cit., p. 179).

[225]Cf. DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1939. p. 15-16.

Importante ressaltar, para que não se diga que este capítulo já é estudado, que não se está diante de um abuso de direito de propriedade, pois aqui não há intenção de desviar o aspecto axiológico da lei para causar dano a outrem. Ao revés, o proprietário usa a coisa, cerca-se de todas as medidas necessárias para que não se provoque qualquer mal a quem quer que seja, mas este é inerente à exploração da própria atividade, que pode, inclusive, ter sido devidamente autorizada pela Administração[226].

Justo por isso, ao prosseguir para a identificação de quando é necessária a reparação entre vizinhos, os irmãos MAZEAUD[227] advertiam que deveria haver certo grau de tolerância entre os conviventes, inerente à vida em sociedade, mas seu limite levaria em conta o uso local, a situação e a natureza de seus imóveis, conforme preconizava o artigo 684 do Código Civil suíço, extraído das lições de IHERING.

A maior dificuldade para os doutrinadores adstritos aos conceitos romanísticos da culpa, entretanto, era a configuração do fundamento da responsabilidade entre os vizinhos, já que há muito mais de objetivo que de subjetivo em suas tentativas de explicação[228].

Os próprios irmãos MAZEUAD[229] reconheceram que havia autores que enxergavam nas decisões judiciais a verdadeira teoria do risco atrás da máscara da culpa. Para tanto, indagavam eles, como seria possível considerar como culposo o simples fato de ser dono de uma fábrica, mesmo valendo-se de toda a precaução necessária ou imposta? Para eles, existiria culpa, tal como dispõe o artigo 1.382 do Código Civil francês, somente naquela medida exata de excesso das obrigações ordinárias de vizinhança. Mas o esdrúxulo dessa tese era que somente seria culposo o excesso praticado em benefício do industrial[230], pois, lembre-se, deveria haver, no pensamento dos irmãos MAZEAUD, certa tolerância entre os vizinhos. Em resumo, o que excedesse o *normal* de tolerabilidade, seria considerado culposo, mas, na prática, esse excedente era o próprio dano. E entender o dano como sinônimo de culpa, sem perquirir a intenção do agente, seria o mesmo que admitir a responsabilidade pelo risco.

---

[226]Cf. LIMA, Alvino. op. cit., p. 179.
[227]MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 297.
[228]Cf. SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 90.
[229]Cf. MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 317.
[230]E era justamente nisso que se fundamentava a crítica de PAUL LEYAT sobre a teoria dos irmãos MAZEAUD quanto à responsabilidade entre vizinhos, a qual reduziu a culpa ao excesso do dano, tendo como fim único a análise das conseqüências decorrentes do ato. *Apud* LIMA, Alvino. op. cit., p. 102 e nota 231.

O co-autor dos irmãos MAZEAUD no *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil*, ANDRÉ TUNC[231], discordou do pensamento dos seus colegas e colocou a responsabilidade entre vizinhos dentro do campo social: deveriam ser sopesadas as vantagens e desvantagens advindas do empreendimento industrial, notadamente autorizado para funcionar pela administração pública. Antecipam-se os autores daquela obra a refutar que, por mais que possa parecer, não se estaria adotando a idéia do risco, mas de dever de reparação sem culpa.

Essa tese de responsabilidade sem culpa foi também defendida por GEORGES RIPERT[232], ainda que sob outro prisma, pois partiu da noção de uso anormal da propriedade, de efêmero prestígio[233], para definir o caráter culposo do ocupante do imóvel de onde emanavam as *moléstias*. Mais tarde, o doutrinador abandonou esse ponto de vista e retormou a defensa da culpa como fundamento da responsabilidade entre vizinhos.

Após criticar a doutrina dos irmãos MAZEAUD, por reputá-la insuficiente para resolver os problemas da responsabilidade decorrente dos direitos de vizinhança, PAUL LEYAT abraçou e remodelou a tese da *emmissio* romana, para despontar com uma idéia nova de *culpa especial*, que fundamentaria a responsabilidade a partir da emissão (de todo os tipos: de fumaça, luminosa ou radiofônica, etc.) de algo que fosse capaz de causar prejuízo ao vizinho e (tal como outras doutrinas) ultrapasse um ponto ordinário de tolerabilidade.

Não é surpreendente, por óbvio, que LOUIS JOSSERAND[234] tenha proposto uma conceituação objetiva à responsabilidade entre vizinhos, que não derivaria de um delito, mas de um risco particular, exorbitante ao direito ordinário de propriedade, que tenha criado o proprietário ou dono do estabelecimento para seu benefício próprio, sem qualquer reciprocidade daí decorrente para os prejudicados. Seria, então, uma questão de equilíbrio de direitos e interesses contrapostos. Não se deveria perquirir a moralidade nem a oportunidade do ato que causou o dano ao vizinho, pois o fundamento, repita-se, seria tão-somente a teoria do risco, razão pela qual se prescindiria do caráter psicológico do proprietário.

---

[231]Cf. MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 319.
[232]Cf. SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 91. Também informa nesse sentido: LIMA, Alvino. op. cit., p. 180, nota 409.
[233]DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 65.
[234]JOSSERAND, Louis. *De L´esprit des droits et de leur relativitè*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 21.

L. CAMPION[235] acompanhava a tese de que a teoria do risco[236] era a melhor explicação para a responsabilidade entre vizinhos, embora também informasse que os incômodos ou danos decorrentes do exercício lícito da propriedade estavam sendo reputados (pela jurisprudência belga) também como quase-delitos, fundamentados em uma interpretação ampliativa do artigo 1.382 do Código Civil francês, o que, entretanto, não lhe retiraria a característica de espancar o conceito clássico de culpa.

ALVINO LIMA[237], após passar em revista diversas teses, também conveio que o conceito de responsabilidade sem culpa era o melhor para caracterizar a responsabilidade entre vizinhos, pois punha a salvo qualquer justificativa de tomada de precaução para se evitar o dano, uma vez que *"o critério da anormalidade ou da intolerância é objetivo, atendendo ao local, à situação e à natureza dos imóveis"*.

Como se verificou até o momento, de um lado existia a norma fria do Código Civil francês e, de outro, a necessidade cada vez mais imperiosa de aplicá-la de modo justo aos novos casos que chegavam aos beirais dos tribunais, sem que fosse preciso modificar as leis, o que levaria tempo demais, graças ao moroso sistema legislativo.

A indústria avançava e, com ele, os lucros dos empresários também aumentavam. Tudo o que se produzia, aliás, era fruto do capitalismo e para ele era concebido, como uma espécie de *feedback* positivo. Mas e o custo social disto? Muitos danos eram experimentados todos os dias, sem que nada pudesse ser feito pelas vítimas para recomposição dos seus prejuízos, pois, até então, estava-se diante de um esgarçado sistema de responsabilidade civil, calcado na culpa extracontratual, com extensa e (indubtavelmente) renomada bibliografia, que remontava a *Lex Aquilia* romana.

---

[235]CAMPION, L. op. cit., p. 40 e 48-49.

[236]Exemplos de aplicação da teoria do risco ao direito entre vizinhos são trazidos por L. CAMPION, sendo alguns bastante curiosos e que identificam que o uso "normal" do imóvel tem, de fato, correlação estreita com os costumes vividos em cada época: "*Sans reprocher aucun acte d´imprudence ou de négligence, tout en reconnaissant qui´il s´agit uniquement de l´exercice d´un droit, ils condamnent les prpriétaires des mines à raison des dommages causés à la surface; les industriels, même s´ils joussent des autorisations administratives nécessaires, dès que leurs usines émettent des fumées et poussières nuisibles, des exhalaisons fétides et nocieves; les compagnies de chemin de fer dont les locomotives occasionnet des dégâts par leur fumée ou par leurs étincelles; les tenanciers des maisons de tolérance, à raison de la dépréciation qui est infligée aux maisons avoisinantes; les usinier, transporteurs ou artisans, ler organisateurs de bals ou fêtes publiques, lees directeurs d´école même, lorsque le bruit résultant de moteurs, de la musique et des danses ou les cris des enfants incommodent immodérément les voisins; les directeurs de théàtre si le stationnement des voitures entrave l´explotation normale d´un café."* (*in* CAMPION, L. op. cit., p. 41-42).

[237]LIMA, Alvino. op. cit., p. 189.

Foi, então, a partir de pensamentos como esses demonstrados nas linhas acima, iniciados na Alemanha e, sobretudo, na França, que os lesados puderam ter um alento aos seus sofrimentos, sem que fosse preciso, no mais das vezes, qualquer alteração legislativa. O que se verá adiante, porém, é uma crescente positivação da teoria do risco e sua aplicação imediata à responsabilidade objetiva.

2.3. Teoria do Risco-Proveito

As teorias iniciadas tanto na Alemanha quanto na França caminhavam com passos fortes para o abandono da idéia de culpa para a responsabilização de agentes quando se estava diante de circunstâncias novas, impulsionadas pelo progresso da indústria, que, a cada dia, agravava os riscos que os indivíduos experimentavam em suas rotinas.

E para uma melhor solução desses sem número de casos que passaram a avolumar os tribunais, sugeria LOUIS JOSSERAND[238] que se abandonasse *"o ponto de vista subjetivo pelo ponto de vista objetivo, da noção de culpa pela do risco"*. Por mais que se tentasse, era impossível adotar todas as ações possíveis na prevenção de acidentes, bem por isso verifica-se, em muitas circunstâncias, não a existência de culpados, mas meros "*criadores de riscos"*[239].

Veja-se que, sobre esse ponto, LOUIS JOSSERAND[240] foi bastante lúcido ao expor que há hipóteses em que, mesmo um serviço público, como o de transporte de passageiros em trens a vapor, poderia ser objeto de um risco, apto a servir de fundamento para uma indenização. Isso tudo porque, segundo ele, *"qui casse les verres les paye"*. Daí, igualmente, podemos extrair dos ensinamentos do douto professor que o risco deve ser suportado por quem o criou, independentemente de um eventual direito real de propriedade que possa ser decorrente, mas que daquele não é pressuposto[241].

---

[238]*in* JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil, cit., p. 556.
[239]Expressão utilizada por LUIZ DA CUNHA GONÇALVES (*in* op. cit., p. 475).
[240]*in* JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil, cit., p. 556.
[241]*in* Id. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas, (Extratos), (1987), cit., p. 117.

Em outras palavras, aquele que cria um risco deve ter a noção de que suas atividades, mesmo que lícitas, são aptas a causar prejuízos indenizáveis[242]. Caso assim não fosse, estar-se-ia diante de um culpado anônimo, pronto a relegar ao vazio toda a idéia de Justiça.

A simples inversão do ônus da prova não se mostrava mais suficiente para resolver muitas questões, uma vez que os donos dos empreendimentos conseguiam, graças as suas abastadas condições financeiras, provar que não tiveram culpa alguma pelo acidente. Era preciso uma idéia nova para fundamentar a responsabilidade civil[243]. Estava-se, então, diante de um fato que não tinha, em tese, um causador, pois não havia sido provocado nem pelo lesado, nem pelo dono do negócio[244].

Os irmãos MAZEAUD[245] reduziram a teoria do risco-proveito ao brocardo jurídico romano *"ubi emolumentum, ubi onus"*[246] e colocaram à prova essa teoria com a perplexa indagação do que se poderia definir o proveito de uma atividade. Para eles o "proveito" não seria apenas qualquer benefício advindo do desempenho de uma função, pois, caso prevalesse essa tese, seria o mesmo que entender pela teoria do risco-integral. Todos os indivíduos, excetuando os amentais, teriam, em tese, algum interesse na atividade que desempenhavam, seja ela de ordem moral, seja ela de natureza pecuniária.

A restrição, portanto, desse *proveito*, diziam os MAZEAUD[247], citando os ensinamentos do próprio LOUIS JOSSERAND, seria o pecuniário, entendido como uma fonte de riqueza ou *"la responsabilidad por el hecho de la explotación*". Ou, como bem sintetizou B. STARCK[248], o risco seria a contrapartida do proveito econômico que um homem retira de uma atividade.

---

[242]Nesse mesmo sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. op. cit., v. 5, p. 456; e, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 270.
[243]Cf. RIPERT, Georges. op. cit., p. 344.
[244]Cf. GONÇALVES, Luiz da Cunha. op. cit., p. 474.
[245]MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 10.
[246]WILSON MELO DA SILVA esclareceu o fundamento histórico do risco-proveito: *"O fundamento remoto desse risco-proveito poderíamos encontrá-lo no próprio jus romanum, na conhecida passagem de Paulo: ´Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda` (fr: 10,* De diversis regulis juris antiqui, *L. 17), pensamento que os doutrinistas alemães expressam no ´*eigenes Interesse, eigene gefahr` *(Löning, Unger).*" (SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 55).
[247]MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 10.
[248]STARCK, B. Domaine et fondament de la responsabilité sans faute. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 56, p. 478, 1958.

Sobre esse aspecto e para contribuir no enriquecimento do nosso trabalho com algumas noções conceituais, tomamos a liberdade de citar um doutrinador mais moderno. Tomemos, pois, as lições de ARNALDO RIZZARDO[249], para quem o risco-proveito surge da difundida noção de responsabilidade do dono pelas suas coisas. Colocam-se em destaque as máquinas industriais, as quais podem causar danos não só para quem as manuseia, como também a terceiros que não estejam a elas ligadas juridicamente.

Interessante notar que a positivação da teoria do risco-proveito, como ensinou PIETRO TRIMARCHI[250], teria acontecido primeiramente na Prússia, que a acolheu e editou a lei datada de 3 de novembro de 1838, a fim de caracterizar a responsabilidade de estradas de ferro[251] pelos danos decorrentes de suas atividades, exceto nas hipóteses de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Não ficou também livre de críticas a teoria do risco-proveito[252]. Os próprios irmãos MAZEAUD, em contraposição à tendência social ou socialista dos doutrinadores que defendiam a então novel teoria, continuavam a sustentar que o indivíduo seria o centro do Direito e que sua conduta deveria ser considerada na apreciação de responsabilidades. A idéia do risco-proveito, portanto, para eles, seria um retrocesso: transpor as idéias da Escola Positivista Italiana do Direito Penal para o Direito Civil seria falacioso, porque o dano causado a um indivíduo não representaria um perigo para toda a sociedade.

LUIZ DA CUNHA GONÇALVES[253] rebate – ainda que sem mencioná-los expressamente no texto de sua obra – a crítica dos irmãos MAZEAUD, pois entende ele que o prejuízo individual interessa tanto a sociedade que, durante o império romano, foram incessantes as tentativas de substituição da vingança privada pela repressão estatal.

Com o devido respeito à grandiosidade da obra dos irmãos MAZEAUD e da sua importância (até pelas críticas desferidas, que permitiram, por via reflexa, o aprimoramento científico da responsabilidade objetiva e da teoria do risco), com eles não podemos concordar. Em que pese o fato de que uma transposição simplista do Direito Penal ao

---

[249]RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 30.
[250]TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggetiva.* Milano: Giuffrè, 1961. p. 12.
[251]Entre nós, o Decreto nº 2.681 de 7 de dezembro de 1912 previu a responsabilidade do explorador de estradas de ferro perante os proprietários marginais, independentemente de culpa (Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: responsabilidade civil. 20. ed, rev. e atual. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4, p. 156).
[252]Ou, como prefere chamar MARIA CELINA BODIN DE MORAES, "*teoria do risco-benefício*" (MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit., p. 15).
[253]GONÇALVES, Luiz da Cunha. op. cit., p. 488.

direito privado possa eventualmente ser desprovida de conteúdo suficiente para ensejar um fundamento mais consistente da responsabilidade objetiva, estamos diante de outra situação absolutamente distinta. Trata-se, aqui, da tentativa de extinção da culpa anônima, que deixou à míngua de qualquer recomposição de prejuízos vítimas da era desenvolvimentista do período posterior à Revolução Francesa.

Assim, como destacou ALVINO LIMA[254], *"não é justo, nem racional, nem tampouco eqüitativo e humano, que a vítima, que não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia"*.

A aplicação da teoria do risco-proveito, entretanto, restou adstrita aos comerciantes e grandes industriais, *"o que lhe retiraria o valor de fundamento da responsabilidade civil porque restringiria sua aplicação a determinadas classes"*[255].

2.4. Teoria do Risco-Profissional

Existe certo discenso na doutrina[256] quanto à denominação de algumas doutrinas decorrentes do risco, como, por exemplo, o abalizado entendimento LUIZ DA CUNHA GONÇALVES que diz que a teoria do *risco-profissional* poderia, sem prejuízo de seu sentido, ser chamada de teoria do *risco-criado.*

Deixemos, por ora, de lado o imbróglio de nomenclaturas, pois pretendemos analisar com mais afinco neste tópico de nosso trabalho as situações de risco criadas pelo dono do empreendimento e suportadas pelo trabalhador, por isso a nomenclatura que adotaremos é da *teoria do risco-profissional*, que, invariavelmente, teve sua origem na

---

[254]LIMA, Alvino. op. cit., p. 124.

[255]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil,* cit., p. 282.

[256]Nesse ponto pedimos vênia para discordar de SERGIO CAVALIERI FILHO que, ao discorrer sobre a teoria do risco-criado, procede com alguma confusão ao mencionar sua admissão no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, pois menciona que não bastaria *"a conduta individual, isolada, mas sim a* atividade *como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos"* (*in* CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 171). Com todo o respeito, ousamos advertir que essa conceituação de risco, ligada aos *"fins econômicos"*, atende, pela sua caracterização detalhista, melhor à teoria do risco-proveito ou, quiçá, à teoria do risco-profissional.

teoria do risco-proveito, mas que tem sua aplicação restrita à relação empregador-empregado.

Mas, antes de trazer a lume a teoria do risco-profissional, devemos retomar os ensinamentos de dois doutrinadores, quais sejam, SAUZET e SAINCTELETTE, que imaginaram que a responsabilidade do patrão não deveria advir de um quase-delito, mas de um "contrato de garantia"[257]. De acordo com os partidários dessa tese, caberia ao empregador velar pela segurança de seus trabalhadores de modo a mantê-los sãos e salvos. Qualquer fato que implicasse em lesão deveria, por conseguinte, importar a presunção de culpa do empregador, que somente se escusaria de sua obrigação, se provasse o caso fortuito ou a força maior[258]. Esse "contrato de garantia" não traria os termos expressos das áleas a serem suportadas pelos empregadores, o que seria contrário à concepção individualista e liberal preconizada na França, mas, filosoficamente, substituiria a responsabilidade contratual pela responsabilidade delituosa[259].

Em 1871, foi promulgada uma lei na Alemanha que obrigava as empresas que explorassem estradas de ferro a ressarcir todos os danos decorrentes de acidentes pessoais, como conseqüência de sua atividade, ou seja, "*le fait de l´exploitation*". Esse conceito, segundo RAYMOND SEILELLES[260], não deveria ficar adstrito ao transeunte que viesse a ser prejudicado, tal como ele mesmo exemplifica. Igualmente, poderia ser transposto em benefício dos trabalhadores que naqueles empreendimentos laboravam, graças a amplitude dos termos utilizados pelo legislador.

---

[257]G. P. CHIRONI também se referiu à garantia, valendo-se de seu significado mais amplo, para estabelecê-la como decorrente ao patrão pelos riscos profissionais de infortúnios do trabalho. Segundo esse autor, a justificativa dessa garantia estava assentada em razões de índoles econômico-sociais e jurídicas. (CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno.* 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1906. v. 2, p. 639).

[258]Cf. SACHET, Adrien. *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail.* 5. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1909. p. 7. No mesmo sentido, ROUAST, André; GIVORD, Maurice. *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionelles.* Paris: Librairie Dalloz, 1934. p. 3-4; e, CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. v. 3, p. 73. RAYMOND SAILELLES rendeu elogios aos doutrinadores que foram, por assim dizer, precurssores na teoria do risco-profissional, classificando a idéia de SAINCTELETTE como "engenhosa" e a de SANZET como "uma fórmula de verdadeira precisão jurídica". (*in* SAILELLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l´obligation d´après le premier Projet de Code Civil pour l´empire Allemand.* 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925. p. 439).

[259]Cf. RIPERT, Georges. op. cit., p. 334.

[260]SAILELLES, Raymond. op. cit., p. 440.

Entretanto, o marco histórico da introdução da teoria do risco-profissional na jurisprudência francesa, como admite o mesmo RAYMOND SAILELLES[261], ocorreu com o pronunciamento de uma decisão judicial, em 16 de junho de 1896, a qual condenou o dono do empreendimento ao ressarcimento de seu funcionário pelos danos ocasionados por um equipamento que possuía vício de construção. Em 9 de abril de 1898, estava publicada a lei de acidentes de trabalho na França[262], que teve como inspiração legislação semelhante, anteriormente publicada na Alemanha[263].

Os irmãos MAZEAUD[264], na sua peculiar maneira *estreita* de ver a responsabilidade objetiva, enquartelam a teoria do risco-profissional apenas às hipóteses ocorridas antes do advento da referida lei francesa de acidentes de trabalho, já que, após sua promulgação, a questão teria perdido interesse prático e teórico-doutrinário, ante a positivação do entendimento.

Apesar de inicialmente facultativa, a lei francesa de acidentes de trabalho de 1898 representou, de fato, um avanço importante, pois não precisaria mais o empregado acidentado fazer a diabólica prova da culpa do seu empregador. Por outro lado, havia uma tarifação de indenizações pré-estabelecidas para os danos, o que, nem de longe, representava com fidedignidade o real prejuízo que experimentavam os funcionários mais desafortunados[265]. Lembrava, vagamente, um sistema de seguridade social, pois os

---

[261] *Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile.* Paris: Arthur Rousseau, 1897, p. 1 a*pud* GODOY, Luiz Arthur de. *Responsabilidade de direito comum e dano resultante de acidente de trabalho.* 2003. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 63.

[262] No Brasil, a primeira lei de acidentes do trabalho (lei nº 24.687/34) é datada de 10 de julho de 1934 e, em seu artigo 2º, previa a responsabilidade objetiva para o patrão mesmo nos casos de culpa grave do empregado (Cf. RODRIGUES, Silvio. op. cit., v. 4, p. 158).

[263] *"A Alemanha editou sua primeira lei sobre acidente do trabalho em 1884 como parte da política do chanceler Otto Van Bismarck (1883, lei sobre seguro-doença [marco inicial da previdência pública] e em 1889, lei do seguro contra invalidez e velhice). Posteriormente e inspirando-se nesta legislação surgiram leis acidentárias na: Áustria – 1887; Noruega – 1894; Finlândia – 1895; Inglaterra – 1897; Dinamarca, Itália e França – 1898; Espanha – 1900; Brasil – 1919 – Lei 3.724 de 15.1.1919."* (*in* HORTAVH JUNIOR, Miguel. Uma análise do risco acidente do trabalho sob a ótica histórica, doutrinária e jurisprudencial, com ênfase na aplicação da teoria da norma jurídica. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 4, n. 3, p. 31, out./dez. 1997).

[264] MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 1, v. 2, p. 11.

[265] O que, em muito, lembra a nossa legislação securitária para acidentes de trabalho: *"A Constituição Federal* [de 1988], *buscando dar mais proteção às vítimas de acidente de trabalho, permitiu a reparação de danos dessa natureza mesmo em casos de culpa levíssima do patrão. Com isso os benefícios pagos pela Previdência Social foram dirigidos apenas à manutenção das necessidades básicas do segurado, deixando às indenizações sociais em descompasso com o princípio da reparação integral dos danos, resultando na demasiada mitigação da absorção do risco da atividade empresarial pela Previdência Social. Em decorrência disso o risco proveito decorrente da atidade empresarial acabou sendo repassado ao trabalhador."* (*in* BRUM, Gustavo. Culpa ou risco no acidente de trabalho. *Revista da Ajuris,* Porto Alegre, ano 29, n. 87, t. 1, p. 163, set. 2002).

pagamentos das indenizações eram realizados por caixas de previdência ou seguradoras, que recebiam os prêmios das próprias empresas[266].

Não obstante, LOUIS JOSSERAND[267] citou os ensinamentos de seu compatriota RAYMOND SAILELLES para definir que, se o empresário "*se aproveita da sorte, a lei coloca ao seu encargo o azar, os riscos da indústria, da profissão"*. O custo do risco-profissional deveria entrar no cômputo dos custos gerais da empresa, tal como é o preço do aluguel, das matérias-primas ou dos seguros contra incêndio. Esse custo, sustentava ele, tenderia a ser amortizado ao longo dos anos[268]. Por assim dizer, *"o acidente do operário é comparado à deterioração de uma máquina"*, logo, *"é necessário amortizar o capital humano, como se amortiza o capital material"*[269].

A teoria do risco-profissional[270] prescinde, pois, da avaliação da culpa do empregador para o ressarcimento de seus funcionários em razão de algum evento danoso, já que estaríamos diante da socialização dos riscos, com fundamento nos princípios de eqüidade e justiça. Essas características rechassam, de uma só vez, duas idéias: a de que a teoria do risco-criado decorreria de uma obrigação contratual, o que não é verdade, pois ela deriva da lei; e a de que seria uma obrigação delitual, uma vez que ela não mais encontra fundamento no campo das meras presunções de culpa[271].

Por outro lado, é importante frisar que esta teoria não está vinculada aos riscos inerentes à profissão, como aqueles decorrentes de atividades insalubres, muito embora, nos idos do fim do século XIX e início do século XX, provavelmente, a imensa maioria das atividades braçais pudessem ser hoje assim consideradas. O que se discute são os riscos

---

[266]Cf. GODOY, Luiz Arthur de. *Responsabilidade de direito comum e dano resultante de acidente de trabalho,* cit., p. 67; e, SACHET, Adrien. op. cit., p. 12-13.

[267]*in* JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas, (Extratos), (1987), cit., p. 109.

[268]Semelhante proposição foi observada por MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, ao tratar do risco-proveito, mas que se encaixa, no âmbito da nomenclatura que ora utlizamos, na qualificação de risco-profissional: *"O patrão, ao celebrar o contrato de trabalho, pode já incluir nas suas estimativas a provável responsabilidade por qualquer acidente que o seu operário possa sofrer, durante as horas de serviço. Trata-se de uma concepção já hoje considerada e prevista pelo Direito positivo."* (*in* LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: 1962. v. 5, p. 200).

[269]Cf. RIPERT, Georges. op. cit., p. 356.

[270]Cf. SOUZA, Mauro Cesar Martins de. *Responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho.* Campinas: Agá Juris, 2000. p. 174-176.

[271]SAILELLES, Raymond. op. cit., p. 448.

decorrentes de qualquer desempenho normal de função[272], uma vez que cabe ao empregador garantir a incolumidade do seu empregado no ambiente que exerce suas funções[273].

Entretanto, para que não restem dúvidas, julgamos relevante fazer uma necessária separação entre essas tais duas categorias distintas de riscos, para que possamos avançar, sem que a teoria do risco-profissional seja abraçada pela largueza da teoria do risco-criado, que, mais adiante, entraremos em detalhes.

Assim, existe o risco genérico, que é aquele ao qual todo homem está sujeito, inclusive o trabalhador, mas não em razão das condições da atividade que exerce; e, ao revés, o risco específico, cuja existência decorre *"das condições peculiares do trabalho e recahe exclusivamente ou com maior intensidade, sobre aquelle que se acha em contacto com o mesmo trabalho"*[274].

Parece intuitivo que o empregador somente está adstrito à responsabilidade dos riscos específicos por conta da teoria do risco-profissional, isso porque, é exatamente esse viés que torna o funcionário mais ou menos suscetível a um infortúnio, já que, se não existisse a relação empregatícia, estaria a salvo dele[275]. Muito embora, o risco genérico pode transformar-se em risco específico de acordo com a atividade laborativa que desempenha o funcionário. É o caso, por exemplo, do sujeito atingido por um raio, enquanto consertava um posto de alta tensão: embora todos possam ser atingidos por uma descarga elétrica natural (risco genérico), para o funcionário da companhia elétrica esse

---

[272] *"Essa teoria consiste em reconhecer-se o risco especial do trabalho, independente das demais causas (falta do empregador; falta do empregado; falta de terceiro e outras), e que se baseia, principalmente, em imprudência do empregado; fadiga; hábito; falta de aprendizado; e falta de condições de saúde (...)."* (BITTAR, Carlos Alberto. op. cit., p. 41-42, nota 114).

[273] Aproveitamos o ensejo do tópico, para esclarecer que o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça reputa como subjetiva a responsabilidade do empregador por acidente de trabalho e objetiva a responsabilidade tarifada da Previdência Social. Nesse sentido, confiram-se os seguintes arestos: AGA 338.426/SP, REsp 196.101/SP, REsp 63.558/SP, REsp 19.338/SP, REsp 319.321/RJ e REsp 578.071/PB. Sobre o assunto, é digno de nota, ainda, o Enunciado 377, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, que recomendou que o disposto no inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal não pode servir de impedimento para aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro. PORTAL DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ivjornada.pdf> Acesso em: 10 dez. 2008.

[274] PINHO, Pericles Madureira. *Risco profissional*. Bahia: A Nova Graphica, 1933. p. 34-35.

[275] A maior abrangência da teoria do risco-profissional, de modo a abarcar também os riscos genéricos, seria objeto da teoria do risco social, defendida pela Associação Internacional de Seguridade Social somente em 1962. (Cf. HORVATH JUNIOR, Miguel. op. cit., p. 35).

risco pode ser específico, dada a maior incidência de acidentes dessa natureza em árvores, postes ou torres de energia[276].

Assim, como já mencionado acima, a teoria do risco-profissional tomou grande fôlego com o advento da lei francesa de acidentes de trabalho, mas os doutrinadores entusiastas da responsabilidade objetiva não estavam satisfeitos, como quiseram fazer crer os irmãos MAZEAUD, e pretendiam que o risco se tornasse, cada vez mais, um fundamento para a responsabilidade.

2.4.1. Teoria do Risco de Autoridade

A teoria do risco de autoridade, em verdade, seria decorrente da teoria do risco-profissional, na visão de alguns autores, entre eles, ANDRÉ ROUAST e MAURICE GIVORD[277] e MARCEL BLUM[278], para os quais haveria explicações diversas a ensejar uma reformulação da teoria do risco-profissional.

Em primeiro lugar, a simples enunciação do brocardo "*ubi emolumentum, ubi onus"* já não seria mais suficiente para explicar a responsabilidade do empreendedor, pois, se o proveito advindo da atividade industrial era o fundamento da reparação do dano, então a reparação deveria, por sua vez, ser proporcional aos lucros auferidos pelo patrão.

Em segundo lugar, se o fundamento da responsabilidade do patrão encontra-se no perigo que ele fez correr à vítima, então a lei de acidente de trabalhos da França de 1898 deveria proscrever tais atividades.

Em terceiro lugar, a lei acidentária de 1898 foi posteriormente alargada pelo legislador francês para estabelecer outras hipóteses que não aquelas previstas inicialmente no texto original. Dizem os defensores dessa teoria que os garçons ou as empregadas domésticas, por exemplo, não estão expostos a nenhum risco especial e, por isso, a teoria do risco-profissional seria insuficiente para explicar o dever de reparar.

---

[276]CHAVES, Antonio. op. cit., v. 3, p. 74.
[277]ROUAST, André; GIVORD, Maurice. op. cit., p. 25-27.
[278]BLUM, Marcel. *Traité pratique de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionneles.* Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1939. p. 13.

A teoria do risco da autoridade, a partir do critério da subordinação[279], seria, então, o fundamento válido da reparação do trabalhador que sofresse danos decorrentes de suas atividades laborativas, mesmo quando *"a culpa pertence a êste"*, pois decorre de um fundamento político de alcance da aplicação das leis de acidentes de trabalho, de modo a não permitir que fique sem reparação o seu funcionário acidentado[280]. O empregado trabalha em determinada função mediante um contrato de trabalho e, por isso, está sujeito aos termos que lhe são impostos pelo seu patrão. Daí que, se ocorre um acidente, ele tem lugar em um serviço em comando. A autoridade seria, pois, a fonte dos riscos.

Mas o empregado não é um *fantoche* na mão do patrão, pois ele pode desobedecer às ordens emanadas, agir com dolo. Por isso, a teoria do risco da autoridade comportaria como excusativa do patrão a falta grave ou a falta intencional do empregado.

2.3. Teoria do Risco-Criado

A teoria do risco-criado é, em verdade, uma forma de ampliação do alcance das teorias anteriores, que, a despeito das críticas que lhes foram desferidas, tentaram explicar os fundamentos da responsabilidade sem culpa de forma mais precisa, embora ainda contenha em sua nomenclatura uma certa imprecisão de ordem técnica[281].

Os avanços da teoria do risco-criado parecem claros: em relação ao risco-proveito, não se cogita mais acerca da apuração de qualquer benefício econômico resultante da atividade desempenhada[282]; e, no tocante ao risco-profissional (e também ao risco da autoridade), não se perquire a existência de relação empregatícia entre patrão e funcionário ou o exercício de funções a partir de um comando de ordens dela decorrente.

RENÉ SAVATIER[283] conjugou essas considerações, ao definir a teoria do risco-criado como aquela que obrigaria a reparar o dano, mesmo sem culpa, por uma atividade que o agente exerça em seu próprio interesse e sobre a sua autoridade. Segundo ele, antes das inspirações da doutrina da responsabilidade objetiva e, por conseguinte, da relevância da preocupação com o risco, a opinão pública, diante de um acidente qualquer, lastimava-

---

[279]Cf. BLUM, Marcel. op. cit., p. 13.
[280]Cf. RIPERT, Georges. op. cit., p. 357.
[281]Cf. DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 1, p. 73.
[282]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil,* cit., p. 285.
[283]SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile.* 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. v. 1, p. 349.

o. Se um particular ou até o Estado fossem acudir a vítima, era por uma questão de benevolência ou caridade, mas não de Justiça. Após o surgimento da teoria do risco, ao revés, a vítima e a sociedade identificam no acidente uma causa de verdadeiro rompimento da justiça e da eqüidade, logo exigem uma reparação.

Como já se disse em outras passagens do nosso trabalho, vivia-se uma época de inventos cada vez mais perigosos e com isso aumentavam-se os riscos para aqueles que nada contribuíram para a sua formação. RENÉ DEMOGUE[284] lembrou que as enumerações de hipóteses de responsabilidade civil fundadas no risco, tais como aquelas decorrentes da guarda dos animais, do fato das coisas ou do Estado, não estavam mais restritas, pois a jurisprudência havia se inclinado cada vez mais pela conveniência da aplicação da teoria do risco.

Não se estava mais diante da possibilidade de aferição da conduta do *"bonus pater familae"*, que seria a idealização sacramental da *"imagem da perfeição doméstica projetada na sociedade civil"*[285]. Isso porque o indivíduo não era mais capaz de assegurar-se de todas as cautelas necessárias para a inocorrência de danos oriundos de suas atividades[286], pois isso lhe fugia do controle a cada nova descoberta ou, simplesmente, a cada subir e descer dos pistões dos motores que impulsionavam as novéis máquinas[287].

Em outras palavras, já não era possível aferir, com a exatidão que pretendiam os romanos, a culpa[288]. Não restava, pois, outra saída a não ser alargar a concepção objetiva da responsabilidade para adentrar na teoria do risco-criado, de modo a *"derivar a responsabilidade do princípio exclusivo da* causalidade, *da relação de dependência do efeito para a causa, sem consideração alguma da culpa*[289]".

---

[284]DEMOGUE, René. op. cit., p. 483.
[285]GOMES, Orlando. op. cit., p. 383.
[286]Cf. GONÇALVES, Luiz da Cunha. op. cit., p. 475.
[287]Cf. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 309.
[288]*"Fundada no conceito da* culpa*, ela* [teoria subjetiva] *parecia ser inabalável em seus fundamentos e contstituir um daquêles institutos sobre os quais nada mais havia a evoluir por ter atingido o pleno acôrdo com as normas da moral e da fraternidade humana. Assim, porém, não é. É a própria moral, são os interesses supremos de nossa espécie que exigem outro fundamento à doutrina jurídica da responsabilidade pelos damnos causados a outrem diante dos progressos de ordem material que a cada momento põem em perigo a vida e a integridade dos indivíduos."* (MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. t. 2, p. 462).
[289]Id. Ibid., p. 459.

Forte nos ensinamentos de COLIN *et* CAPITANT e PLANIOL, RIPERT *et* ESMEIN, o insigne doutrinador AGOSTINHO ALVIM[290], então, saiu com uma fórmula magistral para resumir a teoria do risco-criado: *"todos devem suportar o risco de seus atos, culposos ou não"*[291]. M. I. CARVALHO DE MENDONÇA[292] foi além e imputou àquele que exerce uma atividade que possa causar danos a outrem, a partir dos riscos que produziu, a responsabilidade plena, *"mesmo quando o acontecimento isoladamente considerado possa parecer dependente do caso fortuito ou de fôrça maior"*.

Não destoou o entendimento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA[293], que, ao tratar do assunto, pontuou que deve o indivíduo responder pelos eventos danosos decorrentes da colocação em funcionamento de determinada atividade, *"independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta"*.

JEAN CARBONNIER[294] retratou a política legislativa do final do século XIX para traçar algumas considerações que serviram de combustível para o fomento da teoria do risco-criado. Ao lado do desenvolvimento do maquinismo, deixar uma pessoa menos favorecido economicamente que fosse vítima de um acidente corporal sem uma reparação significaria sua miséria, por isso pensava-se em sistematizar uma reparação, como medida de justiça social. Somava-se a isso, a irresignação cada vez maior dos vitimados e a construção de um sistema de seguros, que funcionava como um acelerador da teoria do risco, pois os tribunais tendiam a condenar aqueles que dispunham dessa garantia.

Acerca desse pano de fundo da teoria do risco[295], MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO[296] expôs que a sociedade se vê obrigada a proporcionar o bem

---

[290]ALVIM, Agostinho. op. cit., p. 308.

[291]AGOSTINHO ALVIM (op. cit., p. 310) entendeu que o risco da atividade em si é suficiente para caracterizá-lo como fundamento da responsabilidade objetiva. O doutrinar colocou uma hipótese interessante sob análise, a qual deixa claro o espectro alargado da teoria do risco-criado: a ação daquele que destrói coisa alheia para remover perigo iminente, apesar de ser lícita, importa a responsabilização do agente. Isso porque, como esclareceu FERNANDO NORONHA (*in* Responsabilidade civil: uma tentativa de ressistematização, cit., p. 19), *"a antijuridicidade é dado de natureza objetiva: há antijuridicidade quando um ato ou um fato ofende direitos alheios de modo contrário ao direito, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém"*.

[292]MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. op. cit., p. 460.

[293]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil,* cit., p. 270.

[294]CARBONNIER, Jean. *Droit civil*: les obligations. 10. ed. Paris: Presses Universitaires France, 1956. v. 4, p. 326.

[295]Entendemos relevante essas considerações, pois serão úteis para verificação do alcance do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, sobre o qual trataremos adiante.

[296]FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 110-111.

comum a todos e a, ao mesmo tempo, a cada um dos seus indivíduos, a partir de atividades que resultem em benefício social, ainda que em si mesmas possam ser perigosas. Assim, o risco-criado seria, portanto, um *risco social* e estaria tutelado pela própria sociedade, sendo que esta não tem condições de direta e imediatamente assumir as conseqüências de cada caso isolado, logo, as projeta naquele que está mais diretamente ligado ao fato.

KARL LARENZ[297] ressaltou que o caráter ilícito da atividade pouco importa para a atribuição da responsabilidade (que chamou de *especial*) pelos riscos criados. Existe, sim, uma imputação mais intensa do ponto de vista social. Ademais, para aquele professor alemão, os riscos poderiam decorrer de fenômenos naturais (quando causados por animais) ou mecânicos (quando, por exemplo, ocorrem danos em virtude da queda de uma bagagem alheia em um passageiro devido a um brusco movimento do vagão em uma curva).

Na defesa da teoria do risco-criado, M. I. CARVALHO DE MENDONÇA[298] esclareceu que a teoria da responsabilidade subjetiva nunca foi um critério seguro para a recomposição dos danos e, por isso, deveria por aquela ser corrida. Isso porque os juízes sofrem os influxos de seus preconceitos, idéias e precedentes que os dominam para influenciar nos seus julgamentos.

É possível, ainda, apontar, em defesa da teoria do risco-criado, uma contraposição à idéia de que se estaria voltando aos tempos da barbárie e da vingança privada, pois o foco seria o dano em si e sua causa apenas, sem nenhuma consideração para a ação humana. Sobre esse aspecto, posicionou-se LUIZ DA CUNHA GONÇALVES[299] veementemente contra tal assertativa, pois a culpa subjetiva dos romanos foi concebida para garantir uma melhor aplicação da pena correspondente ao *damnun injuria datum*, mas não estava sozinha como aplicação da responsabilidade, já que nunca foi *"uma noção suficiente para todos os casos, pois o homem prudente dos Mazeaud não é menos vago, menos fantasmagórico que o* diligens pater-familias *de ULPIANO"*.

---

[297]LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. 2, p. 663-665.
[298]MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. op. cit., p. 460.
[299]GONÇALVES, Luiz da Cunha. op. cit., p. 489-490.

2.4. Teoria do Risco-Integral

Em determinadas situações, entretanto, a teoria do risco-criado mostrou-se aparentemente injusta, uma vez que, mesmo correspondendo a um novo espectro de responsabilidade fulcrada na justa reparação da vítima, por vezes a deixava à míngua de qualquer reparação, pois o dano poderia ter sido fruto de um motivo de força maior, um caso fortuito ou da culpa exclusiva da vítima.

O legislador, portanto, ao deparar-se com situações como essas, pretendeu dar um passo adiante para introjetar no Direito uma noção ainda mais extremada da teoria do risco, qual seja a teoria do risco-integral[300], a fim de afastar a maior parte (senão todas) das excludentes de responsabilidade objetiva[301], dado o caráter excepcionalmente perigoso da atividade desempenhada pelo causador do dano.

Verifica-se, pois, que essas hipóteses de aplicação do risco-integral colocam sobre os ombros do empresário uma responsabilidade incontáveis vezes superior àquela que experimentaria se estivesse sujeito apenas ao critério subjetivo. Por óbvio, a razão de ser disso decorre do avanço da indústria e da manipulação de novas tecnologias cada vez mais danosas ao ser humano, as quais, por um descuido mínimo, podem ceifar um número avaçalador de vidas ou transmitir aos seus sobreviventes seqüelas incuráveis.

Para a teoria do risco-integral pouco importa a qualificação da atividade, se ela produziu ou não um risco especial ou aquele decorrente de um defeito no projeto ou na sua execução[302]. Seria, então, uma tese puramente negativista, bastaria a existência do dano e o nexo causal, para ensejar a indenização[303]. Daí porque afirma-se que a teoria do risco-integral dilui o nexo causal[304]

Dentro desse contexto de possível destruição em massa, a comunidade internacional resolveu direcionar a aplicação da teoria do risco-integral para, por exemplo,

---

[300]Também denominada de *"teoria do risco excepcional"* quando expressa manipulação de materiais radioativos e permite a objeção de excludentes de responsabilidade civil específicas: MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit., p. 16; e, ARALDI, Josue Udelson. Responsabilidade civil objetiva: alcance do disposto no Parágrafo Único do Artigo 927 do novo Código Civil. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil,* Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 18, maio/jun. 2007.

[301]As quais serão objeto de uma análise mais profunda no próximo capítulo.

[302]GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 114.

[303]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil, cit.,* p. 280.

[304]CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil, cit., p. 30.

as atividades nucleares[305], o que pode ser verificado pelas ratificações das convenções de Bruxelas, Viena e de Paris[306].

De acordo com tais documentos[307], a responsabilidade objetiva dos operadores de energia nuclear seria tarifada e vigeria por um período de dez anos a contar do acidente, ao mesmo tempo em que deveriam estar cobertas por um seguro[308]. Dessa forma, pretendia-se uma forma de comprometer o agente a uma reparação adequada pelos danos pessoais e materiais, sem, entretanto, impor à indústria nuclear uma responsabilidade tão excessiva que desencorajasse o lançamento de programas eletronucleares no mundo[309].

Por ser considerada a subespécie mais extremada da teoria do risco, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA[310] lembrou que ela não teve pleno êxito no campo do direito

---

[305] *"Reveste-se a matéria relativa à radiotividade, sob o aspecto jurídico, de características bem peculiares, pois ela não manifesta todos os seus efeitos instantaneamente: podem prolongar-se no tempo por anos a fio, minando não só a saúde de suas vítimas diretas, como até mesmo a de seus descendentes, por gerações sucessivas. Também não encontra limites geográficos, alcançando áreas muitas vezes bem distantes daquela em que se manifesta, o que é tanto mais grave porquanto nem sempre é desde logo percebida pelos sentidos"* (*in* CHAVES, Antonio. op. cit., v. 3, p. 195).

[306] Os Estados Unidos da América são reputados como pioneiros da adoção da teoria do risco-integral para o causador do dano nuclear (*strict liability*), ao editarem o *Kingdom Atomic Energy Act* de 30.8.1954 (seção 170), que, por sua vez, emendou a constituição norte-americana em 2.9.1975 (*Price-Anderson Amendment Act*). De acordo com essa norma, passou a existir a obrigatoriedade de licença estatal prévia para a manipulação da energia nuclear, a necessidade de um seguro e a responsabilização estatal até o valor de US$500 milhões, sobre o montante assegurado. À iniciativa dos Estados Unidos da América, seguiram-se outras da Inglaterra em 1955 (*Nuclear Instalations Licensing and Insurance Act*) e da Alemanha em 1959 (*Atomgesetz*). (Cf. ASBAHR, Péricles. Da responsabilidade civil por dano ambiental nuclear. *Revista de Direito Ambiental,* São Paulo, ano 7, n. 26, p. 207, abr./jun. 2002; e, VARELLA, Helena Rosa. op. cit., p. 74).

[307] Cf. REYNERS, Patrick. Modernisation du regime de responsabilite civile por les dommages nucleaires: revision de la Convention de Vienne et Nouvelle Convention sur la Reparation Complementaire des Dommages Nuclaires. *Revue Générale de Droit Internacional Public*, Paris, t. 102/103, p. 749, 1998.

[308] Esse conceito foi reproduzido praticamente em sua inteireza no Brasil pela lei nº 6.453/77. SERGIO CAVALIERI FILHO, entretanto, entende que a referida lei infraconstitucional não teria sido recepcionada em seus artigos 8º (tarifação de indenizações) e 9º (excludentes de responsabilidade), pois a Constituição Federal de 1988, na alínea "d" do inciso XXIII do artigo 21 combinado com o parágrafo 6º do artigo 37, previu apenas que a responsabilidade do Estado seria objetiva, sem fazer qualquer menção a limites de ressarcimento ou às hipóteses exonerativas de conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 155). RUI STOCO, por sua vez, entende (a) que as excludentes podem ser argüidas, o que, em nosso entendimento, excluiria a hipótese de aplicação da teoria do risco-integral; e, (b) e que a tarifação de indenizações não seria vedada pelo sistema do Código Civil, uma vez que o legislador previu, por exemplo, a hipótese da indenização eqüitativa pelos atos do incapaz. Por outro lado, RUI STOCO argumenta que o melhor critério para fixação do *quantum* pelo julgador será sempre o da extensão do dano, previsto no artigo 944 do Código Civil (STOCO, Rui. op. cit., p. 454-455).

[309] Os procedimentos que envolvem (antes, durante e depois) a manipulação de material radioativo talvez possam ser reputados, em seu conjunto, como a atividade que mais expõe o ser humano a riscos artificiais entre todas aquelas empreendidas contemporaneamente, os quais, pelas suas complexidades, inclusive, já tiveram oportunidade de serem classificados: "*I – quanto à sua origem: 1 – risco de estrutura: a) reatores; b) instalações atômicas; 2) risco de resultados (ou industriais): a) produtos nucleares; b) combustíveis nucleares; c) resíduos nucleares; II – quanto à manifestação: 1 – risco de função (inerentes): radiação; 2 – risco de operação (ocasionais): a) acidentes; b) supercriticalidade."* (*in* ÁLVARES, Walter T. *Introdução ao direito da energia nuclear.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1975. p. 122).

[310] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil,* cit., p. 281.

privado[311], uma vez que o ressarcimento estaria subordinado exclusivamente ao *"universo incontrolável do ambiente aleatório"*. HELY LOPES MEIRELLES[312] avançou nesse entendimento e classificou a teoria do risco-integral como condutora ao abuso e à iniqüidade social, razões pelas quais teria sido abandonada na prática também no campo do direito público, sendo substituída pela teoria do risco-administrativo[313].

---

[311]SERGIO CAVALIERI FILHO (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 239-240), entretanto, entende ser aplicável a teoria do risco-integral aos casos de acidente de trabalho, pois *"a indenização é devida mesmo que o acidente tenha decorrido de culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito*". Entendemos, ainda, que a denominação risco-integral, na sua conceituação estrita de não prever qualquer tipo de excludente de responsabilidade (nem mesmo o fato da vítima), é melhor aplicável aos acidentes de trânsito cobertos pelo Seguro Obrigatório de Veículos Automotores Terrestres, o "DPVAT". Nesse sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit., p. 16.

[312]MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 17. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1992. p. 556.

[313]Não pretendemos adentrar nessa subespécie da teoria do risco, pois refoge ao campo privatista do nosso estudo. Em todo caso, para que não se fique sem um parâmetro de entendimento do quanto exposto, tomamos a liberdade de transcrever das lições de HELY LOPES MEIRELLES o conceito da teoria do risco-administrativo e sua distinção com a teoria do risco-integral: *"A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. (...) Exige-se, apenas, o fato do serviço. (...) Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no* risco *que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. (...) Advirta-se, contudo, que a teoria do* risco-administrativo, *embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o* risco administrativo *não se confunde com o* risco integral. *O* risco administrativo *não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização."* (*in* MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 555-556).

CAPÍTULO 3. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA FUNDADA NA TEORIA DO RISCO

Neste capítulo, serão verificados os conceitos fundamentais das excludentes de responsabilidade oriundas de causas externas[314], consagradas pela doutrina e jurisprudência, a fim de que seja possível a análise de suas alegações pelos supostos causadores de danos para excluir a aplicação da teoria do risco e, conseqüentemente, da própria responsabilidade objetiva.

Em todas as excludentes da responsabilidade objetiva o efeito é sempre o mesmo: romper o nexo de causalidade entre a ação e o dano, tendo em vista que não há de se perquirir a culpa do agente.

Seria pretensioso, para não dizer absolutamente impossível, pretender trazer à colação todos os exemplos de aplicação das excludentes de caso fortuito e de força maior possíveis à luz da responsabilidade objetiva sob o enfoque da teoria do risco.

Mas há casos em que a reiteração de suas ocorrências nos tribunais os consagra como emblemáticos, a ponto de suas análises se imporem a partir dos conceitos expostos neste estudo, embora, em tese, a teoria do risco deixe pouco espaço para o intérprete vislumbrar hipóteses de afastamento da responsabilidade do suposto agente.

3.1. Caso Fortuito (Interno e Externo) e Força Maior

É cediço que a responsabilidade do agente pode ser elidida a partir das objeções acerca da ocorrência de causas excludentes, tais como o caso fortuito e a força maior, razão pela qual seus relevos são ainda mais proeminentes na responsabilidade objetiva

[314]As causas de irresponsabilidade podem ser dividas em absolutas e relativas. Aquelas estão ligadas ao critério de imunidade (*v.g.*, parlamentar) e excluem o ilícito e a responsabilidade; estas, por sua vez, apenas afastam o dever de indenizar. As causas de irresponsabilidade relativas, então, podem ser subclassificadas pelos critérios de isenção, que descaracterizam a ilicitude (*rectius,* constituem justificativa para a conduta) e a antijuridicidade (*v.g.*, a legítima defesa), permitindo o direito de regresso contra o causador da situação; e de exoneração, os quais dão sobrevida à responsabilidade e ao ilícito, mas desobriga o agente pela contaminação por fatos supervenientes (*v.g.*, o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo de terceiro e a culpa da vítima) (cf. MOELLER, Oscarlino. *Fundamentos da irresponsabilidade civil.* 1989. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989. v. 1, p. 136-149; e, VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4, p. 57-58).

decorrente da aplicação da teoria do risco[315], uma vez que aqui se prescinde do critério da culpa. Caberá, pois, ao suposto ofensor a demonstração plena de hipóteses que possam indicar a existência das excludentes para se eximir da responsabilidade.

Justamente por isso que o critério de conceituação do caso fortuito que interessa para este estudo é o objetivo[316], ou seja, que tenha como fundamento *"elementos decorrentes dos próprios acontecimentos, com abstração das condições pessoais e da diligência da obrigação*"[317], pois, se assim não fosse, estar-se-ia pendente para a responsabilidade subjetiva. ENNECCERUS[318] identificou que a teoria objetiva ou absoluta é aquela em que nunca se poderia responsabilizar o agente pelo evento danoso, pois este não seria evitado nem com o maior grau de diligência possível. Isso faz todo sentido se levarmos em conta que, se estivesse sendo valorado o critério do caráter culposo ou não do agente, não se poderia dizer que houve a ocorrência do caso fortuito ou da força maior, pois seria evitável[319].

O Direito primitivo romano não foi capaz de atentar para essas excusativas, mas, a partir do advento da Lei das XII Tábuas, passou a existir previsão de que não poderia ser condenado quem matasse sem culpa ou sem intenção[320].

Os romanos tinham, assim, no caso fortuito algo impossível de ser previsto (*nullum humanum consilium praevidere potest*), enquanto a força maior teria como característica maior a sua invencibilidade (*vis cui resisti non potest*) [321]. Em outras palavras, previram a existência do caso fortuito (ou força maior, em confusão de expressões) como todo acontecimento imprevisível ou inevitável, mas para eles essa idéia estaria, sobretudo, ligada à inimputabilidade ou da ausência de culpa[322], pois, como já vimos, não havia uma elevação doutrinária a ponto de estabelecer a responsabilidade objetiva como hoje nos é possível.

---

[315]Excetuada a subespécie do risco-integral, mas, como vimos, ela não teve entre nós aplicação plena.

[316]Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*; parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 23, p. 87; e, VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil, cit., v. 4, p. 51.

[317]*in* FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão.* 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 27.

[318]*Apud* Id. Ibid., p. 55.

[319]Cf. STOCO, Rui. op. cit., p. 182.

[320]Cf. CHAVES, Antonio. op. cit., v. 3, p. 544.

[321]MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. op. cit., p. 29. G.P. Entretanto, G. P. CHIRONI aduziu que essa expressão estaria ligada ao caso fortuito, mas este autor não faz distinção clara entre as duas excludentes (CHIRONI, G. P. *La culpa en el derecho civil moderno*, cit., p. 759-760).

[322]Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. t. 2, p. 49; e, VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito.* São Paulo: Amendola & Ferraz, 1914. p. 20-21. Este autor traz algumas passagens interessantes sobre a aplicação do caso fortuito e da força maior no Direito Romano e

ARNALDO MEDEIROS DA FONSECA[323] revelou, contudo, informações importantes, estribadas nos estudos de DE MEDIO e LUZZATO, quanto à responsabilidade "objetiva" dos barqueiros e dos estalajadeiros. Para aquele autor, de acordo com as impressões de ULPIANO sobre o edito do pretor, a responsabilidade pelo perecimento ou danificação das coisas que lhes haviam sido confiadas subsistiria em qualquer hipótese, exceto se fosse efeito da força maior (*vis major*).

Seja como for, adentrar na seara do diferenciamento, sem erros, entre o caso fortuito e a força maior é missão hercúlea[324]. Por isso mesmo que alguns renomados doutrinadores as tomam como expressões como equivalentes[325], embora a vertente que atribui sinonímia às expressões possa ter sido fruto dos semelhantes efeitos jurídicos que elas acarretam[326].

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA[327] advertiu que as tentativas de distinção realizadas pelas doutrinas clássica e moderna entre esses dois conceitos nem sempre foram profícuas[328], razão pela qual a lei civil atual procede, avisadamente, sem diferi-las[329]. De qualquer modo, o eminente civilista destacou que o caso fortuito estaria ligado às forças

---

menciona que a confusão existia também entre o caso fortuito propriamente dito e o *damnum fatale,* sendo aquele algo que correspondia a nenhuma falta de diligência imputável ao agente e este um fato impossível de qualquer diligência, logo, também impossível de se evitar. Ainda sobre a confusão de expressões no Direito romano: *"*Intra levissimam culpam et casum fortuitum nihil ist medim, *dice la Glosa, y aquella opinión afirma que* vis maior, casus fortuitus *y* casus *son siempre idénticos"* (*in* EXNER, Adolfo. *De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual.* Trad. Emilio Miñana y Villagrasa). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1905. p. 33).

[323]FONSECA, Arnaldo Medeiros da. op. cit., p. 29.

[324]De maneira bastante didática, sobre as teorias que tentaram explicar as diferenças entre caso fortuito e força maior, confira-se: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações: 1. parte. 33. ed., rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4, p. 317-318.

[325]MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 2, v. 2, p. 155-156; VAMPRÉ, Spencer. op. cit., p. 5; AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 556; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. op. cit., p. 129; DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 2, p. 686; BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado.* Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. v. 4, p. 216; e, LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil.* 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2, p. 377.

[326]GONÇALVES, Luiz da Cunha. op. cit., p. 726.

[327]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil,* cit., p. 346.

[328]Sobre as teorias que tentam explicar a diferenciação entre caso fortuito e força maior, confira-se, por todos: CHAVES, Antonio. op. cit., v. 3, p. 549-550. Após expor as referidas teorias, o próprio autor salienta que não há um critério seguro para estabelecer um elemento diferenciador entre as excludentes, embora haja certa tendência da doutrina em aceitar a *"Teoria do reflexo sobre a vontade humana"*, que corresponde a vincular a força maior a uma força exógena ao devedor, enquanto o caso fortuito estaria dependente das condições de atividade do agente.

[329]No mesmo sentido: MALUF, Carlos Alberto Dabus. Do caso fortuito e da força maior excludentes de culpabilidade no Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Fiqueirêdo (Coords.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. Responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006. p. 41. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 5); VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil, cit., v. 4, p. 51; e, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, p. 355. Divergindo desse entendimento, para quem as leis estabeleciam distinções precisas sobre as duas idéias, confira-se MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. op. cit., p. 30).

naturais, enquanto a força maior poderia ser definido "*como o* damnum *que é originado do fato de outrem*"[330].

AGOSTINHO ALVIM[331], por seu turno, pretendeu estabelecer uma diferença que mais interessa no campo prático: caso fortuito estaria ligado à pessoa do devedor da obrigação ou sua empresa, enquanto que a força maior seria um acontecimento externo. Levando em consideração essa distinção, aquele eminente autor propugna que, se a responsabilidade estiver fundada no risco[332], tal como nos interessa, o simples caso fortuito não seria capaz de exonerar o agente do dever de indenizar, o que somente ocorreria se houvesse a ocorrência de um fenômeno que pudesse ser definido como de força maior (ou caso fortuito externo)[333], ou seja, um fato externo que não teria qualquer elo de conexão com a pessoa do devedor da obrigação[334].

M. I. CARVALHO DE MENDONÇA[335], entretanto, aprofundou o estabelecimento de um conceito de caso fortuito, que poderia, então, ser definido como *"um acontecimento que podia ser previsto, que é inevitável, pôsto que sua determinação rigorosa seja impossível, como, por exemplo, a morte*"[336]. Entendimento semelhante possuia CLOVIS BEVILAQUA[337], pois, em seus comentários ao artigo 1.058 do Código Civil brasileiro

---

[330]GUILHERME COUTO DE CASTRO (*A responsabilidade objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 17) estabelece que força maior designaria apenas o imponderável advindo de leis ou atos governamentais supervenientes (fato do príncipe).

[331]ALVIM, Agostinho. op. cit., p. 330.

[332]A mesma importância ao assunto, quando se está diante de um caso de responsabilidade objetiva, é notada por ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA (op. cit., p. 85).

[333]No mesmo sentido e forte nas lições do próprio AGOSTINHO ALVIM, encontra-se SILVIO RODRIGUES, para quem somente a força maior seria excludente possível de ensejar a responsabilidade fundada na teoria do risco (Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: teoria geral das obrigações. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 240). Também no sentido de permitir que somente o caso fortuito externo, *"isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina",* seja capaz de excluir da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações, cit., v. 2, p. 354. Há quem diga, entretanto, que o caso fortuito não romperia a relação de causalidade entre a ação e o resultado, razão pela qual não seria ele capaz de eximir a responsabilidade do autor do dano, a *contrario sensu* do que ocorreria com a força maior (cf. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. op. cit., p. 176).

[334]Exemplicado em sua obra como: *"culpa da vítima, ordens de autoridades (*fait du prince*), fenômenos naturais (raio, terremoto), ou quaisquer outras impossibilidades de cumprir a obrigação, por não ser possível evitar o fato derivado de força externa invencível: guerra, revolução etc."* (*in* ALVIM, Agostinho. op. cit., p. 330).

[335]MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. op. cit., p. 30.

[336]Nesse sentido: ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações.* Porto Alegre: Livraria Cruz Coutinho, 1897. p. 169; e, HUC, Théophile. *Commentaire thérique et pratique du Code Civil.* Paris: Cottilon, 1893. v. 7, p. 143.

[337]BEVILAQUA, Clovis. op. cit., v. 4, p. 216.

revogado, acentuou que, mais forte que o caráter de imprevisibilidade, deve o conceito de caso fortuito estar vinculado a inevitabilidade[338].

De modo oposto, SERGIO CAVALIERI FILHO[339], conceitua que o caso fortuito teria como elemento indispensável a sua imprevisibilidade, donde decorreria sua inevitabilidade; ao passo que, se previsível fosse o fato, mas igualmente inevitável, estaríamos diante de uma força maior, um verdadeiro *act of God*[340].

Autores clássicos também pretenderam estabelecer distinções entre o caso fortuito e a força maior[341], as quais serão bastante úteis para o entendimento das eventuais aplicações dessas causas exonerativas nas obrigações de indenizar decorrentes da aplicação da teoria do risco na responsabilidade objetiva.

LOUIS JOSSERAND[342], por exemplo, entendeu que a força maior seria também uma causa que se reveste de caráter de exterioridade absoluta das pessoas da vítima e do agente[343]. Por isso mesmo a força maior se oporia não só a culpa, como também ao caso fortuito, sendo este um acontecimento anônimo, que tem lugar no interior do círculo

---

[338]No sentido de que a apenas irresistibilidade é o maior designativo da força maior, confira-se: MOURY, Jacques. Force majeure: éloge de la sobriété. *Revue Trimestrelle de Droit Civil,* Paris, n. 3, p. 471-480, jul./set. 2004.

[339]CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 85.

[340]LUIZ DA CUNHA CONÇALVES comungava de opinião semelhante, confira-se: *"Portanto, insistimos na clara e clássica distinção formulada no comentário ao art. 705 (V. o vol. IV, n. 563):* caso fortuito *é o facto imprevisto ou imprevisível e superior às fôrças humanas;* caso de fôrça maior *é o facto previsto ou previsível, mas igualmente superior às fôrças humanas. Por exemplo, uma tempestade é um caso de fôrça maior para quem possui um barômetro e caso fortuito para quem o não possui, nem o conhece. Um súbito motim popular, de causa fútil, é caso fortuito; uma revolução, que se sabe estar na forja, anunciada em comícios e nos jornais, etc., é caso de fôrça maior"* (*in* GONÇALVES, Luiz da Cunha. op. cit., p. 729). Nesse mesmo sentido: CHIRONI, G. P. *La culpa en el derecho civil moderno*, cit., t. 2, p. 423.

[341]Propositalmente deixamos de aventar as idéias de COLIN *et* CAPITANT, pois vinculava o caso fortuito à impossibilidade relativa de execução da obrigação pelo *bonus pater familae*, mas que um homem mais bem equipado ou aparelhado poderia tê-la cumprido; e de PAUL ESMEIN, que atribuiu ao caso fortuito a noção de ausência de culpa (*Apud* MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 2, v. 2, p. 156). Ambos os entendimentos levaram em consideração, em nosso sentir, critérios de culpabilidade que não se adequariam às nossas pretensões de fundamentar a demonstração da aplicação das excludentes ora estudadas à responsabilidade objetiva.

[342]JOSSERAND, Louis. *Derecho civil,* cit., t. 2, v. 1, p. 339-342.

[343]Essa teoria teria sido fruto da reprodução das idéias de ADOLFO EXNER, professor da Faculdade de Direito de Viena, expostas em 1883 (Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 303; e PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva.* São Paulo: Atlas, 2007. p. 96, nota 14). Ao que tudo indica, parece ser verdadeira essa assertiva, conforme preleciona a doutrina de ADOLFO EXNER: *"FUERZA MAYOR, en el sentido de la norma jurídica de que aquí se trata,* es un suceso que reune los caracteres siguientes: 1º Se ha originado fuera del círculo industrial de la empesa de tráfico de que se trate y cuya acción ha causado en este círculo industrial un daño corporal ó material. 2º Merced á la clase é importancia de su manifestación, excede visiblemente los accidentes tenidos en cuenta en el curso normal de la vida." (*in* EXNER, Adolfo. op. cit., p. 185).

obrigacional[344]. Assim, o caso fortuito não seria causa exoneratória da obrigação. A força maior, ao contrário, seria capaz de afastar a responsabilidade, inclusive objetiva, pois sua origem seria exógena do ponto de vista jurídico e intelectual. Aquele autor exemplificou algumas dessas causas de força maior, as quais poderiam ser originadas de atos da natureza ou humanos, tais como a tempestade, a inundação, o estado de guerra, a revolução, o motim. Por outro lado, se um incêndio ocorresse no interior de uma fábrica (caso fortuito), subsistiria a obrigação de indenizar, com fundamento na teoria do risco-profissional, exceto provasse o empresário que a sua causa decorresse de uma causa externa (força maior), como um raio ou um atentado.

Parecendo convergir com os ensinamentos de LOUIS JOSSERAND, MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT[345] informaram que, apesar de os termos caso fortuito e força maior terem sido adotados indistintamente tanto pelo texto do Código Civil francês, quanto pela jurisprudência francesa no início do século XX, a força maior representaria uma causa exterior ao campo de atuação do devedor da obrigação. Esses autores, contudo, criticaram o modo como os tribunais e até a própria doutrina admitiam, por abstração, a existência de força maior em hipóteses causadas pelos intermediários dos empreendimentos, para obrigações de indenizar decorrentes da aplicação da teoria do risco. Isso porque existiriam outras circunstâncias semelhantes, também irresistíveis e imprevisíveis, que não poderiam ser assim consideradas como causas exonerativas, uma vez que estariam de algum modo ligadas à atividade do agente do dano[346].

Acerca dessa questão, RAYMOND SAILELLES[347] admitia a ocorrência de caso fortuito também para as obrigações decorrentes da teoria do risco, muito embora tenha preferido valer-se de uma subdivisão conceitual. Para ele, apenas o caso fortuito *stricto*

---

[344]LUIZ DA CUNHA GONÇALVES (*in* op. cit., p. 728) desferiu críticas ao pensamento defendido por LOUIS JOSSERAND, pois, para aquele, a conceituação do caso fortuito e da força maior estariam além das simples características exógenas de atuação. Isso é, um curto-circuito no interior de uma fábrica, por exemplo, poderia ser definido como caso fortuito ou como força maior, dependendo das circunstâncias.

[345]PLANIOL, Marcel; RIPERT, George. op. cit., 1. pte., p. 513.

[346]*"La théorie qui fait de la responsabilité des domages causés à autrui l´accompagnement du profit sans exiger la moindre faute, n´explique pas pourquoi le débiter n´est pas responsable des dommages provenant d´une force majeure extérieure à l´enterprise du moment qu´ils sont causés par l´intermédiaire de celle-ci. La jurisprudence l´a cependant retenue partiellement en donnat la solution ici relatée. Mais elle n´a pas employé le terme cas fortuit pour l´opposer à la force majeure. Les textes du Code civil ne le permettaient pas. Et on ne voit pas pourquoi un fait imprévisible et irrésistible interne à l´entreprise ne pourrait pas être qualifié force majeure aussi bien qu´un fait extérieur. D´autre part les faits extérieurs n´entraînent l´irresponsabilité du débiteur que si leurs conséquences dommageables ne lui son en rien imputables. Il n´est pas désirable, et il n´est pas conforme à la jurisprudence, de faire abstraction de la conduit du débiteur comme y tend la théorie du risque."* (*in* PLANIOL, Marcel; RIPERT, George. op. cit., 1. pte., p. 526).

[347]*Apud* FONSECA, Arnaldo Medeiros da. op. cit., p. 96.

sensu seria admitido como causa exonerativa da responsabilidade objetiva, isto é, aquele decorrente de causa exterior, que nenhuma relação tem com a atividade envolvida (*provenant du dehors*). O caso fortuito *lato sensu*, ao revés, por ser intrínseco ao empreendimento (no caso das indústrias), estaria abrangido pela teoria do risco-profissional e deveria ser arcado pelo causador do dano[348].

Parece conveniente, dentro dessa conceituação estabelecida por RAYMOND SAILELLES, a definição dos casos fortuitos internos e externos, a fim de que possamos enquadrá-los na teoria dos riscos assumidos[349]. Os primeiros, além de previsíveis, decorreriam do risco-criado pela atividade e, portanto, não seriam aptos a excluir a responsabilidade. Em contrapartida os casos fortuitos externos seriam aqueles decorrentes de uma causa estranha a relação empreendida pelas partes, logo, passível de objeção[350].

Seria possível, portanto, a partir dos entendimentos expostos, sintetizar que o caso fortuito e a força maior são espécies distintas de escusativas da responsabilidade objetiva, embora tanto uma quanto a outra têm em comum o fato de que não se pode resistir e cujos efeitos necessariamente são o rompimento do nexo causal entre o ato do agente e o prejuízo advindo para a vítima[351], desligando o devedor de qualquer responsabilidade[352] Para alguns[353], essa fórmula poderia ser assim resumida: a força maior é uma espécie do gênero caso fortuito.

A força maior seria, então, um evento previsto ou previsível, mas impossível de se deter por ação humana[354], logo, possível de impedir a responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco[355]. O caso fortuito seria imprevisto ou imprevisível, mas, se houvesse

---

[348]Nesse mesmo sentido, não admitindo o caso fortuito como excusativa da responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco-profissional: MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. op. cit., p. 34; e, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil,* cit., p. 349.

[349]Cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 165.

[350]Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 181-182.

[351]Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações, cit., v. 2, p. 355.

[352]Cf. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, cit., v. 2, p. 373.

[353]Cf. GONÇALVES, Luiz da Cunha. op. cit., p. 726; MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. op. cit., p. 31; e, TEIXEIRA JUNIOR, E. *Do caso fortuito e de força maior.* Campinas: Typ. Casa Genoud, 1919. p. 5.

[354]JOSÉ DE AGUIAR DIAS (op. cit., v. 2, p. 684) afirmava que "*a força maior assinala o limite extremo do princípio da prevenção, ao mesmo tempo que o do princípio de interesse ativo, na sua função positiva*".

[355]Por se tratar de exemplo bastante ilustrativo e corriqueiro, tomamos a liberdade de trazer o entendimento da questão sob a ótica das atividades aeronáuticas. Embora o Código Brasileiro de Aeronáutica preveja na alínea "b" do parágrafo 1º do artigo 256 que a força maior seja capaz de excluir a responsabilidade objetiva do transportador, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de manifestar-se em sentido contrário, conforme ementa e trecho do voto a seguir, que transpareceram impor às empresas de transportes aéreos, ao arrepio da lei, uma responsabilidade objetiva fundada em teoria que muito se assemelha a do risco-integral, que teria até razão de ser, caso fosse aplicada a tarifação prevista na Convenção de Montreal, promulgada no Brasil por força do Decreto n. 3.256, publicado no DOU de 19.11.1999, o que não foi o caso: "*Recurso Especial. Ação indenizatória. Transporte Aéreo. Atraso em vôo c/c adiamento de viagem.*

alguma conexidade jurídica ou intelectual com a atividade realizada, seria tido como interno, não sendo objeção válida para afastar a responsabilidade objetiva, pois decorreria da teoria do risco-criado[356]. Por outro lado, se resultante de um fator externo, absolutamente distinto da atividade desempenhada, seria um caso fortuito externo e, portanto, apto a excluir o dever de indenizar decorrente da responsabilidade objetiva[357].

No campo prático não faltam exemplos aptos a caracterizar a ocorrência de casos fortuitos ou eventos de força maior que podem ser alegados como excludentes de responsabilidade objetiva, mesmo nas hipóteses em que se verifica a incidência da teoria do risco. Aliás, é nesse ponto que a definição mais precisa entre uma e outra excludente ganha terreno[358].

Verifica-se, assim, que o campo do transporte remunerado de passageiros talvez seja um dos que mais se discutem, no campo da teoria do risco aplicada à responsabilidade

---

Responsabilidade Civil. Hipóteses de exclusão. Caso Fortuito ou Força Maior. Pássaros. Sucção pela turbina de avião. - A responsabilização do transportador aéreo pelos danos causados a passageiros por atraso em vôo e adiamento da viagem programada, ainda que considerada objetiva, não é infensa às excludentes de responsabilidade civil. - As avarias provocadas em turbinas de aviões, pelo tragamento de urubus, constituem-se em fato corriqueiro no Brasil, ao qual não se pode atribuir a nota de imprevisibilidade marcante do caso fortuito. - É dever de toda companhia aérea não só transportar o passageiro como levá-lo incólume ao destino. Se a aeronave é avariada pela sucção de grandes pássaros, impõe a cautela seja o maquinário revisto e os passageiros remanejados para vôos alternos em outras companhias. O atraso por si só decorrente desta operação impõe a responsabilização da empresa aérea, nos termos da atividade de risco que oferece" (LEXSTJ 160/108).

[356]Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. (Coord.). *Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 181. Assim, com todas as vênias, ousamos discordar, parcialmente, de GUILHERME COUTO DE CASTRO (*in* op. cit., p. 18), o qual não previu essa diferenciação e estabeleceu que, em tese, tanto o caso fortuito quanto a força maior seriam causas de exclusão da responsabilidade objetiva fundada no risco, exceto se a obrigação de indenizar fosse decorrente da teoria do risco-integral.

[357]De acordo com a divisão ora proposta, o argumento de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES (*in* op. cit., p. 728) de que a teoria do risco, por motivos de ordem social, recusaria a irresponsabilidade é parcialmente procedente. Isso porque, no exemplo proposto pelo doutrinador português, no caso de esmagamento de mineiros na galeria de uma mina, o proprietário seria responsável (abstraindo-se a idéia de seguro social), no caso de o desmoranamento ter ocorrido em razão da quebra de uma viga ou da explosão para abertura de passagem para novos caminhos (caso fortuito interno). Mas não seria obrigado a indenizar, caso houvesse um inesperado bombardeio armado de uma esquadra estrangeira inimiga (força maior) ou por conta da explosão de um homem bomba no interior da mina (caso fortuito externo). EGON GOTTSCHALK (*in Força maior como motivo determinante da recisão do contrato individual de trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1941. p. 34-40) traz uma curiosa passagem ocorrida na Alemanha, que, apesar de impensável nos dias de hoje, ilustra como os fatos caracterizados como força maior eram tratados pela perspectiva da teoria do risco, expressamente indicada no texto. Isso porque, os trabalhadores que não aderiram a uma determinada greve, após a retomada às atividades por todo o grupo de funcionários, foram reclamar do empregador os salários pelos dias parados. O Supremo Tribunal do Reich julgou improcedentes os pedidos dos empregados, pois teria havido um motivo de força maior, o qual os trabalhadores também deveriam suportar, com base na divisão dos riscos profissionais, vez que, embora não tivessem participado ativamente, compunham a massa de trabalhadores que participaram do movimento grevista.

[358]Cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 165.

objetiva, a conceituação do caso fortuito ou da força maior, por ser *"o caso padrão para ponderação do problema"*[359].

O artigo 734 do Código Civil brasileiro[360] preceitua que não é lícito ao transportador de pessoas arguir a ocorrência de caso fortuito para se eximir da responsabilidade pela incolumidade dos seus clientes ou de seus respectivos pertences. Esse dispositivo, por assim dizer, acabou positivando o entendimento jurisprudencial dos tribunais pátrios de que os casos fortuitos que guardem relação com o contrato de transporte não ensejam irresponsabilidade do causador do dano[361]. Em outras palavras, apenas a *vis maior* pode refutar o dever de indenizar[362], tal como a queda de um raio sobre um coletivo[363] ou o desmoronamento de uma árvore sobre o ônibus em razão da falta de cuidados da administração pública ou de intempéries naturais[364].

Divergindo dessa linha de raciocíonio, é possível encontrar outros exemplos na jurisprudência que desafiam a tese que divide o caso fortuito externo do interno para caracterização da excludente de responsabilidade. Tanto é assim que os tribunais pátrios já tiveram oportunidade de se manifestar pela irresponsabilidade do causador do dano em hipóteses como estouro de pneu[365] ou mal súbito do condutor[366] que ocasionam acidentes automobilísticos ou pela responsabilidade da empresa transportadora em razão do ingresso

---

[359]Cf. DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 2, p. 685.

[360]Sem prejuízo da disposição literal no parágrafo 1º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 2.681/1912, que prevê que a culpa somente não será presumida nos casos de serem provados pelo transportador a ocorrência de caso fortuito ou de força maior. Nesse caso, entendemos que deve ser admitido o caso fortuito externo como excludente de responsabilidade, por haver semelhança prática com a força maior.

[361]Cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. op. cit., p. 57.

[362]Fruto ainda de muita controvérsia é a questão do assalto a mão armada no interior de coletivos que vem a ferir ou matar passageiro estranho ao evento. O E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manifestou-se pela inocorrência de caso fortuito externo, o que, em última análise, transfere da Administração Pública para os ombros do empresário o dever constitucional de proteger os cidadãos (RT 782/375). Mas, acertadamente, o E. Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade recente de manter seu posicionamento sobre o tema, que entende que pode não se tratar de evento imprevisível, mas, a olhos vistos, é inevitável e, por isso, decorre de força maior, o que guarda relação com o entendimento que expusemos anteriormente (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 711.078 – RJ (2005/0161883-0). Agravante: Trel – Transturismo Rei Ltda. Agravado: Ailton dos Santos Silva. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília 16 de setembro de 2008.) O entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça tem consonância, *mutatis mutandis*, com o de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, para quem o homicídio praticado por outro passageiro ou por terceiro de fora do coletivo é causa de exoneração, face às suas características de imprevisibilidade e irresistibilidade. (*in* DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 2, p. 685).

[363]Cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 166.

[364]Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7, p. 495.

[365]JTACSP 68/48.

[366]RT 453/92.

por passageiro de material explosivo oculto, que resultou em explosão no interior do coletivo[367].

3.2. Fato Exclusivo de Terceiro

Em princípio, terceiro é qualquer pessoa que não participa da relação jurídica das partes (vítima e agente), mas, por sua conduta, influa de modo ativo, culposamente ou não, no resultado final do ato, de forma prejudicial, a exemplo do que ocorre com o caso fortuito e a força maior, como uma verdadeira *"cause étrangère"*, em referência aos dizeres do artigo 1.382 do Código Civil francês[368].

Importante observar, antes de descer em maiores minúcias, que há pessoas que aparentemente são terceiros, mas que, em verdade, não podem ser assim consideradas[369]. Exemplos disso são aqueles indivíduos sobre quem repousa deveres de custódia ou de curatela ou, ainda, que estão ligadas por relações empregatícias[370], já que, para seus patrões, pais ou tutores não lhes é útil a objeção de fato exclusivo de terceiro a ação deles, pois suas responsabilidades encontram-se inevitavelmente previstas em lei e decorrem das teorias da guarda ou do risco-criado.

O Direito francês antigo, forte nas lições de POTHIER, reputava o fato exclusivo de terceiro como excludente das mais amplas para exonerar a responsabilidade do agente, colocando-a ao lado do caso fortuito, sem permitir, todavia, a concorrência de causas para eliminar o dever de indenizar do causador do dano[371].

---

[367]RT 784/197.

[368]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 300; e MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 2, v. 2, p. 236 e 240. Essa conceituação abrange os conceitos de causalidade, inimputabilidade, qualidade e iliceidade propostos por JOSÉ DE AGUIAR DIAS (*in* op. cit., v. 2, p. 679-680).

[369]Trata-se de responsabilidade civil por fato ou ação de terceiro, confira-se: CHIRONI, G. P. *La culpa en el derecho civil moderno*, cit., p. 452-455; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil, cit., v. 4, p. 59; e, PORTO, Mario Moacyr. Responsabilidade por fato ou ação de terceiro. Dever de indenizar dos pais e dos patrões. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, ano 78, v. 650, p. 7-11, dez. 1989.

[370]Cf. MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 2, v. 2, p. 237; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 300.

[371]MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 2, v. 2, p. 235.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS[372] defendia que a exoneração do dever reparatório somente poderia ocorrer caso o fato de terceiro fosse de tal ordem exterior ao devedor, que rompesse o nexo de causalidade existente entre a conduta e o dano. Para esse insígne autor, o direito positivo brasileiro, a exemplo do que ocorreu com as legislações que se perfilharam ao modelo do Código Civil francês, não fez menção expressa a essa excludente de responsabilidade[373], o que dificulta, muitas vezes, a solução das questões postas em julgamento[374].

A rigor, o fato exclusivo de terceiro poderia ser equiparado, em seus efeitos, ao caso fortuito e à força maior, sobretudo porque, em determinadas ocasiões não será possível identificar o terceiro que rompe o nexo de causalidade, embora seja possível apurar que se tratou de ação humana distinta daquelas praticadas pela vítima ou pelo agente[375]. Aliás, o conceito de identidade do fato exclusivo de terceiro [376], mesmo que não seja possível identificar o indivíduo que causou o dano[377], é absolutamente necessário à conceituação dessa excludente, a fim de assegurar a irresponsabilidade objetiva, uma vez que, se assim não for, será preciso identificar se é hipótese de caso fortuito externo ou força maior.

Aqui, tal como ocorreu com o estudo do caso fortuito e da força maior, parece ganhar relevo a imprevisibilidade e irresistibilidade do fato exclusivo de terceiro, pois, se já é nas hipóteses de presunção de culpa[378], mas ainda o será naquelas de responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco.

---

[372]DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 2, p. 679.

[373]No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 301; e, GONÇALVES, Luiz da Cunha. op. cit., p. 755. Este autor complementou a informação de que as leis da Itália, Bélgica e Espanha também não haviam previsto essa modalidade de excludente de responsabilidade.

[374]Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil, cit., v. 4, p. 59.

[375]PATRÍCIA RIBEIRO SERRA VIEIRA (*in* op. cit., p. 46) entende não ser possível a procedência de mera alegação de fato exclusivo de terceiro, quando não é possível identificar o autor do dano, pois assim deixar-se-ia a vítima entregue à propria sorte, embora mencione que os tribunais superiores têm aceitado a excusativa de caso fortuito ou força maior nessas circunstâncias.

[376]Cf. DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 2, p. 681; e, GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 171.

[377]JOSÉ DE AGUIAR DIAS (*in* op. cit., v. 2, p. 684, nota 44) ponderou que a denominação *"causa estranha"* é preferível a fato exclusivo de terceiro, pois aquilo que desvia o curso normal das coisas poderia não decorrer necessariamente de um ato humano, mas sim do fato de um animal sob guarda ou de um objeto da natureza que prejudicou outrem por desídia de quem deveria dele cuidar, o que torna, por vezes, difícil a separação dos respectivos critérios de conceituação (fato de terceiro, caso fortuito e força maior), pois há de se avaliar caso a caso.

[378]Cf. MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 2, v. 2, p. 241. Sobre o tema e com riqueza de exemplos, confira-se: DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 2, p. 682-683. Em sentido contrário, informando que o fato de terceiro não se reveste de imprevisibilidade e irresistibilidade (razões pelas quais também não seria comparável ao caso fortuito e à força maior), nem de impossibilidade propriamente dita, exceto quando *"se trate de violenta coacção exercida no devedor, para não cumprir a obrigação, ou de intimação judicial"*: GONÇALVES, Luiz da Cunha. op. cit., p. 755 e 757.

Em razão disso, o fato exclusivo de terceiro somente terá efeito exonerativo quando se apresentar revestido das características de imprevisibilidade[379], logo, se equipararia à força maior nesse aspecto, sem, contudo, com ela se identificar plenamente, uma vez que a *"cause étrangère"* não pode ser apreciada abstratamente, mas tão-somente em vista dos deveres atribuídos ao agente[380].

Entretanto, de acordo com o entendimento adotado previamente neste trabalho, entendemos mais conveniente dizer que o fato exclusivo de terceiro é causa exonerativa da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco quando estiverem presentes a imprevisibilidade (distintivo também do caso fortuito) e a irresistibilidade (particularidade em comum do caso fortuito e da força maior). Isso sem deixar de mencionar que o fato de terceiro deverá ser exógeno e ser causa exclusiva do dano[381].

---

[379]Cf. MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 2, v. 2, p. 250. Para eles, nas hipóteses de culpa presumida, também deverá estar presente a irresistibilidade, com o que anuimos.

[380]Cf. DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 2, p. 685; e, MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit., p. 31.

[381]Nesse sentido: PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul,* Porto Alegre, v. 59, p. 155, nov. 1993; MOELLER, Oscarlino. op. cit., p. 268-269; e, VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*: les conditions de la responsabilité. 2. ed. Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998. p. 221. A título exemplificativo da importância dessa excludente de responsabilidade, SERGIO CAVALIERI FILHO comentou um caso que tramitou perante o extinto E. Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio de Janeiro, no qual a víúva de um ciclista propôs ação indenizatória contra uma empresa de transportes, pois alegava que seu marido havia sido atropelado quando o ônibus da ré transitava na contramão de direção. Após a colheita das provas, verificou-se que, de fato, o ônibus estava na mão contrária, mas o ciclista havia tomado um tombo, segundos antes de ser esmagado pelo coletivo, em razão de um buraco aberto no acostamento por uma empresa concessionária de serviços públicos, razão pela qual os pedidos formulados na ação foram julgados improcedentes. (Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 4. ed. rev., aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 84-85). Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de julgar um caso em que uma empresa de ônibus alegava que o coletivo havia perdido a direção após a colisão entre dois outros carros. Em virtude desse descontrole do ônibus, alguns pedestres foram atropelados. O acórdão menciona que nada importa ter havido fato de terceiro para a ocorrência dos atropelamentos, pois a colisão de outros veículos pode ser considerada conexa ao serviço de transporte público e, por isso, devem ser os prejuízos indenizados pela empresa transportadora, ainda que se permita a ela o eventual ressarcimento pelos terceiros. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 469.867 – SP (2002/0124120-7). Recorrente: Gatusa Garagem Americanópolis Transportes Urbanos Ltda. Recorrido: Luciano Aureliano da Silva e Outros. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília 27 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?ref=CC-02+MESMO+ART+ADJ+%2700927%27+MESMO+PAR+ADJ+%27unico%27&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>. Acesso em: 26 dez. 2008).

3.3. Culpa Exclusiva da Vítima

Um pouco mais sereno é adentrar na configuração desta modalidade específica, em razão de já haverem sido expostos alguns conceitos relevantes para a compreensão do assunto abordado. Assim, nesta etapa, importará conhecer como o papel comissivo ou omissivo desenvolvido pela vítima pode revelar-se crucial para o afastamento da responsabilidade civil objetiva, uma vez que se trata de uma das excludentes possíveis de objeção pelo susposto autor do dano[382].

O Direito romano previa que a vítima nada poderia reclamar, caso tivesse de alguma forma concorrido para a produção do dano[383]. Essa orientação também foi seguida pelo Direito antigo francês, mas abandonada após o advento do Código Civil, vez que a regra geral do artigo 1.382 previa que toda culpa deveria ser sopesada na indenização, ainda que concorrente[384]. Nas hipóteses de risco-profissional, a Lei de Acidentes de Trabalho francesa de 9 de abril de 1898, já previa como excludente de responsabilidade do patrão a culpa do intencional do empregado[385].

A culpa exclusiva da vítima deve ser capaz de romper integralmente a relação de causalidade existente entre a ação do suposto agente e o dano, tendo como única resultante o fato de ser a fonte primária do prejuízo. Por outro lado, se essa demonstração não lograr êxito, ou seja, se a culpa da vítima não for a única causa do acontecimento do dano, deve o agente responder, nas hipóteses em que a lei preveja a sua responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco[386]. Importante observar, ainda, que a ruptura do nexo causal não

---

[382]Trazendo alguns exemplos de exoneração da responsabilidade objetiva de guardiães de valores: CHIRONI, G. P. *La culpa en el derecho civil moderno*, cit., t. 2, p. 777-778.

[383]*"Quo quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnun sentire"* (*in* STOCO, Rui. op. cit., p. 185).

[384]Cf. MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 2, v. 2, p. 32.

[385]Cf. Id. Ibid., p. 36.

[386]Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil, cit., v. 4, p. 51. Entretanto, a despeito desse entendimento, ao qual assentimos, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir pela diminuição proporcional do *quantum* da indenização, em virtude da apuração de culpa concorrente da vítima, mesmo se tratanto de responsabilidade civil do fornecedor de serviços, fundada na responsabilidade objetiva prevista na Lei nº 8.078/90: "*CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. - Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC, - A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2°, III, do CDC. - A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo". Recursos conhecidos e providos em parte.*" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 287.849 – SP (2000/0119421-6). Recorrente: Agência de Viagens CVC Tur Ltda. e outro. Recorrido: Renato Esteves Versollato. Relator:

tem o condão de, por si só, tornar impossível o cumprimento da obrigação, mas, do ponto de vista dogmático, a deixa inexigível frente ao suposto autor do dano[387].

Aqui, diferentemente da força maior e do caso fortuito, não há espaço para a discussão sobre imprevisibilidade ou irresistibilidade, pois é apenas necessário provar que a ação ou omissão culposa da vítima foi a causa única do dano[388], em outras palavras, a culpa da vítima deve absorver a ação do agente, mesmo nos casos da responsabilidade objetiva[389]. Não há necessidade, entretanto, de ser a vítima capaz civilmente, para que fique configurada a negligência de seu ato, basta que, perdoe-se a repetição, seja causa única da ocorrência do evento danoso, daí falar-se que melhor que a expressão para nominar esta excludente seria *fato da vítima*[390].

Por fim, é ainda digno de nota o fato de que a culpa exclusiva da vítima é, ao lado de casos fortuitos externos pouco usuais no Brasil (tais como, conflitos armados, guerra civil ou excepcional fato da natureza), excludente válida a afastar o dever de indenizar em razão de dano causado por atividade nuclear.

3.4. Riscos do Desenvolvimento

Esse tema não se encontra descrito em obras tidas por clássicas da responsabilidade objetiva, todavia está diretamente relacionado ao crescimento cada vez mais acelerado da indústria, que, em razão do necessário consumo propulsor do capitalismo, coloca em circulação mercadorias sem criteriosas análises quanto às suas conseqüências a médio e longo prazos.

Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília 17 de abril de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/REJ.cgi/IMG?seq=50015&nreg=200001194216&dt=20010813&formato=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2008). Também no sentido de entender possível a proporcional redução de indenização quando houver culpa da vítima na ocorrência do evento danoso, mesmo que se tratando de hipótese de responsabilidade objetiva, uma vez que, se assim não fosse, estar-se-ia desrespeitando o princípio da boa-fé objetiva por significar *venire contra factum proprium*: SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor.* Coimbra: Almedina, 1990. p. 733-734).

[387]Cf. GONÇALVES, Luiz da Cunha. op. cit., p. 757; e, MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 2, v. 2, p. 38.

[388]MAZEAUD, Henri et al. op. cit., t. 2, v. 2, p. 40.

[389]Cf. JOSSERAND, Louis. *Derecho civil,* cit., t. 2, v. 1, p. 338 e 429-430.

[390]Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil,* 2003, cit., p. 84.

Assim, pode-se definir o risco do desenvolvimento como aquele que versa sobre determinadas características maléficas de produtos, desconhecidas pelo fabricante, levando-se em conta os mais altos graus de conhecimentos técnico-científicos disponíveis no mundo à época de seus respectivos lançamentos, mas que, anos mais tarde, verificam-se inseguras para os seus consumidores[391].

A discussão que mais fortemente toma lugar quando se ventila acerca do risco do desenvolvimento é a renitente dúvida sobre a sua inserção no rol das excludentes de responsabilidade objetiva, razão pela qual se impôs sua exposição nesta fase deste trabalho.

Esse debate surgiu, inicialmente, nos países membros da Comunidade Européia, a partir do advento da Diretiva 85/374/CEE de 25 de julho de 1985, que estabeleceu regras de aproximação legislativa dos Estados-Membros, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos. De acordo com tal documento, o fabricante do produto não seria responsabilizado caso fizesse a prova de que, no momento em que foi colocado em circulação, o estado de conhecimentos científicos e técnicos não permitiriam descobrir a existência do defeito. Em outras palavras, o produtor não poderia ser responsabilizado pelos riscos do desenvolvimento[392].

Alguns países da Comunidade Européia, tais como Itália, Países Baixos e Reino Unido, Áustria, Suécia concordaram com a referida diretiva e passaram a admitir a exclusão da responsabilidade objetiva fundada no risco do desenvolvimento, apoiando-se na idéia de que, se assim não fosse, estar-se-ia freiando o crescimento da indústria de tecnologia mais avançada[393]. A adoção desta tese, segundo aqueles países, impediria o acesso da população a produtos importantes, como, por exemplo, aos medicamentos, tendo em vista que o ônus dessa responsabilidade do fabricante, absolutamente imprevista para

---

[391]Cf. STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 96, n. 855, p. 47, jan. 2007; e, CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *RTDC*: revista trimestral de tireito civil, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, p. 75, jan./mar. 2005. O nível de "*incognoscibilidade*" das características maléficas do produto deve ser atribuído pelo *"estado* geral *da arte, o estado planetário dos conhecimentos científicos e técnicos*, *no sector*", não se olvidando o fabricante de "*opiniões minoritárias expostas e fundadas cientificamente"* (*in* SILVA, João Calvão da. op. cit., p. 511-512).

[392]Cf. GARCÍA RUBIO, María Paz. Los riesgos de desarollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defeituosos: su impacto en el derecho español. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 30, p. 67, jul./set. 1999.

[393]Cf. Id. Ibid., p. 68; e, TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 5, 1995.

este, seria, em última análise, incorporado ao preço final de venda[394]. Além desses argumentos, sustenta JAMES J. MARINS DE SOUZA[395] que os riscos do desenvolvimento corresponderiam a defeitos juridicamente irrelevantes, ao lado daqueles causados exclusivamente pela vítima ou que decorram da ação deletéria do tempo, por isso, impossíveis de serem objeto de indenização a pedido do lesado.

Por outro lado, nações como Bélgica, Dinamarca, Grécia, França[396], Irlanda e Luxemburgo não adotaram aquela diretiva e passaram a admitir a teoria dos riscos do desenvolvimento como mais uma hipótese de responsabilidade para os fabricantes. Em nível intermediário, encontram-se a Alemanha e a Espanha, que admitem a exclusão da responsabilidade do fabricante, exceto nos casos de danos decorrentes de produtos elaborados pela indústria farmacêutica ou de gêneros alimentícios[397].

Um dos fundamentos válidos para a responsabilização dos fabricantes pelos riscos do desenvolvimento como seria a circunstância de que as mercadorias são, por vezes, colocadas à venda sem que exista uma preocupação com os desdobramentos posteriores ao seu lançamento, o que transformaria os consumidores em "cobaias". Mais do que isso, sempre existe a possibilidade de os produtores cercarem-se de meios para garantir as indenizações, como a securitização de suas atividades[398].

---

[394]Cf. SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, n. 345, p. 46-47, jul. 2006.

[395]SOUZA, James José Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6. p. 121, abr./jun. 1993. Nesse estudo, o autor estabelece a existência do binômio "*defeitos juridicamente relevantes*" e *"defeitos juridicamente irrelevantes"*. Nos primeiros, incluem-se aqueles "*defeitos dos produtos*" (de criação, de produção e de informação) taxativamente estabelecidos pelo *caput* do artigo 12 da Lei nº 8.078/90. Já no rol dos *"defeitos juridicamente irrelevantes*", estariam a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o caso fortuito, a força maior, o risco do desenvolvimento e a ação deletéria do tempo. Ainda segundo o autor, a correta distribuição dos riscos nas relações de consumo é medida pela atribuição de relevância dos defeitos, donde decorreria que a legislação consumerista adota uma responsabilidade objetiva mitigada. Assim, estribado no artigo 10 da Lei nº 8.078/90, o autor conclui que *"é lícito ao fornecedor inserir no mercado de consumo produtos que não saiba nem deva saber resultarem perigosos porque o grau de conhecimento científico à época da introdução do produto no mercado de consumo não permitia tal conhecimento"* (*in* op. cit., p. 127).

[396]A França, entretanto, não admite a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento em caso de medicamentos, conforme tendência jurisprudencial daquele país (Cf. GARCÍA RUBIO, María Paz. op. cit., p. 67). Aliás, CAROLINA BELLINI ARANTES DE PAULA, com mais precisão, informa que a França excluiria a responsabilidade do fabricante, exceto nos casos em que o dano decorra de "*um elemento do corpo humano ou por produtos dele saídos ou quando o defeito tenha sido revelado em até dez anos após a circulação do produto e o fornecedor não tenha tomado qualquer medida para prevenir suas conseqüências danosas, conforme estabelece a Lei nº 98-9389, de 19.5.1998"* (*in* PAULA, Carolina Bellini Arantes de. op. cit., p. 136, nota 46).

[397]Cf. CALIXTO, Marcelo Junqueira. op. cit., p. 81.

[398]Cf. STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento, cit., p. 48; e, PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. op. cit., p. 151.

Casos emblemáticos, de proporções tristemente impressionantes, não deixam o mundo esquecer a importância dos riscos do desenvolvimento para a proteção das vítimas do consumo. Apenas para citar um exemplo[399], é possível lembrar o caso da Talidomida-Contergan, medicamento sedativo largamente utilizado entre 1958 e 1962[400], que, em virtude das suas perniciosas características, quando utilizada por mulheres gestantes até o terceiro mês de prenhez, causava comprometedoras teratogenias nos nascituros[401].

No Brasil, a questão sobre a possibilidade de objeção dos riscos de desenvolvimento como excludente da responsabilidade objetiva dos fabricantes também não é pacífica. Isso porque a Lei nº 8.078/90 não é explícita ao referir-se aos riscos de desenvolvimento, mesmo assim, JAMES J. MARINS DE SOUZA[402] e RUI STOCO[403] entendem que não existiriam nessas hipóteses defeitos de criação, produção ou informação aptos a ensejar a responsabilidade do fabricante. Bastaria, apenas, a mera comunicação às autoridades competentes e aos consumidores, quando verificada a insegurança do produto posterior à sua colocação no mercado.

Não obstante esse respeitável entendimento, afigura-se mais condizente com os ditames da teoria do risco, que também permeiam as leis consumeristas no tocante à responsabilidade objetiva, os argumentos expostos pela corrente doutrinária que enxerga nos riscos do desenvolvimento uma obrigação decorrente dos deveres de segurança implícitos à atividade empresarial que se destina à colocação de mercadorias à venda de incautos compradores.

---

[399]Existem outros como o do medicamento anticolesterol MER-29, que provocou efeitos secundários em mais de 5.000 pessoas; o do talco Morhange, que intoxicou e matou crianças na França; o do medicamento anticolesterol Lipobay, que teria provocado a morte de 31 pessoas nos Estados Unidos da América; o medicamento para reposição hormonal Prepulsid, que aumentava o risco de câncer de mama, embolia pulmonar e derrame; o medicamento anti-inflamatório Vioxx, que potencializava o risco de problemas cardíacos e o de alimentos geneticamente modificados (Cf. CALIXTO, Marcelo Junqueira. op. cit., p. 81; e, DEQUECH, Luciano. *A responsabilidade civil pelo fato do produto*: uma abordagem sistemática à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 118).

[400]No Brasil, supreendentemente, a droga somente foi retirada de comercialização em 1965. Esse "atraso" na adoção de medidas eficazes no controle da medicação motivou a edição da Lei Federal nº 7.070/82, que previu o pagamento de indenizações às vítimas da Talidomida pelo Governo Federal. Apenas em 16.4.2003 foi sancionada a lei 10.651, que regulamentou o uso controlado da droga, que, por sinal, é bastante difundida no meio médico para tratamento de alguns estágios da hanseníase. Cf. informações em ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PORTADORES DA SÍNDROME DE TALIDOMIDA. Disponível em: <http://www.talidomida.org.br/oque.asp>. Acesso em: 26 dez. 2008.

[401]SILVA, João Calvão da. op. cit., p. 123, notas 1 e 2.

[402]SOUZA, James José Marins de. op. cit., p. 127.

[403]STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento, cit., p. 49.

Nesse sentido, SERGIO CAVALIERI FILHO[404] expõe que não seria justo financiar o progresso às custas dos consumidores, em total abandono das bases fundamentais da responsabilidade objetiva[405]. Para esse insígne autor, os riscos do desenvolvimento deveriam ser reputados como *fortuitos internos*, integrantes da responsabilidade derivada do risco a que se expõem os fabricantes, e, por isso mesmo, não aplicável a objeção de exoneração de responsabilidade[406], com o que integralmente anuímos.

Importante, ainda, a ressalva de GUSTAVO TEPEDINO[407] que lembra que, diferentemente da responsabilidade penal e da administrativa, ambas igualmente previstas na Lei nº 8.078/90, a responsabilidade civil do fornecedor prescinde, em razão da sua objetivação, da ocorrência de qualquer ilícito, razão pela qual surge o dever de indenizar mesmo nas hipóteses em que o fabricante não tenha contribuído diretamente para a ocorrência do dano, bastando haver a constatação do defeito do produto, do dano e do nexo causal. Diante disso, mais do que impedir o desenvolvimento da indústria, a responsabilização pelos riscos do desenvolvimento impõe a adoção de redobradas cautelas pelos fabricantes e a divulgação cada vez mais precisa e completa de informações aos consumidores[408].

---

[404]CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil,* 2002, cit., p. 183.

[405]Se por um lado JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO (*in* GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense Universitária, 2007. p. 75), ao referir-se à harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores, sustenta *"que todo medicamento lançado no mercado no mercado tem o binômio ´risco/benefício`, cabendo, então, também às partes integrantes ou envolvidas na sobredita relação de consumo (isto é, autoridades sanitárias, órgãos de defesa ou proteção ao consumidor e empresas) bem equacionar tal questão, ou seja, se é preferível lançar certo medicamento com fator de risco acentuado sob pena de propagação de certa doença, ou não",* por outro, CARLOS ALBERTO BITTAR (*in Direitos do consumidor.* 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 27) lembra, com propriedade, que *"toda a estruturação legal da matéria* [de consumo] *gravita em torno dos objetivos que nortearão a política nacional de relações de consumo, definidas no Código, a saber: atendimento das necessidades dos consumidores; respeito à sua dignidade, saúde e segurança; transparência e harmonia das relações de consumo; proteção dos interesses econômicos dos consumidores e melhoria da sua qualidade de vida"*. Em razão disso, não parece conveniente, considerando tão importantes pressupostos delineadores do sistema protetivo instituído ao consumidor, que se avente a possibilidade de colocação no mercado de um produto potencialmente danoso em razão de experimentos insuficientes em laboratório. Aliás, se assim o for, nem é o caso de se aventar risco do desenvolvimento, mas, sim, de simples defeito de criação, pois já sabido que o fármaco poderia causar danos vultosos.

[406]O mesmo autor lembra a edição do Enunciado nº 43 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizado em Brasília, entre os dias 11 e 13 de setembro de 2002, que prevê, *verbis*: "*A responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no artigo 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento"* .

[407]TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional, cit., p. 6.

[408]Sobre a aplicação do princípio da precaução em face dos riscos do desenvolvimento, confira-se, por todos: LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.* 2008. Tese (Titular de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 180-190.

CAPÍTULO 3. O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil de 1916 tinha como fundamento (quase) único da responsabilidade civil a culpa (artigo 159 do texto civil revogado), embora, em algumas poucas hipóteses, tais como os danos decorrentes da ruína do prédio, da coisa caída do prédio, do animal ou do incêndio em relação ao locatário, houvesse a configuração de responsabilidade objetiva[409].

O legislador brasileiro, entretanto, inovou ao estabelecer o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, pois, diferentemente do que havia outrora, agora é possível ao julgador a aplicação da responsabilidade objetiva, a partir da positivação de uma regra geral de contornos não-salientes, o que justificaria, na doutrina de SERGIO CAVALIERI FILHO, que o parágrafo único fosse alçado à categoria de artigo, tamanha a nova disciplina que introduziu, mais abrangente que a do próprio *caput*[410].

Anteriormente, excluindo-se as ocorrências já expostas alhures que eram previstas no texto do Código Civil regovado, o que se via era a utilização da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, mediante a invocação de leis especiais, que pontuavam algumas matérias reputadas como carecedoras de regulação específica, a fim de socorrer as vítimas de infortúnios que, no mais das vezes, viam-se desamparadas na tentativa da produção de provas diabólicas. Era o caso, por exemplo, dos trabalhadores acidentados em serviço, dos consumidores, dos transeuntes atropelados por veículos ou, até mesmo, do meio ambiente, que, apesar de não ser uma "vítima corporificada", ganhou a necessária atenção do legislador, em vista dos descalabros por vezes cometidos contra os ecossistemas.

A exposição de motivos do Código Civil em vigor no Brasil pouco traz sobre a nova dicção da responsabilidade objetiva. Aliás, apenas uma alínea menciona sobre o tema, ao tratar da Parte Especial, Livro I, "*Do Direito das Obrigações"*, ressaltando o *"novo enfoque dado à matéria* responsabilidade civil*, não só pela amplitude dispensada*

---

[409]Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil, cit., p. 30.
[410]Id. Ibid., p. 38.

ao conceito de dano, (...) por se procurar situar, com o devido equilíbrio, o problema da responsabilidade objetiva"[411].

Contudo, o anteprojeto datado de 23 de maio de 1972, enviado ao Congresso Nacional, pelas mãos de MIGUEL REALE, supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, dispunha, no parágrafo único do artigo 986[412], que haveria responsabilidade independentemente de culpa, *"quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar grande risco para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas"*[413], no lugar da atual reduzida redação do parágrafo único do artigo 927, qual seja, *"quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"*.

A redução do texto do parágrafo único do então artigo 963 do Projeto de Lei nº 634/75 tem gênese em duas propostas de alterações propostas pelos deputados federais José Bonifácio Neto e Cleverson Teixeira, por intermédio, respectivamente, das Emendas nºs 525 e 526[414]. A primeira proposta previa a supressão da palavra "*grande*" antes de "*risco*", tendo em vista que sua eventual utilização ensejaria um arbítrio desmedido, visto que se trata de noção meramente subjetiva; e, ainda, sugeria a modificação do texto da parte final, com fundamento no brocardo romano *"ubi emolumentum, ubi onus"*, pois, segundo o autor da emenda, forte nos ensinamentos de AGOSTINHO ALVIM, poderia a máquina falhar, independemente da vontade do homem. A segunda proposta de alteração de texto também versava sobre a supressão da parte final do parágrafo único do artigo 963 do Projeto de Lei nº 634/75. Para o Deputado Cleverson Teixeira, se não fosse alterada a versão original do texto, o legislador estaria a criar um sistema duplo dentro de um só artigo: se por um lado existiria a responsabilidade sem culpa, por outro,

---

[411]Na mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975, verifica-se a seguinte passagem na íntegra acerca da nova sistemática da responsabilidade civil: *"p) Novo enfoque dado à matéria de* responsabilidade civil, *não só pela amplitude dispensada ao conceito de dano, para abranger o* dano moral*, mas também por se procurar situar, com o devido equilíbrio, o problema da* responsabilidade objetiva*."* (*in* NOVO Código Civil Exposição de Motivos e Texto Sancionado. Senado Federal. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002. p. 45).

[412]Essa redação foi mantida no parágrafo único do artigo 963 do Projeto de Lei nº 634, de 1975, de autoria do Poder Executivo, conforme a Mensagem nº 160/75, publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção I, Suplemento (B) ao nº 061, em 13 de junho de 1975, p. 043; e no Projeto de Lei nº 634-A, de 1975, também de autoria do Poder Executivo, conforme a Mensagem nº 160/75, publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção I, Suplemento ao nº 111, em 14 de setembro de 1983, p. 048.

[413]REALE, Miguel et al. *Anteprojeto de Código Civil*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1972. p. 156.

[414]Cf. Projeto de Lei nº 634-A, de 1975, também de autoria do Poder Executivo, conforme a Mensagem nº 160/75, publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção I, Suplemento ao nº 111, em 14 de setembro de 1983, p. 305-306.

concomitantemente, definiria um critério de culpa (do causador do dano), apto a desconstituir a obrigação de indenizar, isto é, a realização da prova de medidas preventivas tecnicamente adequadas[415], ou seja, da prova liberatória[416].

O texto original do artigo 963 do Projeto de Lei nº 634/75 tem um correspondente quase literal no Código Civil italiano, em seu artigo 2.050[417], este reputado como uma solução intermediária entre a responsabilidade por culpa e a objetiva, mas os tribunais italianos têm admitido ora a simples culpa levíssima para justificar o dever de indenizar do causador do dano, ora a prova de que o fato seria inevitável ante o aparato técnico disponível[418].

Também o Código Civil português, em seu artigo 493.2, prevê regra semelhante à italiana, pois permite a alegação ao ofensor de que utilizou todas as providências e as medidas que dispunha nas respectivas circunstâncias para evitar a ocorrência de dano[419].

É de se notar que, distanciando-se o texto nacional da redação dos códigos alienígenas, andou o bem o legislador brasileiro, isso porque adotou um sistema mais rígido que aqueles dos italianos ou portugueses[420], já que não se criou, com isso, uma nova espécie de excludente de responsabilidade no Brasil fundada em critérios subjetivos, que poderiam deixar as vítimas de infortúnios mais uma vez renegadas à própria sorte[421]. Aliás, outro não é o fundamento ético-jurídico que explica a responsabilidade objetiva senão a proteção solidária dos direitos daqueles que foram injustamente lesados, na qual as perdas devem ser repartidas por toda a comunidade, ou melhor, em quem se vincule o ato danoso[422]. O que não quer dizer, por outro lado, que se deixe de cogitar a aplicação das

---

[415]Cf. SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado.* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 882.

[416]Cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 173.

[417]*"Art. 2050 – Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un´attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno."* Aliás, o artigo do Código Civil italiano também guarda similaridade com o artigo 20, número 1, da Convenção de Varsóvia, que regula o transporte aéreo internacional, fundado em culpa presumida do transportador: *"O transportador não será responsável se provar que tomou, e tomaram os seus prepostos, todas as medidas necessárias para que não produzisse o dano, ou que lhes não foi possível tomá-las"*.

[418]Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile annotato con la dottrina e la gurisprudenza.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. t. 2, p. 1865 e 1873.

[419]Cf. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; OLIVEIRA, Ricardo Alves de. A responsabilidade civil dos órgãos de imprensa e a teoria do risco criado (Artigo 927, Parágrafo Único, do CC/2002). *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil,* Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 95, set./out. 2006.

[420]Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, cit., v. 11, p. 315.

[421]Em sentido contrário, para quem a redação original do atual parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, nos moldes do Código Civil italiano, serviria como um incentivo à adoção de medidas preventivas de danos e perigos, confira-se: LOPEZ, Teresa Ancona. op. cit., p. 150-151.

[422]Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit., p. 27.

excludentes clássicas, como a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro ou as ocorrências de força maior ou caso fortuito (externo), pois, nessas hipóteses, estar-se-á diante do rompimento do nexo de causalidade, que importa, por conseguinte, a irresponsabilidade civil do suposto agente[423].

Se por um lado parece fora de dúvidas a primeira parte do parágrafo único do artigo 927, que versa sobre a (já consagrada) aplicação da teoria do risco às matérias afetas por lei especial[424], por outro, a redação consolidada do Código Civil, deflagrou tentativas de conceituação pouco serenas daquilo que se pode configurar como *atividade normalmente desenvolvida* e *implicação de risco*, aptas a ensejar a aplicação dos preceitos da responsabilidade objetiva.

A dúvida, portanto, que se impõe trata-se do que poderia ser considerado como *atividade*: somente as empresariais ou também aquelas sem cunho econômico? Ao intérprete não cabe distinguir aquilo que o legislador não o fez. Portanto, tomando-se em consideração que o critério do legislador foi fazer surgir no texto legal o espírito de solidariedade social[425], não faz qualquer diferença o fato de haver ou não fins de lucro na atividade tida por perigosa, sobretudo porque o Código Civil adotou a teoria do risco-criado[426], em detrimento da teoria do risco-proveito. Mas, além de a atividade ter que ser considerada intrinsicamente perigosa[427], há de haver uma reiteração da atividade, a fim de configurá-a como *normalmente desenvolvida* pelo ofensor, isto é, não basta a simples ocorrência isolada de uma ação para fazer incidir a rígida norma do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil[428].

---

[423]Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, cit., v. 11, p. 316; e, MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit., p. 29.

[424]Tanto que se manteve imune às dezenas de emendas elaboradas pelos congressistas ao texto do Projeto de Lei nº 634/75. ALEXANDRE MIGUEL entendeu, inclusive, despicienda tal menção no texto civil às leis extravagantes, mas concordou que nenhum mal causa esse tipo de explicitação (Cf. MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 809, p. 17, nota 6, mar. 2003). SERGIO CAVALIERI FILHO, por sua vez, esclareceu que a menção às leis extravagantes tem razão de ser para que não restassem dúvidas acerca da recepção da evolução em matéria de responsabilidade objetiva (Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil, cit., p. 38).

[425]Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit., p. 28.

[426]Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, cit., v. 11, p. 314.

[427]TERESA ANCONA LOPEZ traz alguns exemplos de atividades, reguladas pelo Direito Civil, que assim podem ser consideradas, tais como transportes de todos os tipos; seguranças particulares; participação em corridas de automóveis, asa-delta, esqui na neve e equitação; utilização de bombas de gasolina; fabrico de fogos de artifício ou de elementos de pirotecnia. (Cf. LOPEZ, Tereza Ancona. op. cit., p. 153).

[428]Cf. MIGUEL, Alexandre. op. cit., p. 17.

SERGIO CAVALIERI FILHO[429], por seu turno, entende de maneira ligeiramente diversa. Para esse insígne autor, a *atividade* a que se refere o Código Civil deve, sim, revestir-se de caracteres de habitualidade, reiteração, constância, mas, sobretudo, é mister que tenha contornos de uma conduta profissional, economicamente organizada e que, eventualmente, seja sinônimo de "*serviço de qualquer natureza*". Caso assim não fosse a *mens legis*, todos os cidadãos, sustenta ele, estariam sujeitos à responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco no caso de acidentes automobilísticos pelo simples de conduzir veículos, já que, por sua natureza, essa atividade está diretamente ligada a um risco habitual e reiterado.

O enunciado nº 38 do Conselho da Justiça Federal[430] tentou estabelecer uma diretriz para os operadores do Direito sobre o que seria a *atividade* prevista pelo legislador. Entretanto, tal enunciado não parece ser suficientemente explícito para elucidar a tal dúvida, uma vez que coloca a questão apenas sob o ponto de vista do ônus provocado pelo executor, sem definir se a *atividade* deveria ou não ser encarada sob o aspecto econômico apenas.

Na Itália, onde a responsabilidade objetiva já tem lugar há mais tempo, costuma-se utilizar como referências para definir a periculosidade de determinada atividade o número de ocorrências anteriores, a partir de fontes jurisprudenciais, o que se acredita seja um critério a ser considerado no Brasil[431].

Por enquanto, uma pesquisa específica sobre o dispositivo legal ora em comento, na página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça na rede mundial de computadores, traz apenas menos de uma dezena de julgados[432]. Dentre esses, não há como se computar para a formação de jurisprudência pátria sobre o assunto um caso sobre eventual aplicação de causas excludentes de responsabilidade civil objetiva em face da Lei Federal 8.078/90 e

---

[429]CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil, cit., p. 39.

[430]"*Enunciado 38 – Art. 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.*" (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/cedes/enunciados_jornada_direito_civil.htm#RESPONSABILIDADE%20CIVIL> Acesso em: 10 dez. 2008).

[431]Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, cit., v. 11, p. 316.

[432]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&ref=CC-02+MESMO+ART+ADJ+%2700927%27+MESMO+PAR+ADJ+%27unico%27&b=ACOR>. Acesso em: 26 dez. 2008.

outros três casos[433] que embaralham a responsabilidade objetiva do Estado decorrente do fundamento constitucional e aquele exposto pelo parágrafo único do artigo 927. Entretanto, há um julgado que sinaliza que não há como entender possível a aplicação da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco para o exercício de atividade de profissionais da área médica, vez que dependem da comprovação de culpa[434], e que são atividades de risco o transporte de passageiros em ônibus[435] e a atividade bancária fora do expediente normal (caixas eletrônicos, quando neles são realizados assaltos aos consumidores)[436].

Outra questão que se impõe no estudo do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro refere-se à conceituação de *risco.* As tentativas de sua definição são múltiplas[437], razão pela qual a análise criteriosa de cada caso concreto levará a compreensão do intérprete a perfeita adequação à norma vigente. Seja como for, há de se ter em mente, que o risco inerente das atividades não é um sinônimo *per si* de responsabilidade. O risco não o um fato gerador do dever de indenizar, sendo que este somente passa a existir a partir da existência de um dano[438].

A periculosidade pode, ainda, ser intrínseca a uma atividade ou a um serviço reiteradamente desempenhados por décadas, sem que, com isso, exista qualquer obrigação de indenizar quem quer que seja. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO[439] trouxe como exemplo, o qual chamou de *"paradigmático"*, da faca de cozinha, que, para ter alguma serventia, deve ser extremamente afiada, mas, nem por isso, obriga os donos das fábricas desses artefatos ao pagamento de indenizações, mesmo que com eles se firam as cozinheiras.

Evidentemente, as reflexões sobre as aplicações e os impactos dessa novel regra geral positivada da responsabilidade objetiva como fundamento na teoria do risco não se encerram nestas breves linhas e nos exemplos ora comentados. O maior idealizador do

---

[433]REsp 704.967/SC, REsp 944.884/RS e REsp 737.797/RJ.
[434]REsp 196.306/SP.
[435]REsp 469.867/SP.
[436]REsp 488.310/RJ.
[437]"*O risco é uma categoria filosófica. Sua competência é unilateral. E. Girardin pôde constatá-lo bem: é um princípio de veracidade, o mesmo que as políticas sociais do final do século XIX e do início do século XX institucionalizam. A noção do risco permite pensar as diferenças individuais e a igualdade de todos. Se um não é o outro, um rico, outro pobre, saudável ou doente, artista genial ou ignorante, isso se deve mais à sorte do que aos méritos individuais, que confeririam à justiça essa atribuição das capacidades (...) A noção de risco permite pensar o* todo um cada um *fora da idéia de identidade; nós somos todos diferentes, mas a solidariedade dessas diferenças contém o princípio de sua totalidade."* (DICIONÁRIO de Ética e Filosofia Moral. Org. por Monique Cant-Sperber. São Leopoldo: Unisinos, 2003. v. 2, p. 629).
[438]CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil, cit., p. 41.
[439]SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor.* São Paulo: Saraiva, 2002. p. 129.

Código Civil brasileiro em vigor, MIGUEL REALE[440], ao comentar o respectivo projeto, foi categórico ao enfatizar que o referido diploma não é um sistema fechado em si mesmo. Ao revés, deixou-se ao julgador um espectro de atuação para aplicação da teoria do risco na responsabilidade objetiva muito maior que aquela do *codex* revogado[441] e não se pretendeu criar fórmulas prontas para serem aplicadas, senão regras jurídicas abertas, próprias para serem preenchidas conforme os ditames da época e do caso *sub judice*[442].

---

[440]*O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só o poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou inajustável à especificidade do caso concreto. Como se vê, ao elaborar o Projeto, não nos apegamos ao rigorismo normativo, pretendendo tudo prever detalhada e obrigatoriamente, como se na experiência jurídica imperasse o princípio de causalidade próprio das ciências naturais, nas quais, aliás, se reconhece cada vez mais o valor do problemático e o do conjetural."* (REALE, Miguel. Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro: as diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil. *Série Cadernos do CEJ*, Brasília, v. 20, p. 16, 2002).

[441]Asseverou SCHREIBER sobre a inexistência de previsão para a responsabilidade objetiva no Código Civil revogado: *"(...) Tinha a culpa como elemento nuclear da responsabilidade civil, mas admitia ao menos uma hipótese de responsabilidade sem culpa em seu art. 1.529. O certo, porém, é que a leitura objetivista deste e de outros dispositivos da codificação de 1916 só veio a ser plenamente aceita com a consagração doutrinária da teoria do risco e com a crescente simpatia do legislador especial pela responsabilidade objetiva."* (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil.* São Paulo: Atlas, 2007. p. 19).

[442]Em sentido contrário, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, que afirma ser inseguro deixar ao critério do julgador a "criação" de regras para aplicação da responsabilidade objetiva: *"Como resta evidente, a fixação da responsabilidade objetiva, principalmente nos casos de responsabilidade pura, é da competência exclusiva do legislador; pois quer presumindo culpa ou independentemente dela, é preciso que se fixe, na lei, a atividade perigosa e seus limites, como medida de segurança indispensável. Tal ônus, e tão pesado, não pode surtir de interpretação e de decisões judiciais, o que, além da insegurança, no âmbito obrigacional, traz riscos imprevistos e incontornáveis aos interessados"* (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, v. 698, p. 7-11, dez. 1993).

CONCLUSÕES

Todo o arcabouço legal que se construiu até hoje para fundamentar a teoria do risco, teve como objetivo sempre não deixar sem recomposição aquele vítima de um dano. Entretanto, a legislação mais moderna trata da proteção dos indivíduos contra os males que eles mesmos desenvolveram e que, hoje, são parte integrante da vida quotidiana e que sem os quais não se imagina mais a existência humana.

Os princípios e as teorias jurídicas da repassados neste estudo e que tiveram lugar na era contemporânea, isto é, desde o final do século VIII, passaram em revista dois momentos na evolução técnico-científica da humanidade: a modernidade simples e a complexa.

A modernidade simples é aquela que se iniciou durante o nascimento do período industrial, com o advento de produtos cujas bases de criação não existiam. É dizer: os seus inventores não transformaram uma tecnologia em outra, mas simplesmente a criaram de onde antes não existia nada.

Esse tipo de modernização corresponde ao primeiro período industrial, quando não havia uma assimilação dos riscos que estavam sendo criados, mas, ao revés, tudo era visto como enorme progresso para a população. Era a própria Revolução Industrial.

Assim, alguns efeitos decorrentes dessa industrialização não puderam ser assimilados concomitantemente a ela e geraram um desenvolvimento pernicioso e ignorante aos riscos que dela foram decorrentes.

Subsequentemente, surge, então, o que se chamou de modernidade reflexiva, que significa, na prática, numa verdadeira autodestruição da própria modernidade para criação de outra, a partir da transformação das tecnologias produzidas na modernidade simples. Essa transformação altera as bases da modernização a partir dela mesma, criando riscos nunca antes imaginados[443]. Em outras palavras, é como se algo defeituoso fosse destruído

[443]Nos dizeres de BECK, modernização reflexiva é *"autoconfrontação com os efeitos da sociedade do risco que não podem ser tratados ou assimilados no sistema da sociedade industrial" in Op. Cit.*, p. 16. Para ele, essa troca de foco, ocorre a partir de *"imagens de discussões múltiplas e de níveis múltiplos de automodificação, do auto-risco e da autodissolução das bases da racionalidade e das formas de racionalização nos centros (de poder) da modernização industrial" in* BECK, Ulrich et al. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997. p. 217.

e, a partir de suas cinzas, fosse criado outro objeto, ainda mais defeituoso que o primeiro, pois sua matéria-prima estava viciada.

Ao contrário do que se pode pensar, não houve reprovação ou insurgência dos indivíduos na passagem modernização simples para a reflexiva. As sociedades sempre estimularam esse progresso tecnológico, que teve, ainda que inicialmente, um fim pacífico.

Um bom exemplo é o manejo da radiatividade, cujas aplicações são variadas, mas que, em vista da sua larga utilização, passou a representar um passivo de difícil administração, isso sem contar as armas que se valem dessa tecnologia e cujo poder de destruição é capaz de dizimar países ou continentes inteiros, o que antes, somente era imaginado possível por pestes ou pandemias.

A partir de constatações de que não se podia mais tratar a modernidade apenas sob a ótica do progresso, tal como era feito no primeiro processo industrial (modernidade simples), os indivíduos tornaram-se críticos de seus próprios inventos[444]. É nesse contexto que se insere uma verdadeira transformação sociológica, pois os efeitos colaterais da modernização passam a dirigir o progresso do mundo, inclusive do ponto de vista do Direito, já que fez surgir uma preocupação cada vez maior de normatizar o controle desses riscos[445], que ganharam uma aura de supranacionalidade.

Uma determinada atividade desenvolvida na Bolívia pode, em tese, representar danos a indivíduos residentes no Peru, no Equador ou na Islândia, por exemplo. Isso, à primeira vista, pode parecer que existe um mundo sem fronteiras e igual no que tange à sujeição aos riscos. Entretanto, esses riscos *apátridas* representam, a rigor, um perigo ainda maior para as sociedades que não tiveram a sua industrialização completada. Tal fato se explica porque os países ricos escolhem os pobres para alocarem as atividades de maior risco, onde encontram ambiente propício para tanto, já que invariavelmente há menos

---

[444]Cf. BECK, Ulrich. *Ecological enlightment*: essays on the politics of the risk society. New York: Humanity Books, 1995. De acordo com CHEVITARESE, *"esta concepção somente adquire sentido na medida em que tem como pressuposto um sujeito autônomo e responsável, capaz de identificar riscos e, a partir daí, orientar suas escolhas e estilo de vida a fim de evitá-los. Isto porque, embora os riscos sejam cada vez mais compreendidos segundo uma perspectiva globalizada, não localizada, a responsabilidade pelo 'saber enfrentar riscos` é cada vez mais colocada no nível da 'consciência individual`" in* CHEVITARESE, Leandro; PEDRO, Rosa Maria. op. cit., p. 8.

[445]*"A sociedade do risco surge porque as certezas da sociedade industrial, o consenso para o progresso e a abstração dos efeitos e dos riscos ecológicos dominaram por muito tempo o pensamento e a ação das pessoas e das instituições desta sociedade e foram responsáveis por legitimar a produção dos novos riscos"* MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e reflexividade*: uma avaliação jurídico-sociológica de novas tendências político-criminais. 2003. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

controle ambiental e suas fábricas são vistas como fomentadores de empregos para uma população quase sempre carente de atividade laboral[446]. Isso sem tomar em consideração que as instalações industriais localizadas em países subdesenvolvidos tendem a utilizar tecnologias ultrapassadas, sem prejuízo de um ritmo de produção acelerado para competir no mercado capitalista. Adicionalmente, muitas vezes os equipamentos são operados por uma mão-de-obra que trabalha à exaustão e não recebeu a correta instrução para prevenir ou gerenciar situações de emergências.

O advento de tecnologias criadas a partir de outras anteriormente produzidas tornou difícil a pesquisa das premissas para a caracterização da responsabilidade civil, tal como o nexo causal. Exemplo disso são os riscos ecológicos: se uma determinada fábrica emite poluentes e causa determinado dano ambiental, enquanto uma outra instalação fabril, vizinha da primeira, também emite os mesmo poluentes, torna-se difícil, senão impossível, ao operador do Direito avaliar quanto cada indústria polui.

Nesse contexto, que parece fugir ao controle, salta aos olhos o papel do operador do Direito que deve valer-se dos conceitos fundamentais da teoria do risco, nas suas diferentes subespécies, a fim de conferir às normas positivadas interpretações condizentes com os casos em concreto em vista do ideal de Justiça.

---

[446] *"Éstas surgen en especial allí donde (de nuevo a escala internacional) las situaciones de clase y las situaciones de riesgo se solapan: el proletariado de la sociedad mundial del riesgo vive bajo las chmeneas, junto a las refinerias y las fábricas químicas en los centros industriales del Tercer Mundo. La 'mayor catástrofe industrial de la historia` (Der Spiegel), el accidente tóxico em la ciudad hindu de Bhopal, há hecho que la opinión pública mundial tome consciencia de ello. Las industrias com riesgo se han trasladado a los países de sueldos bajos. Esto no es casualidad. Hay una 'fuerza de atracción` sistemática entre la probreza extrema y los riesgos extremos. Em la estación de maniobra del repatro de los riesgos son especialmente apreciadas las paradas em 'provincias subdesarrolladas`. Y sería um necio ingenio quien aceptara aún que los guardagujas no saben lo que hacen. A favor de esto habla también la 'mayor receptividad` de uma población desempleada frente a 'nuevas` tecnologias (que creen trabajo)" in* BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo.* Barcelona: Paidós, 1998. p. 47-48.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações.* Porto Alegre: Livraria Cruz Coutinho, 1897.

ÁLVARES, Walter T. *Direito da eletricidade.* Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 1954.

_____. *Introdução ao direito da energia nuclear.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1975.

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

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *O novo Código Civil*: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Direito civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A eqüidade no Código Civil. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

ARALDI, Josue Udelson. Responsabilidade civil objetiva: alcance do disposto no Parágrafo Único do Artigo 927 do novo Código Civil. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil,* Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 7-26, maio/jun. 2007.

ASBAHR, Péricles. Da responsabilidade civil por dano ambiental nuclear. *Revista de Direito Ambiental,* São Paulo, ano 7, n. 26, p. 195-223, abr./jun. 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PORTADORES DA SÍNDROME DE TALIDOMIDA. Disponível em: <http://www.talidomida.org.br/oque.asp>. Acesso em: 26 dez. 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil*: teoria geral das obrigações. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, v. 698, p. 7-11, dez. 1993.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

BAUDRY-BARDE. *Traité théorique et pratique de droit civil*: des obligations. Paris: Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1908. t. 4.

BECK, Ulrich. *Ecological enlightment*: essays on the politics of the risk society. New York: Humanity Books, 1995.

_____. *La sociedad del riesgo.* Barcelona: Paidós, 1998.

_____ et al. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997.

BEINEIX, Robert. *La responsabilité civile en matière d´accidents et de dommages provoqués par le Courant Electrique.* Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1938.

BERTASI, Maria Odete Duque. A teoria do risco e o novo Código Civil: breve estudo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo,* São Paulo, v. 6, n. 12, p. 209-221, jul./dez. 2003.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado.* Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. v. 4.

BITTAR, Carlos Alberto. O acidente de Goiânia e a responsabilidade civil nuclear. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 76, v. 625, p. 251-256, nov. 1987.

_____. *Direitos do consumidor.* 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

_____. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

BLUM, Marcel. *Traité pratique de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionneles.* Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1939.

BOUYEUR, Joseph. *De l´évolution de la responsabilité civile en matière d´accidents du travail.* Paris: L. Boyer, 1902.

BRAGA, Jorge Ribeiro Teixeira. Alguns aspectos sobre a responsabilidade civil por danos nucleares. *Caderno de Seguro*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 31, 1986.

BRANCO, Elcir Castello. *Seguro obrigatório de responsabilidade civil e dos proprietários de veículos automotores*. São Paulo: Universitária de Direito, 1976.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.

BRUM, Gustavo. Culpa ou risco no acidente de trabalho. *Revista da Ajuris,* Porto Alegre, ano 29, n. 87, t. 1, set. 2002.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#Section%20276>. Acesso em: 1º out. 2008.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *RTDC*: revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, p. 53-93, jan./mar. 2005.

CAMPION, L. *La théorie de l´abus des droits*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1925.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*: les obligations. 10. ed. Paris: Presses Universitaires France, 1956. v. 4.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 4. ed. rev., aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. Responsabilidade civil no novo Código Civil. *Revista da EMERJ,* Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 30-46, 2003.

CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. v. 3.

CHEVITARESE, Leandro; PEDRO, Rosa Maria. *Risco, poder e tecnologia*: as virtualidades de uma subjetividade pós-humana. In: ANAIS DO SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE INCLUSÃO SOCIAL E AS PERSPECTIVAS PÓS-ESTRUTURALISTAS DE ANÁLISE SOCIAL. Recife: CD-ROM, 2005. Disponível em: <http://www.saude.inf.br/filosofia/riscopoder.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2007.

CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno.* 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1906. v. 2.

_____. *La culpa en el derecho civil moderno.* Madrid: Hijos de Reus. 1907.

COLOMBO, Leonardo A. *Culpa aquiliana (cuasidelitos).* 3. ed. Buenos Aires: La Ley, 1965. t. 1.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro.* 4. ed. rev. e aumen. São Paulo: Saraiva, 1961.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano.* 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.

_____. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil.* Bruxelas: Etablissements Émile Bruylant, 1934. v. 2.

DEMOGUE, René. *Traite des obligations en general*: sources des obligations. Paris: Librarie Arthur Rousseau, 1923. t. 3.

DEMOLOMBE, C. *Cours de Code Napoléon. Traité des engagements qui se forment sans convention. Des contrats*. Paris: A. Lahure, 1882. t. 31.

DEQUECH, Luciano. *A responsabilidade civil pelo fato do produto*: uma abordagem sistemática à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. 3. tir. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e v. 2.

DICIONÁRIO de Ética e Filosofia Moral. Org. por Monique Cant-Sperber. São Leopoldo: Unisinos, 2003. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7.

DINIZ, Souza (Trad.). *Código Napoleão ou Código Civil dos franceses.* Rio de Janeiro: Record, 1962.

DURÁN TRUJILLO, Rafael. *Nociones de responsabilidad civil (contractual y delictuosa).* Bogotá: Temis, 1957.

DUVAL, Hermano. Responsabilidade civil por eletrocução. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 39, n. 90, fasc. 466, abr. 1942.

EXNER, Adolfo. *De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual.* Trad. Emilio Miñana y Villagrasa). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1905.

FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano. *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español.* Pamplona: Aranzadi, 1972.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão.* 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A responsabilidade extracontratual no novo Código Civil e o surpreendente tratamento da atividade de risco. *IOB-Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial,* São Paulo, n. 19, p. 533-528, out. 2002.

GAMA, Ricardo Rodrigues. Caso fortuito e força maior. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 101, n. 381, p.511-519, set./out. 2005.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARCÍA RUBIO, María Paz. Los riesgos de desarollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defeituosos: su impacto en el derecho español. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 30, p. 66-84, jul./set. 1999.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. 2007. Tese (Livre Docente) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GODOY, Luiz Arthur de. *Responsabilidade de direito comum e dano resultante de acidente de trabalho.* 2003. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

GOLDMAN, Berthold. *De la détermination du gardien responsable du fait des choses Inanimées.* Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

GOMES, Orlando. Culpa x risco. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, n. 83, p. 378-389, set. 1940.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; OLIVEIRA, Ricardo Alves de. A responsabilidade civil dos órgãos de imprensa e a teoria do risco criado (Artigo 927, Parágrafo Único, do CC/2002). *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil,* Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 90-104, set./out. 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil.* 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1957. v. 12, t. 2.

GOTTSCHALK, Egon. *Força maior como motivo determinante da recisão do contrato individual de trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1941.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

_____ et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

GUIMARÃES, Isabella da Gama e Silva de Freitas. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. Resumo da obra: CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil,* Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 237-243, out./dez. 2005.

HARVEN, Pierre de. *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain.* Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1928.

HESPANHA, António Manuel. *História das instituições.* Coimbra: Almedina, 1982.

HORTAVH JUNIOR, Miguel. Uma análise do risco acidente do trabalho sob a ótica histórica, doutrinária e jurisprudencial, com ênfase na aplicação da teoria da norma jurídica. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 4, n. 3, p. 29-49, out./dez. 1997.

HUC, Théophile. *Commentaire thérique et pratique du Code Civil.* Paris: Cottilon, 1893. v. 7.

IEJ DE MONTPELLIER, Cours, Informations connaissances. Disponível em: <http://coursiejmontpellier.blog.mongenie.com/index.php?idblogp=293934>. Acesso em: 7 set. 2008.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 1995.

JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas, (Extratos), (1987). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 109-119, maio, 2005.

_____. *De L´esprit des droits et de leur relativitè.* 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939.

_____. *Derecho civil.* Tradução de Santiago C. y Manterola. Buenos Aires: Bosch. 1950. t. 2, v. 1.

_____. A evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 86, p. 548-555, jun. 1941.

_____. *Evolutions et actualités.* Conférences de droit civil. Les accidents d´automobile et l´Arrêt solennel du 13 février 1930. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936.

_____. *Evolutions et actualités.* Conférences de droit civil. Le contrat de travail et l´abus des droits. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936.

_____. *Évolution et actualités*. Conférences de droit civil. L´évolution de la responsabilité. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936.

_____. *Evolutions et actualités.* Conférences de droit civil. Relativité et abus de droit. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936.

KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do "risco integral". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 139, p. 23-37, jul./set. 1998.

LALOU, Henri. *La responsabilité civile*. 10. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1932.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. 2.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1963.

_____. Situação atual, no direito civil moderno: das teorias da culpa e do risco. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 83, p. 385-389, 1940.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A força maior como excludente da responsabilidade civil. *Jurídica*: revista do Curso de Direito, Vitória, v. 2, n. 2, p. 37-63, out. 2000.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil.* 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2.

_____. *Curso de direito civil*: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: 1962. v. 5.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.* 2008. Tese (Titular de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e reflexividade*: uma avaliação jurídico-sociológica de novas tendências político-criminais. 2003. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Do caso fortuito e da força maior excludentes de culpabilidade no Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Fiqueirêdo (Coords.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. Responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 5).

MARTINS, Plinio Lacerda. O caso fortuito e a forca-maior como causas de exclusão da responsabilidade no codigo do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 690, p. 287-291, abr. 1993.

MARTINS JÚNIOR, J. Izidoro. *Compendio de historia geral do direito.* Pernambuco: Livraria Contemporânea, 1898. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/17217/1/Compendio_Historia_Geral_Direitopdf>. Acesso em: 31 set. 2008.

MARTON, G. *Les fondements de la responsabilié civile*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938.

MAZEAUD, Henri et al. *Tratado teórico y prático de la responsabilidad civil delictual y contractual.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961. t. 1, v. 2 e t. 2, v. 2.

MEIRA, Silvio A. B. *História e fontes do direito romano.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

_____. *A Lei das XII Tábuas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 17. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. t. 2.

MERÊA, Paulo. *Estudos de direito hispânico medieval*. Coimbra: Atlântida, 1953. t. 2.

MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 809, p. 11-27, mar. 2003.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência e glossário. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 23.

MOELLER, Oscarlino. *Fundamentos da irresponsabilidade civil.* 1989. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989. v. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações: 1. parte. 33. ed., rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

_____. *Curso de direito civil*: direito das obrigações: 2. parte. 34. ed., rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva: 2003. v. 5.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Responsabilidade civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006.

MOURY, Jacques. Force majeure: éloge de la sobriété. *Revue Trimestrelle de Droit Civil,* Paris, n. 3, p. 471-480, jul./set. 2004.

MUKAI, Toshio. Responsabilidade civil objetiva por dano ambiental com base no risco criado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 229, p. 253-257, jul./set. 2002.

NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objectiva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 56, p. 5-26, 1931.

_____. Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 83, p. 371-377, jul. 1940.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimento contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

_____. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressistematização. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 17, n. 64, p. 7-47, abr./jun. 1993.

NOVO Código Civil Exposição de Motivos e Texto Sancionado. Senado Federal. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Responsabilidade por acidente do trabalho: teoria do risco. *LTr*: revista legislação do trabalho, São Paulo, ano 68, n. 4, p. 405-416, abr. 2004.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 42, p. 49-85, abr./jun. 2002.

_____. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul,* Porto Alegre, v. 59, p. 147-168, nov. 1993.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva.* São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

_____. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

_____. *Responsabilidade civil.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile annotato con la dottrina e la gurisprudenza.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. t. 2.

PINHO, Pericles Madureira. *Risco profissional*. Bahia: A Nova Graphica, 1933.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, George. *Traité pratique de droit civil français*e. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930. t. 6, 1. pte.

POLIDO, Walter Antônio. *Uma introdução ao seguro de responsabilidade civil – poluição ambiental:* a responsabilidade civil por danos ambientais e a cobertura do seguro no Brasil. São Paulo: Manual Técnico de Seguros, 1995.

PORTAL DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ivjornada.pdf> Acesso em: 10 dez. 2008.

PORTO, Mario Moacyr. O ocaso da culpa como fundamento da responsabilidade civil. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 84, n. 302, p. 45-48, abr./jun. 1988.

_____. Responsabilidade por fato ou ação de terceiro. Dever de indenizar dos pais e dos patrões. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, ano 78, v. 650, p. 7-11, dez. 1989.

POSTACIOGLU, Ilhan E. Le problème de la responsabilité collective. *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, Paris, n. 52, 1954.

POVEDA VELASCO, Ignacio M. *Compra e venda*: responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios no direito romano. 1990. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

PÜSCHEL, Flavia Portella. *A responsabilidade por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. 2004. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

RADOUANT, Jean. *Du cas fortuit et de la force majeure.* Paris: Arthut Rousseau, 1920.

REALE, Miguel. Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro: as diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil. *Série Cadernos do CEJ*, Brasília, v. 20, 2002.

_____. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

_____ et al. *Anteprojeto de Código Civil*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1972.

REYNERS, Patrick. Modernisation du regime de responsabilite civile por les dommages nucleaires: revision de la Convention de Vienne et Nouvelle Convention sur la Reparation Complementaire des Dommages Nuclaires. *Revue Générale de Droit Internacional Public*, Paris, t. 102/103, p. 747-763, 1998.

RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil moderno.* Trad. de J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.

_____. *A regra moral nas obrigações civis.* Trad. de J. Cortezão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1937.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. Aspectos da responsabilidade civil por fato de terceiro no direito romano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 96, p. 75-101, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

_____. *Direito civil*: responsabilidade civil. 20. ed, rev. e atual. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

_____. *Direito civil*: teoria geral das obrigações. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

ROUAST, André; GIVORD, Maurice. *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionelles.* Paris: Librairie Dalloz, 1934.

RULLI NETO, Antônio. *Leis de Manu.* São Paulo: Fiúza, 2002.

SACHET, Adrien. *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail.* 5. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1909.

SAILELLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l´obligation d´après le premier Projet de Code Civil pour l´empire Allemand.* 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925.

SALIM, Adib Pereira Netto. A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidente de trabalho. *LTr*: revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 69, n. 4, p. 457-463, abr. 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor.* São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Raimundo José dos. *A responsabilidade civil, os acidentes de trânsito e suas conseqüências*. 2002. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile.* 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. v. 1.

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

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor.* Coimbra: Almedina, 1990.

SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa da. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual: caso fortuito de força maior. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 2, n. 6, p.96-123, abr./jun. 2001.

SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, n. 345, p. 45-56, jul. 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado.* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Wilson Melo da. Danos nucleares e a responsabilidade civil. *Revista DN*, p. 29-43, jul./dez. 1979.

_____. *Da responsabilidade civil automobilística*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Ed. Bernardo Álvares, 1962.

SOTO NIETO, Francisco. *La responsabilidade objetiva.* Madrid: Editorial Gesta, 1969.

SOUZA, James José Marins de. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*: os acidentes de consumo do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. v. 5.

_____. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6. p. 118-133, abr./jun. 1993.

SOUZA, Mauro Cesar Martins de. *Responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho.* Campinas: Agá Juris, 2000.

STARCK, B. Domaine et fondament de la responsabilité sans faute. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 56, 1958.

STOCO, Rui. Dano moral ambiental. *Repertório IOB de Jurisprudência*, caderno 3, 1ª quinz. abr. 2001.

_____. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 96, n. 855, p. 46-53, jan. 2007.

_____. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

TEIXEIRA JUNIOR, E. *Do caso fortuito e de força maior.* Campinas: Typ. Casa Genoud, 1919.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. (Coord.). *Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 1-11, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do transporte de pessoas no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil,* Rio de Janeiro, v. 2, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos da responsabilidade civil do direito privado: da culpa ao risco. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 14, n. 55, p. 149-167, jul./set. 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>.

TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggetiva*. Milano: Giuffrè, 1961.

VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito.* São Paulo: Amendola & Ferraz, 1914.

VARELLA, Helena Rosa. Responsabilidade civil por danos decorrentes das atividades nucleares. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 4, p. 68-81, ago./out. 1989.

VENOSA, Silvio de Salvo. Abuso de direito. *FMU/Direito*: Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 251-270, mar. 1988.

_____. *Direito civil*: responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

VIANA, Renata Honório Ferreira Camargo. *A responsabilidade social na reparação do dano ambiental*. 2005. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

VIEIRA, Jair Lot. (Superv. Ed.). *Código de Hamurabi*. 1. ed. Bauru: Edipro, 2000.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA NETTO, J. R. *O risco e a imprevisão.* Curitiba: Lítero-Técnica, 1956.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*: les conditions de la responsabilité. 2. ed. Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil.* 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Decreto nº 911, de 3.11.1993 – Promulgou a Convenção de Viena sobre responsabilidade civil por danos nucleares, de 21.5.1963.

_____. Decreto nº 83.540, de 4.6.1979 – Regula a aplicação da convenção internacional sobre responsabilidade civil em danos causados por poluição por óleo e dá outras providências.

_____. Decreto nº 99.274, de 6.6.1990, como regulamentador da Lei nº 6.938/81.

_____. Decreto-Legislativo nº 2.681, de 7.12.1912 – Dispõe sobre a responsabilidade civil das estradas de ferro.

_____. Lei nº 3.071, de 1.1.1916 – Código Civil brasileiro.

_____. Lei nº 6.453, de 17.10.1977 – Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências.

_____. Lei nº 6.938, de 31.8.1981 – Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formação e aplicação e dá outras providências.

_____. Lei nº 7.347, de 24.7.1985 – Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e dá outras providências (Lei da Ação Civil Pública).

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11.9.1990 – Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.441, de 13.7.1992 – Dispõe sobre a responsabilidade civil na lei do seguro obrigatório.

_____. Lei nº 8.884, de 11.6.1994 – Altera os dispositivos da Lei nº 7.347, de 24.7.1985.

_____. Lei nº 10.406, de 10.1.2002 – Código Civil brasileiro.