

ANDRÉA SILVA RASGA UEDA

**RESPONSABILIDADE CIVIL NAS
ATIVIDADES DE RISCO:
UM PANORAMA ATUAL A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**PROFESSOR ORIENTADOR
ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2008**

ANDRÉA SILVA RASGA UEDA

**RESPONSABILIDADE CIVIL NAS
ATIVIDADES DE RISCO:
UM PANORAMA ATUAL A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Titular Álvaro Villaça Azevedo.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2008**

*“In this world there is always danger for those
who are afraid of it.”*

George Bernard Shaw

Aos meus pais, Teresinha e Delmir, pelos ensinamentos recebidos. Aos meus amados filhos, Luísa e Pedro, razões de meu viver.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Álvaro Villaça Azevedo, pela grande oportunidade em compartilhar um pouco de sua enorme sabedoria.

Ao meu marido, Edson, por seu apoio e amor, ainda mais nas horas tomadas do convívio ao seu lado.

Aos meus colegas de pós-graduação, por todos os debates e trocas de idéias que ajudaram a enriquecer este trabalho.

RESUMO

No presente trabalho almeja-se traçar caminhos para uma adequada interpretação e aplicação da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, de modo a se criar e manter um equilíbrio entre os interesses dos lesados e os dos lesantes.

O surgimento e o desenvolvimento da responsabilidade objetiva tiveram e têm relevante importância na tentativa de mitigação das situações de danos que restem sem a necessária reparação.

Não obstante a importância de tal teoria no desenvolvimento da responsabilidade civil, o seu fundamento, o risco, é alvo de questionamentos no que tange à dificuldade de sua delimitação.

Assim, o presente estudo envolve tanto a abordagem da técnica legislativa que permitiu a criação do citado dispositivo legal – a das cláusulas gerais – quanto a análise e aplicabilidade de cada termo que o compõe, passando por uma análise comparativa de julgados e doutrinadores de modo a buscar uma adequada aplicação, o mais próxima possível da realidade social e que não redunde em insegurança jurídica.

Após a visualização do dispositivo na forma como se encontra redigido, será apresentada uma proposta para uma possível adequação de sua linguagem com vistas a assegurar a coexistência das liberdades dos lesados e dos lesantes em uma base de solidariedade social, mantendo-se o foco no princípio de que aquele que sofre lesões deve ser reparado.

Palavras-chave: responsabilidade civil objetiva – atividades de risco – critérios definidores – risco – cláusulas gerais.

RIASSUNTO

Tenendo come punto di partenza questo lavoro si vuole arrivare a una adeguata interpretazione e applicazione della parte seconda del paragrafo unico dell'articolo 927 del Codice Civile Brasiliano, in modo a creare e mantenere un equilibrio tra gli interessi tanto di quelli che hanno subito disagi quanto di quelli responsabili per il disagio.

L'apparizione e sviluppo della responsabilità obbiettiva ha avuto, ed ha ancora, grande importanza nella ricerca di mitigazione delle situazioni dove il danno è rimasto senza riparazione.

A dispetto dell'importanza di questa teoria nello sviluppo della responsabilità civile, la sua base di sostenimento, il rischio, é oggetto di dubbi in quanto alla difficoltà della sua stessa delimitazione.

Questo studio utilizza sia la tecnica legislativa che ha fatto possibile la creazione del cosiddetto dispositivo legale – quello delle clausole generali – come l'analisi e possibilità di applicazione di ogni suo termine. Lo studio fa anche una ricerca comparativa dei giudicati e dottrinatori in modo a cercare un'applicazione adeguata, la più prossima possibile della realtà sociale e che non risulti in insicurezza giuridica.

Dopo la visualizzazione del dispositivo nella maniera come è scritto si presenterà una proposta per trovare una possibile adeguazione del linguaggio per assicurare la coesistenza delle libertà degli disagiati e dei dissaggiatori tenendo come base la solidarietà sociale, mantenendo Il foco sul principio nel quale chi soffre Il disagio deve essere oggetto di riparazione.

Parole chiave: responsabilità civile obbiettiva – attività pericolose – criteri di definizione – rischio – clausole generali.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 RESPONSABILIDADE CIVIL E ALGUMAS TENDÊNCIAS ATUAIS NO DIREITO BRASILEIRO	15
1.1 Crise na teoria da responsabilidade civil	16
1.2 Objetivação da responsabilidade	18
1.2.1 Teorias da responsabilidade civil objetiva comum e agravada.....	19
1.2.2 Responsabilidade objetiva pura e impura	21
1.3 Coletivização da responsabilidade e o fenômeno da securitização	23
1.3.1 A coletivização na ótica dos lesados.....	30
2 CRISE E MUDANÇA DE PARADIGMAS	33
2.1 O Código Civil e as alterações de paradigmas	34
2.2 O sistema na sistêmica. O sistema jurídico.....	40
2.3 O direito e a autopoiese. O direito como sistema jurídico de segunda ordem.....	43
2.4 Neopositivismo constitucional.....	46
2.5 Casuística	48
2.6 Conceitos indeterminados	50
2.7 Disposições generalizantes ou cláusulas gerais	57
2.8 Interpretação e aplicação das cláusulas gerais	60
2.9 O parágrafo único do art. 927 do CC: ponto de chegada ou partida?.....	69
3 ANÁLISE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL.....	71
3.1 Da ótica de alguns princípios jurídicos.....	75
3.1.1 Dignidade da pessoa humana.....	76
3.1.2 Solidariedade	83
3.1.3 Precaução ou prevenção.....	85
3.1.4 Liberdade no desempenho de atividades	87
3.1.5 Função social	90
3.2 Esquadrinhando o dispositivo para identificação das possíveis atividades de risco..	93
3.2.1 Definição de atividade: como alcançar sua natureza?	93
3.2.2 Risco e perigo	96
3.2.3 Natureza e normalidade no desempenho da atividade.....	100
3.2.4 Significado do termo “outrem”. A possibilidade do uso de um critério difuso	102
3.2.5 Excludentes de responsabilidade	107
3.3 Diversas configurações do risco. O Código Civil segue, realmente, alguma?	110
3.3.1 Risco-proveito.....	111
3.3.2 Risco criado	112
3.3.3 Risco profissional	114
3.3.4 Risco exacerbado ou risco integral	115
3.3.5 Risco administrativo	115
3.3.6 Risco-perigo.....	116

3.3.7 Risco do desenvolvimento	117
3.4 Imputação na teoria do risco	121
3.5 Nexos de causalidade e concorrência de riscos.....	124
3.6 Mitigação do impacto do parágrafo único do art. 927 pelo art. 944 do Código Civil.....	134
3.7 O Código de Defesa do Consumidor como ponto final?	137
4 ANÁLISE DE JULGADOS NA BUSCA POR PARÂMETROS PARA DEFINIR ATIVIDADE DE RISCO	140
4.1 Criação de responsabilidade objetiva pelos julgadores	141
4.2 Atividades bancárias	145
4.3 Relações trabalhistas.....	147
4.4 Transportes e acidentes com terceiros estranhos à relação contratual.....	149
5 DANOS NAS ATIVIDADES GERADORAS DE RISCO	151
5.1 Tipos de danos	152
5.2 Danos difusos ou sociais: uma nova categoria	153
CONSIDERAÇÕES FINAIS	155
REFERÊNCIAS.....	159

INTRODUÇÃO

Os estudos a respeito da responsabilidade civil que levam o jurista pelos árduos caminhos da análise da culpa, do risco, da causalidade e dos danos sempre foram, como não poderia deixar de ser, permeados pelo dinamismo da vida em seus variados aspectos – econômicos, filosóficos, sociais – implicando mudanças de rumos, ou, ao menos, de pensamentos a respeito da temática ao longo dos anos¹.

Como fruto dessa alternância de rumos ou idéias foi que se viu nascer e aflorar a teoria da responsabilidade objetiva, assentada na idéia de risco, avaliado nas mais diversas óticas (risco criado, risco-proveito, risco profissional, teoria da garantia), hoje em dia tão mais aceita e difundida, vindo a aportar de vez em nosso direito positivo por meio de diversas disposições legais inseridas no atual Código Civil, entre elas, a do parágrafo único do art. 927.

Muitos autores já bem citaram a modernidade, pelos traços das novas tecnologias, como a mola propulsora do desenvolvimento da teoria da responsabilidade objetiva². É certo que esse elemento de características múltiplas, pois atrelado a movimentos sociais, econômicos e políticos, pode ser erigido como o gérmen dessa teoria nos idos modernos. No entanto, é possível entender que as origens remotas da responsabilidade civil encontram guarida em uma situação objetiva, posto que unicamente baseada no nexo de causalidade: aquele que causou prejuízos a um terceiro, seus interesses e/ou bens deve sofrer uma pena na mesma proporção dos danos gerados, sem se perquirir se, de fato, havia a intenção, ou ao menos, a mera falta de atenção, cuidado ou diligência do lesante no desempenho do ato ou da atividade lesivos.

¹ Esse caráter dinâmico da responsabilidade civil é bem explorado por JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, fasc. 454, p. 52-63, jun. 1941.

² BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria & prática*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2005, p. 42; MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3-5; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 262; VENOSA, Sílvio de Salvo. Debates no período da tarde do dia 4.6.2001, na Câmara dos Deputados, no seminário *Novo Código Civil Brasileiro: O que muda na vida do cidadão*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/conheca/ouvidoria/seminarios/2partecodigocivil.html>>. Acesso em: 12 out. 2007. A professora Maria Celina Bodin de Moraes, no prefácio à obra de CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. XXII, fala em “riscos onipresentes”, enfatizando a característica da grande mutação nas atividades humanas.

Assim, em seu nascedouro, ínsita está a idéia de uma penalidade ao lesante, sem os contornos de verdadeira reparação ao lesado, pois este não percebia nenhum equivalente, em pecúnia ou espécie, ao prejuízo sofrido, na medida em que a punição do ofensor já lhe representava a contraprestação pelos danos.

Essa concepção da responsabilidade civil não é mais tolerada, sob pena de termos uma pretensa evolução com contornos de retrocesso. Examinando-se essas origens é que se pode e deve evitar que a aplicação da teoria objetiva da responsabilidade, em especial quando voltada para as atividades de risco, acabe por redundar em uma penalização dos agentes sem nenhum parâmetro, de maneira deletéria ao fomento dessas mesmas atividades³.

Por esse motivo, e com olhos atentos ao passado mas voltados para o futuro, é que o estudo da responsabilidade civil objetiva, aplicada às atividades que, por seu natural desempenho, gerem riscos aos direitos de outrem, faz-se importante, ainda mais ante a zona nebulosa em que o legislador pátrio deixou o jurista, nos termos do que dispõe a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, posto ter ali se valido da técnica legislativa das cláusulas abertas⁴.

Essa técnica legislativa é de grande valia nos tempos atuais, justamente tendo em vista a dinâmica da sociedade, em suas mais diversas áreas do conhecimento, mas deve ser aplicada com cautela para que não produza insegurança jurídica.

Com base nessas premissas e pensando nos três princípios fundamentais que permeiam todo o Código Civil – eticidade, socialidade e operabilidade⁵ – é que guarda relevância o estudo da responsabilidade objetiva nas ditas atividades de risco, ponderando-se não apenas se a terminologia acolhida é a mais adequada, mas se a referida responsabilidade se deve ou não à injunção de um novo paradigma para o direito, e, a partir

³ LIMA, Alvino, *Culpa e risco*. 2. ed., rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 199, deitando por terra um dos argumentos contra a teoria da responsabilidade assentada no risco, deixa bem ressalvado que essa “primitiva concepção resultante da vingança privada não se justifica perante nenhum princípio de ordem pública ou moral”, diferentemente da teoria do risco “que se funda em princípios de ordem moral e de equidade”, tendo surgido em razão da “imperiosa necessidade de amparar a vítima ante a sua insegurança decorrente da multiplicidade de acidentes”.

⁴ Antecipamos nossa discordância quanto ao uso dessa terminologia, por entender que cláusula se aplica a uma situação contratual, e não meramente legal, como no caso. Por isso, seria mais adequado o uso da expressão disposição genérica (não geral, pois esta tem uma acepção técnica de norma que contém parâmetros básicos de aplicabilidade que serão especificados por disposições distintas), no sentido de que, caso a caso, ganhará contornos diferentes a depender do seu intérprete e aplicador. Não obstante, por conta da aceitação maciça, será utilizado neste trabalho o termo cláusula geral.

⁵ REALE, Miguel. História do novo Código Civil. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). Biblioteca de direito civil. *Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 37-42, 2005, v. 1.

de tais estudos, procurar apontar alguns critérios que os julgadores e juristas, no geral, possam usar para bem aplicar o supracitado dispositivo legal, permitindo a satisfação e o equilíbrio entre os interesses particular e social.

Ademais, a intenção é de, ao se descortinar o referido dispositivo, esmiuçando os conceitos que o compõem, ponderar se tal, para além de ter positivado uma divisão que já havia na doutrina e jurisprudência pátrias, teria delimitado um novo caminho a ser seguido: o de que a responsabilização com base na culpa será a exceção, e não a regra, ante o vasto arsenal de atividades que implicam riscos e danos a outrem⁶.

Não se pretende produzir certezas, muito menos um método de decidir, mas tão-somente compendiar posições legais e doutrinárias a respeito, bem como casos práticos paradigmáticos que atuem como um norte para todos aqueles que se debruçarem sobre o tema. A motivação maior, contudo, é evitar que as críticas ao citado dispositivo legal sirvam para que, em futuro próximo, ele venha a ser alterado de maneira tal que haja um engessamento da evolução legal a respeito, gerando sua desatualização e, conseqüentemente, a ausência de reparabilidade em situações que poderiam muito bem se enquadrar no modelo legal caso mantida a cláusula aberta nos moldes atuais.

Para os propósitos anteriormente listados, estruturou-se o presente trabalho em seis partes.

⁶ Muitos doutrinadores entendem que a responsabilidade subjetiva segue sendo a regra geral, da qual a objetiva seria a exceção. Nesse sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. Debates no período da tarde...; Responsabilidade civil. In: *Seminário O Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*. Câmara dos Deputados, Ouvidoria Parlamentar. Brasília: Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2003, p. 105; GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela: a superação do paradigma da modernidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 179-180; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexos causal. Fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. A prova. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12-13; PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1 e 14; NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, nota 3 ao artigo 927, p. 488, no entanto, entendem que ambos compõem regimes jurídicos distintos que guardam “a mesma importância no sistema do CC, não havendo predominância de uma sobre a outra”, sendo “impertinente falar-se em regra e exceção”. Nesse mesmo sentido, MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, p. 17, 429 e 481; AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade civil. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 12; AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 33. Concordamos com a postura de que existem dois regimes jurídicos distintos que, no aspecto legal, não devem medir forças, mas é fato que se deve reconhecer, como bem aponta CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 159, que a partir do Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade civil passou a ter grande abrangência por sobre uma área antes pertencente à responsabilidade subjetiva.

A primeira, correspondente ao Capítulo 1, fará um panorama das tendências mais atuais da responsabilidade civil no direito brasileiro, desde a sua objetivação, passando pela coletivização, seguros e socialização dos riscos, ponderando-se se aquela objetivação corresponde ao final da linha evolutiva da teoria da responsabilidade civil.

A verificação realizada no Capítulo 1 servirá de pano de fundo para se analisar, no Capítulo 2, a existência de uma crise e alteração de paradigmas na responsabilidade civil. Nesse sentido, será necessário, ainda que superficialmente, analisar pontos como o direito e a autopoiese e sua classificação como um sistema de segunda ordem, além da discussão sobre o direito civil constitucional. E, por conta da temática do presente trabalho, serão avaliadas as noções de conceitos indeterminados e cláusulas gerais de modo a se identificar ou não a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil com algum deles. A conclusão do capítulo analisará se o referido dispositivo enquadra-se entre as novas tendências apontadas no capítulo precedente.

Prosseguindo, o Capítulo 3 mostra-se como o coração do presente estudo, na medida em que procurará desvendar o que existe por trás das palavras e noções que compõem a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Para tanto, serão analisados alguns princípios constitucionais – a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a prevenção, a liberdade no desempenho de atividades e a função social – que devem ser observados pelo intérprete e aplicador do citado dispositivo. Após, serão averiguados quais os sentidos dos termos risco, perigo, outrem, normalidade e natureza, bem como, especificamente sobre o risco, serão destacados alguns dos tipos que a doutrina e a jurisprudência entendem existir.

A partir dessa avaliação, serão apontadas e aprofundadas questões como a da existência de imputação na teoria do risco e a viabilidade de se falar em concorrência de riscos.

Concluindo esse capítulo, será feita uma breve comparação com os dispositivos similares dos Códigos Civis Português e Italiano procurando traçar os pontos de união e separação entre eles, de modo a se verificar as conseqüências que essa similitude ou não pode ter.

O Capítulo 4 é o segundo mais importante, justamente porque, mostrando quais os caminhos que o Judiciário brasileiro tem seguido na temática da responsabilidade civil objetiva pelo desempenho de atividades de risco, quer anterior, quer posteriormente à entrada em vigor do Código Civil, procurará localizar padrões em que o julgador possa se

basear para decidir se determinada atividade, não regulamentada como tal, é ou não de risco.

No Capítulo 5 se tecerá um breve perfil dos danos possíveis de ocorrer a partir do desempenho das atividades de risco, concluindo-se com a avaliação da possibilidade de um salto em direção a um possível dano social, como já propugnado pelo professor Antonio Junqueira de Azevedo.

Nas Considerações Finais serão compendiadas as conclusões apresentadas nos capítulos precedentes, a fim de se verificar quais as dificuldades em se interpretar e aplicar a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, se ele corresponde a uma nova etapa na responsabilidade civil e se fornece resposta hábil para os danos pós-modernos ou há realmente necessidade de uma nova teoria.

1

**RESPONSABILIDADE CIVIL E ALGUMAS TENDÊNCIAS ATUAIS
NO DIREITO BRASILEIRO**

Os avanços sociais provocam, sempre, as necessárias alterações legislativas e, conseqüentemente, alteram os rumos das análises judiciais. Na responsabilidade civil não foi diferente. Como esclarece Fernando Noronha, as origens dos “desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil” encontram-se “essencialmente” na Revolução Industrial “iniciada na Inglaterra do século XVIII”⁷, na medida em que a evolução de máquinas, técnicas e processos de fabricação diversos desencadeou a elevação do índice de acidentes envolvendo seus operadores humanos, bem como grupos ou aglomerados de pessoas, teoricamente, beneficiados pela evolução tecnológica (cidades, vilarejos, povoados os mais diversos).

Esse progresso industrial gerou, a par do crescimento das cidades e do surgimento de novas atividades geradoras de renda, um incremento nas exigências sociais, haja vista que as populações tiveram melhoras no seu padrão médio de vida e cultura impulsionando “a valorização do ser humano”⁸, e não mais aceitaram que acidentes decorrentes de quaisquer atividades comerciais e/ou industriais ficassem sem a reparação devida.

Desse modo, no campo jurídico, a teoria da responsabilidade passou a se preocupar cada vez mais com o dano em si⁹, desfocando da pessoa do responsável para alcançar a do lesado no ponto em que sofrera o prejuízo¹⁰, pois, ante a complexidade dos danos e o aumento na sua quantidade, a teoria da responsabilidade focada no elemento culpa não conseguia albergar a maior parte dos danos e lhe dar pronta solução. Surgia e crescia a teoria da responsabilidade objetiva, em que se deixa de lado a exigência de

⁷ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 761, p. 33-34, mar. 1999.

⁸ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 35.

⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 79, afirma que “o dano vem pouco a pouco, conquistando local de destaque na análise jurisprudencial, como elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios mais diversos”.

¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. *Revista Semestral Novos Estudos Jurídicos* do Curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí, v. 8, n. 3, p. 579-595, set./dez. 2003.

demonstração de culpa do lesante e passa-se a focar na prova do nexa causal e do dano em si, indo ao encontro dos anseios sociais de se diminuir a quantidade de prejuízos sem ressarcimento.

Em palestra proferida na Câmara dos Deputados, em 4 de junho de 2001, a professora Silmara Juny¹¹ bem anota três elementos que compõem a atual tendência no campo da responsabilidade civil: a expansão dos danos, a objetivação da responsabilidade civil e a coletivização da responsabilidade.

De modo a não sair da linha-mestra deste trabalho, o primeiro item destacado pela professora servirá de subsídio para o aprofundamento dos estudos dos dois outros elementos, haja vista que tanto a objetivação quanto a coletivização da responsabilidade trazem em seu bojo a característica da expansão dos danos reparáveis, temática que já se sente no próprio texto do Código Civil, como será avaliado a seguir.

1.1 CRISE NA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL¹²

O jurista Ricardo Luis Lorenzetti¹³ destaca que no direito argentino há uma “pluralidade de sistemas compensatórios”, cada qual com sua economia interna e mecanismo distinto de ressarcimento¹⁴. Para esse autor, há, portanto, uma “crise da teoria geral da responsabilidade civil”, a qual, com o fito de manter a vigência dos princípios conceituais amplamente elaborados¹⁵, acaba por dotá-los de uma abstração cada vez maior, com o fito de abranger hipóteses heterodoxas” (*sic*), o que, no seu sentir, permite a perda de “sua utilidade normativa”¹⁶.

¹¹ Responsabilidade civil. In: *Seminário O Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*, p. 144.

¹² Essa crise no campo da responsabilidade civil decorre da crise do próprio direito subjetivo e da “passagem a uma técnica legislativa fundada em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados”, conforme aponta SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 132, e que será mais bem analisada no Capítulo 2 deste trabalho.

¹³ *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 50.

¹⁴ Ele cita, por exemplo, que o “tipo de ressarcimento previsto para o feito do empregado de uma grande empresa” é distinto daquele estipulado para um feito promovido por uma empregada doméstica contra sua empregadora.

¹⁵ Esses princípios, para o autor, estão relacionados com os aspectos da antijuridicidade, imputabilidade, nexa causal e dano existentes na responsabilidade aquiliana. *Fundamentos do direito privado*, p. 50.

¹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 74-75, afirma que “vive-se um momento de evidente perplexidade com a corrosão das bases do instituto [da responsabilidade civil]”, pois a par da substituição da culpa pelo risco enquanto filtro da responsabilidade civil, o nexa causal passa a sofrer flexibilizações, como é o caso da teoria da causalidade alternativa, a qual veremos melhor quando tratarmos da coletivização da responsabilidade.

Prosseguindo, esse jurista afirma que na Argentina “criam-se, por via jurisprudencial, normas específicas aplicáveis a diferentes tipos de responsabilidade”, gerando, ao lado dos casos já regrados por lei, a tal multiplicidade de sistemas de reparação. Por isso, externa sua preocupação com a necessidade de se reconstruir a responsabilidade por danos a partir dos casos concretos de responsabilidades especiais, de modo a se “constatar o grau de heterogeneidade”, construindo-se, a partir daí, “os novos princípios gerais em uma ‘nova teoria’ geral capaz de abranger os diversos subsistemas”¹⁷.

Apesar da diferença de análises, a idéia do citado jurista se encaixa no presente trabalho, pois, da maneira como redigida a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro, será imprescindível que, partindo-se dos casos já regrados, se criem categorias ou conceitos de atividades de risco que sirvam como um norte para que o julgador possa decidir sem violar o princípio da segurança jurídica.

Dessa ótica, não se mostra prejudicial a abstração ou generalidade do citado dispositivo. Muito ao contrário, vai ao encontro do novo paradigma jurídico construído no início do século XX, o do sistema jurídico aberto, em que o juiz tem maior liberdade de atuação, já que o legislador passou a se valer da técnica de redação por cláusulas gerais¹⁸. A abordagem dessa temática será feita no Capítulo 2 deste trabalho.

A definição de quais são as atividades de risco passa por uma questão ainda mais delicada e que diz respeito ao próprio conceito de responsabilidade civil nos dias atuais. Há a necessidade de sua reavaliação contemporânea, à luz da eticidade e da solidariedade, haja vista a dinâmica do instituto, que sofre influência da evolução humana.

A nova idéia que perpassa a teoria da responsabilidade civil e que deu forças ao desenvolvimento de seu braço objetivista é a de que o interesse da vítima deve ser colocado em primeiro plano¹⁹. Ante a potencial expansão de danos, não se pode mais deixar danos sem a respectiva reparação, tornando todos eles, portanto, indenizáveis, ou,

¹⁷ *Fundamentos do direito privado*, p. 51.

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 287, reporta que “o mais célebre exemplo de cláusula geral” é o do § 242 do Código Civil Alemão, “o qual trata da boa-fé exigida do devedor no cumprimento da prestação, com base nos costumes do tráfico jurídico”. Na nota de rodapé 48, p. 287, a autora aponta outros modelos tradicionais de cláusulas gerais como os encontrados nos §§ 138 e 826 do BGB, que dispõem a respeito dos bons costumes, quer para a configuração do ato jurídico nulo, quer para a configuração do dever de reparar daquele que agiu contra esses costumes.

¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura*, p. 586-587, afirma com clareza que na responsabilidade civil a atenção passou do interesse do lesante para o da vítima, enfatizando-se o direito e seu exercício efetivo em vez do dever.

como afirma Giselda Hironaka, que ao menos “haja uma progressiva, mas incessante e sensível, diminuição das hipóteses de ‘irressarcibilidade’”²⁰.

A justiça exige que cada agente responda pelos danos que causar, quer de modo culposos, quer pelo simples desenvolver de uma atividade que traga, em seu bojo, os riscos a um grupo ou a uma coletividade.

Pode-se afirmar, portanto, que a contrapartida à idéia de se assegurar uma redução das situações danosas sem a devida reparação é a mudança no grau de importância da análise da conduta do agente ofensor, a qual passa a ser “elemento dispensável da responsabilização”, como assevera Anderson Schreiber. Trata-se do fenômeno da objetivação, a seguir analisado.

1.2 OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Como assevera Carlos Alberto Bittar, a objetivação observada na teoria da responsabilidade civil é fruto da “complexa organização social” em que se vive e que conjuga os seres humanos às mais variadas e modernas técnicas nos campos das ciências exatas, humanas e biológicas, exigindo o convívio constante com riscos e perigos que as novas tecnologias podem trazer à sociedade e, conseqüentemente, requerendo que respostas cada vez mais rápidas sejam ofertadas no que diz respeito à reparação de danos advindos da prática e aplicação das referidas técnicas aumentando-se o grau de insatisfação dos lesados com qualquer possibilidade de lentidão e ausência de indenização no caso concreto.

Essa constante evolução, conclui o autor, “conduz, no futuro, a matéria [reparação civil] a novas e diversas concepções com a automática reparação dos danos (como, por exemplo, a submissão do lesante a prestações sociais alternativas como reparação)”²¹.

A introdução do dever de indenização por atribuição objetiva, como feito no parágrafo único do art. 927, mudou o caráter excepcional dessa modalidade de reparação para um caráter genérico, com fundamento no avanço das novas biotecnologias e das novas atividades geradoras de danos aos ecossistemas e a grupos identificáveis ou não de pessoas. E, a par de todas as constantes e rápidas mudanças que se operam na sociedade, não tardará para que a responsabilidade objetiva acabe por suplantar a subjetiva em sede jurisprudencial²².

²⁰ *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 106.

²¹ *Responsabilidade civil: teoria & prática*, p. 46.

²² Nesse sentido é a posição do jurista COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Código Civil na visão do advogado: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 3, p. 233, com a qual concordamos.

Como bem ressalta a professora Silmara Juny de Abreu Chinelato²³, pode-se localizar já nos idos de 1912, com o Decreto 2.681, de 7 de dezembro de 1912, uma tendência a escapar da necessária prova da culpa para que o lesante viesse a ser condenado a reparar os danos que provocou a terceiros. Não era, ainda, uma responsabilidade objetiva perfeita, mas um início do caminhar nessa direção, já que se presumia a culpa do agente, invertendo-se o ônus probatório²⁴.

Daí em diante, vários diplomas legais foram elaborados e colocados a vigor em prol de reais situações configuradoras de responsabilidade sem apuração da culpa, como na matéria ambiental, do consumidor, atividades nucleares, entre outras.

Na teoria da responsabilidade objetiva, destacaremos duas correntes que serviram de guia para se consolidar a chamada teoria do risco, objeto central do presente estudo, e que serão analisadas nos dois subitens a seguir.

1.2.1 Teorias da responsabilidade civil objetiva comum e agravada

A fixação e a assimilação da idéia de responsabilidade objetiva, em que o lesante indenizará os terceiros que vierem a provar que sofreram danos advindos da atividade por ele desempenhada, vêm formalizadas na teoria do risco, em que a mera comprovação do nexo causal entre a atividade e os prejuízos é suficiente para que ocorra a sua reparação.

Ocorre que com o advento, em particular, das atividades nucleares, em que o risco para os terceiros é substancialmente maior do que nas demais atividades, aquela teoria não pode ser aproveitada, já que não traria a necessária segurança jurídica consubstanciada na reparabilidade de todos os danos decorrentes.

Por esse motivo, desenvolveu-se a teoria da responsabilidade objetiva agravada²⁵, uma exceção dentro da já excepcional teoria da responsabilidade objetiva, pois, ainda que

²³ Responsabilidade civil. In: *Seminário O Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*, p. 145.

²⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 154-155 e 157-158, sendo certo que a estrada de ferro não se exonerará da responsabilidade nem mesmo se demonstrar que tomou todas as medidas para proteção e prevenção dos danos. Como visto, é nessa linha que segue o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, pois foi retirado de seu corpo a parte final que dizia, justamente, com a possibilidade de exoneração daqueles que, ainda que desempenhando atividades de risco, demonstrassem ter tomados as medidas cabíveis para a não-ocorrência dos danos. Voltaremos a esse tema no item 3.2.5. infra.

²⁵ Saliente-se que o autor VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. IV, p. 11, ao tratar dessa modalidade de responsabilidade, afirma que ela não se encontra expressamente contemplada em nenhum texto legislativo brasileiro, “sendo uma criação jurisprudencial”, em especial no campo do direito administrativo.

os danos derivem de casos fortuitos ou força maior, o responsável pelo desempenho da atividade deverá indenizar os que sofreram prejuízos. Não há que se falar em demonstração do nexo causal, que acaba por ficar subentendido (“*in re ipsa*”) tamanhos os riscos advindos de tal atividade.

Não obstante o legislador pátrio não ter sido muito objetivo na redação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, valendo-se de termos indeterminados (atividades que normalmente causem risco ao direito de outrem) para estabelecer responsabilidades àquele que vier a causar danos a terceiros, não será possível enquadrar-se modalidades de atividades que, similarmente às nucleares, criem riscos exacerbados aos direitos de terceiros, pois isso anularia a segurança jurídica pretendida pelo legislador.

Nesse sentido, entendimentos como o de Fernando Noronha²⁶, que afirma que a sociedade está a ingressar em uma nova fase da responsabilidade civil objetiva, em que se prescindirá do nexo causal, bastando que o dano “possa ser considerado risco próprio da atividade em causa”, devem ser avaliados e utilizados ponderadamente, sem que se amplie por demasia esse rol de atividades, fugindo ao próprio intento do legislador, sob pena de se gerar um caos jurídico.

Por isso é possível entender que o citado dispositivo não reflete – nem poderá ser usado para acolher sob seu manto – possíveis hipóteses de aplicação prática da teoria da responsabilidade civil objetiva agravada ou exasperada pelo risco inerente nos moldes do que propugna a lei que regula as atividades nucleares no Brasil, porque, aplicado nessa ótica, geraria um desfavor à sociedade, emperrando o progresso e o avanço das ciências como um todo.

Ainda estamos sob a égide da responsabilidade objetiva assentada no risco, e não em tempos de imputabilidade sem culpa para todas as situações de danos ocorridas, apesar de alguns autores doutrinarem que a real mudança de paradigmas se operaria pela aplicação dessa noção²⁷.

²⁶ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 37.

²⁷ Veja-se, nesse sentido, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 246; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, p. 321.

1.2.2 Responsabilidade objetiva pura e impura

Outro enfoque interessante a se relevar quando se pensa sobre a teoria da responsabilidade objetiva é aquele criado e desenvolvido pelo professor Álvaro Villaça Azevedo²⁸, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916.

Elaborou o ilustre jurista uma proposta de subclassificação da teoria da responsabilidade extracontratual objetiva, dividindo-a em impura e pura. A primeira teria por base a culpa de terceiro, ligado à atividade do lesante ou, ainda, o fato do animal e da coisa inanimada. A segunda geraria dever de indenizar ainda que inexistente a culpa, sendo que a indenização ocorreria pela prática de ato lícito ou de mero fato jurídico, uma vez que a lei assim dispõe.

Além disso, mas por conta da análise da culpa, para a impura haveria o direito de regresso do que arcou com a indenização contra o real causador do dano, para se reembolsar do que efetivamente pagou, ao passo que na pura esse direito de regresso inexistente.

O citado jurista exemplifica sua linha de raciocínio citando as empresas que, em virtude da natureza de suas atividades, podem causar riscos ao meio ambiente. Os danos que porventura sejam produzidos serão reparados pela empresa, sem argüir-se sobre a existência de culpa. A mesma idéia permearia a legislação que dispõe sobre as atividades nucleares.

Em ambas as hipóteses não haveria, portanto, o direito de regresso por parte da empresa que desempenha as citadas atividades de risco, na medida em que inexistiria culpa.

Ressalte-se que essa teoria foi desenvolvida com base no Código Civil anterior, o qual não trazia nenhum dispositivo a respeito da responsabilidade objetiva desligada da noção de culpa²⁹, tanto que os casos em que havia uma similar aplicação da teoria objetiva

²⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura, algumas hipóteses e responsabilidade civil no Código de Processo Civil. *Revista do Advogado de São Paulo*, São Paulo, n. 44, p. 7-19, out. 1994. Essa teoria também foi mencionada pelo jurista em alguns pareceres que foram publicados na *Revista dos Tribunais*: Responsabilidade civil em sede de poluição. Culpa do Poder Público. Ausência de nexo causal, na atividade das poluidoras, e de solidariedade entre elas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 722, p. 84-98, dez. 1995; Jurisprudência não pode criar responsabilidade objetiva, só a lei. Análise das Súmulas 341, 489 e 492, do Supremo Tribunal Federal, e 132 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 743, p. 109-128, set. 1997.

²⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Jurisprudência não pode criar responsabilidade objetiva, só a lei, p. 111, afirma que “mesmo nos casos de aplicação da teoria do risco, previstos em nosso Código Civil [de 1916], ensejam eles indenização, ante a culpa de outrem, por aquele que não teve culpa ou cuja culpa foi presumida em lei”.

da responsabilidade configuravam-se nas situações em que o legislador presumia a culpa por fato de outrem ou pelo detentor da coisa ou animal³⁰.

Contudo, ainda que produzida sob o olhar do Código Civil anterior, é de relevante atualidade, haja vista o disposto no parágrafo único do art. 927, o qual trata da responsabilidade objetiva delimitada de modo apartado da teoria da culpa.

É plenamente viável afirmar que o legislador encampou, com o supracitado dispositivo legal, a teoria da responsabilidade objetiva pura. Não obstante, haja vista a caracterização de cada teoria apontada, entendemos que também é possível, dentro dessa teoria pura, vislumbrar uma responsabilidade em regresso, apenas e tão-somente, nos casos em que, apesar de a atividade em si ser de risco (perigosa), a atitude culposa ou dolosa de uma pessoa desencadeou o dano³¹.

É o que veremos mais adiante, no Capítulo 3, quando estudarmos a diferença entre risco e perigo. Quando esse último elemento ronda a atividade, qualquer ato pode desencadeá-lo. Trata-se de real atividade de risco (perigosa). Diversamente, quando existe apenas o risco, que é inerente a todas as atividades humanas, e o que surge é um dano advindo de uma conduta imprudente ou negligente de quem exerce a atividade, não se pode aplicar a responsabilização objetiva descrita na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Imaginemos um funcionário de uma indústria de fogos de artifício que acende um cigarro e gera uma explosão da fábrica que danifica casas vizinhas. A atividade, em si, é de risco (perigosa), mas foi a atitude errada do funcionário que ativou o perigo. A empresa responderá objetivamente com lastro na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, mas poderá ressarcir-se do funcionário, em alguma medida.

Já no caso de uma indústria de tecidos, a mesma atitude de um funcionário não implicará uma reparação com base no parágrafo único do art. 927, mas com lastro no art. 932, inciso III, do Código Civil, o que significa que haverá responsabilização objetiva, mas não pelo fato de a atividade ser de risco (perigosa).

³⁰ Como bem relata o jurista COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Código Civil na visão do advogado: responsabilidade civil*, p. 299-300, permitia-se, com base no art. 1.523 do Código Civil de 1916, a produção de “contraprova de que os lesantes ‘não concorreram para o dano por culpa ou negligência de sua parte’”. Vários julgados do Superior Tribunal de Justiça entenderam que se tratava de presunção de culpa: REsp 13.403/RJ, 4ª T., STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 6.12.1994, v.u., in *LEXSTJ*, 71:78; REsp 69.437/SP, 4ª T., STJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 6.10.1998, v.u., in *LEXSTJ*, 118:173; REsp 96.704/SP, 4ª T., STJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 7.2.2002, v.u., in *RDR*, 23:342.

³¹ A própria lei sobre atividades nucleares – Lei 6.453, de 17.10.1977 –, em seu art. 7º, dispõe que: “O operador somente tem direito de regresso contra quem admitiu, por contrato escrito, o exercício desse direito, ou contra a pessoa física que, dolosamente, deu causa ao acidente”. Esta atividade é insitamente perigosa, mas permite o direito de regresso em situações em que o dano advenha do dolo de um terceiro.

Com base nessa diferenciação, entendemos que a nomenclatura trabalhada pelo professor Villaça poderia sofrer um adendo. Não fazemos mais a distinção entre pura ou impura com base na possibilidade de direito de regresso, mas apenas tendo por base a existência ou não de risco inerente à atividade que se poderá concretizar (perigo).

Fazendo essa pequena mudança, pode-se afirmar que o disposto na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil segue a corrente doutrinária da teoria da responsabilidade objetiva pura, pois, além do risco (inerente a qualquer atividade humana), existe o perigo.

Atrelada à objetivação da responsabilidade, encontra-se a sua coletivização na ótica da securitização, a qual será analisada no subitem seguinte. Ambas guardam estreito vínculo por conta do fundamento comum em que se assentam: o da justiça distributiva.

1.3 COLETIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E O FENÔMENO DA SECURITIZAÇÃO

A responsabilidade civil é um tema desafiador que não encontra limites no que pertine à capacidade de apresentar novas situações, sempre a exigir argúcia do jurista na elaboração de respostas suficientes para solverem a pendência.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a coletivização da responsabilidade é uma das tendências no campo da responsabilidade civil, ao lado da expansão dos danos indenizáveis e da sua objetivação³², que, em certa medida, visa a reformular a teoria da responsabilidade objetiva assentada no risco³³.

A verdadeira coletivização da responsabilidade encontra guarida quer nos direitos quer nas obrigações que todos temos para com as repercussões negativas que advirão da prática tresloucada de diversos atos, hábitos ou atividades atuais, em curto, médio ou longo

³² NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 35, 38-40. Esse texto também é encontrado em seu livro *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 535-548. Importante destacar que esse autor demonstra que a coletivização não guarda relação com a responsabilidade contratual, mas apenas com a extracontratual, e que pode ser por atos tanto ilícitos quanto lícitos. Ver, ainda, CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. Responsabilidade civil, p. 143-152.

³³ Como ressalta SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 5 e 29, a responsabilidade objetiva revela sua “verdadeira essência na contemporaneidade”, não se assentando mais em critérios explicitados na norma de responsabilização, mas, antes, “na necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima”.

prazo, para as futuras gerações³⁴. É o que já se vem denominando responsabilidade transgeracional³⁵.

A sociedade não deve mais se compadecer daqueles que causam danos, consciente ou inconscientemente, com intuito lucrativo ou tão-somente por falta de respeito para com os outros, pois isso é igualmente uma atitude lesiva: a nossa omissão acarretará danos, muitas vezes irremediáveis, quer a nós mesmos, habitantes atuais deste planeta, quer às gerações do porvir, que já poderão nascer condenadas, sem possibilidade de renúncia a uma herança originalmente ruim.

Para evitar-se equívocos, importante ressaltar que a responsabilização coletiva que estamos apontando encontra lastro no princípio da solidariedade entre as pessoas, que, como já referido, tem assento constitucional. Por isso, não há que se falar, aqui, de aplicação do art. 265 do Código Civil, que dispõe não ser possível presumir-se a solidariedade, decorrendo ela da lei ou da vontade das partes.

Essa solidariedade positivada guarda relação tão-somente com as obrigações de natureza negocial, em nada se vinculando à questão da responsabilidade civil. E por quê? Simplesmente porque, no campo da responsabilidade civil, não há a característica da ponderação, das tratativas e composições entre as partes com o intuito de se chegar a um denominador comum quanto à formalização de um negócio, não se podendo vislumbrar alguma possibilidade de solidariedade decorrente da vontade das partes. Justamente o oposto.

Na responsabilidade civil geral, na acepção usada por Fernando Noronha³⁶, ou irá se apurar a culpa de uma das partes envolvidas, já que causou prejuízos à outra (responsabilidade subjetiva), ou simplesmente se apurará a existência de nexos causal entre a atitude do lesante e os danos daí advindos, sem se cogitar qualquer grau de intercâmbio

³⁴ O termo geração vem usado no sentido conferido por HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 369, de produção, descendência e conjunto de pessoas que têm mais ou menos a mesma idade e que, em certa medida, também é traçado por LAUFER, R. S.; BENGTON, V. L. Generations, aging, and social stratification: on the development of generational units. *Journal of Social Issues* 30, 1974, p. 181-205, como o conjunto de pessoas com idades similares que vivenciam, em um dado período histórico, experiências concretas comuns relacionadas com os aspectos político, social, econômico e cultural. Por isso é possível entender-se que o adjetivo futura traz uma idéia de danos ainda potenciais que não serão vistos pelos vivos atuais, e, também, uma idéia de danos que se protraem no tempo.

³⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, p. 218-219.

³⁶ *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, p. 545-546, em que o autor fala que a responsabilidade negocial (contratual) está fora do campo da dita responsabilidade civil geral ou em sentido estrito, passando a “constituir direito especial”, com o que concordamos.

ou cooperação prévios para que viesse a surgir a obrigação ressarcitória (responsabilidade objetiva).

Nesse sentido, pode-se afirmar que, nas hipóteses em que danos advêm de um grupo no qual não se sabe precisar quem, com sua atitude, os cometeu, a questão da solidariedade não exige que se faça constar de lei ou, muito menos, de ato formal estabelecido entre as partes. Ela simplesmente advêm de um estado de coisas e decorre sobremaneira do princípio constitucional da solidariedade entre as partes, que já faria as vezes de disposição a ser observada por todos e em todos os níveis e campos do direito, em particular³⁷.

Como afirma Rosa Nery, “é no *princípio da solidariedade* que devemos buscar inspiração para a vocação social do direito, para a identificação do sentido prático do que seja *funcionalização dos direitos* e para a compreensão do que pode ser considerado *parificação e pacificação social*”³⁸.

Como se pode perceber, essa coletivização é fruto de uma “flexibilização do nexo causal”³⁹, por conta da tendência já antes tratada de redução de situações de danos sem ressarcimento. Mesmo que não se consiga identificar o real lesante, por conta de encontrar-se em um grupo que desenvolve atitudes que põem em risco o direito alheio, o grupo será responsabilizado. É o que a doutrina costuma denominar causalidade alternativa⁴⁰.

Nesse sentido, será possível afirmar que a segunda parte do *caput* do art. 942 do Código Civil permite que, em situações de danos gerados por um grupo, seja viável

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 50, bem ressalta a solidariedade como “fundamento daquelas lesões que tenham no grupo a ocasião de sua realização”.

³⁸ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). *Questões de direito civil e o novo Código*. São Paulo: Imprensa oficial, 2004, p. 36-45.

³⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 70.

⁴⁰ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 1994, v. 5, p. 648, apud SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p.73, nota 78, afirma que “a falta de identificação do autor que ocasionou o dano não exclui a responsabilidade solidária do grupo quando o dano seja decorrente da ação comum desse grupo de pessoas. A ativa participação em uma ação comum torna solidariamente responsável o indivíduo cuja participação contribuiu para criar um risco específico de dano inerente à tal ação”. Para o autor, essa aplicação no direito italiano corresponde ao princípio da causalidade alternativa, vigente no Código Alemão, o qual dispõe, em seu § 830, que “são responsáveis todos os ‘co-participantes de uma ação comum’ quando não seja possível identificar qual deles provocou o dano” (tradução livre). Julgado do Superior Tribunal de Justiça traz anotações doutrinárias sobre o tema em interessante decisão que mantém a condenação coletiva, no cível, por morte de torcedor: REsp 26.975/RS, 4ª T., STJ, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 18.12.2001, in *RDR*, 23:377.

responsabilizar-se solidariamente os seus membros, ainda que não se consiga identificar o real causador, como exemplifica Carlos Roberto Gonçalves⁴¹?

Entendemos que a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil não acolhe essa responsabilização coletiva do gerador do dano, pois exige que a atividade desenvolvida, por si, gere danos, o que implica identificação do causador do dano com aquele que desempenha tal atividade.

Não obstante o Código Civil Brasileiro não ter norma geral de responsabilização por danos causados por membro indeterminado de um grupo, podemos destacar o art. 938, que trata dos danos advindos de coisas caídas de prédios (responsabilidade por danos criados) como um exemplo de responsabilidade objetiva coletiva, já que todos os habitantes do prédio serão responsabilizados pelo objeto que tenha caído (ou sido atirado) e atingido uma pessoa e/ou bem⁴².

Legislações específicas anteriores já traziam o aspecto da solidariedade e da coletivização da responsabilidade, quer na ótica dos lesados, quer dos lesantes, não no que tange à sua legitimação, mas, sim, à forma de arrecadação de recursos que viriam a compor um fundo de onde sairia a verba para a reparação dos danos, como o seguro obrigatório de veículos automotores (DPVAT)⁴³, a seguridade social e o seguro de acidentes nucleares⁴⁴.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 550, doutrina que, nesses casos, há “conexão de condutas e participação em uma conduta perigosa, em que a responsabilidade pelos danos recai sobre todos”.

⁴² Como relata COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Código Civil na visão do advogado: responsabilidade civil*, p. 357-358, trata-se de instituto que vem do direito romano (*actio de effusis et dejectis*) e que diz com prejuízos por coisas líquidas e sólidas lançadas nas passagens. A jurisprudência brasileira foi se formando no sentido de “atribuir a responsabilidade ao condomínio como um todo”, como assevera SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 72, podendo o condomínio valer-se do direito de regresso contra o real causador do dano, uma vez que perante a vítima aquele é que deve responder, já que “ao habitar um condomínio, o morador assume o risco de conviver nessa comunhão”, o que atende ao fenômeno de “pulverizar a responsabilidade no seio da sociedade”, conforme aponta VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 108. O julgado REsp 64.682/RJ, 4ª T., STJ, rel. Min. Bueno de Souza, j. 10.11.1998, v.u., in *RT*, 767:194, reconhece a responsabilidade objetiva do condomínio, mas exclui as unidades que não tivessem “janelas ou sacadas para a via pública” onde a lesada foi atingida, seguindo os ensinamentos de DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. atual. e ampl. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 635. No entanto, entendemos que não será o lesado que deverá indicar quais as unidades condominiais envolvidas, devendo acionar o condomínio como um todo. Este, em direito de regresso, deverá pleitear o reembolso das unidades envolvidas.

⁴³ A Lei 6.194/74, com alterações conferidas pelas Leis 8.441/92 e 11.482/2007, dispõe sobre a formação de um fundo que visa a ofertar uma indenização mínima às vítimas de danos advindos de acidentes automobilísticos, independentemente da necessidade de se perquirir a culpa da vítima ou do motorista, conforme seu art. 5º, nos seguintes termos: “O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado”.

⁴⁴ Lei 6.453, de 17.10.1977, art. 13: “O operador da instalação nuclear é obrigado a manter seguro ou outra garantia financeira que cubra a sua responsabilidade pelas indenizações por danos nucleares”.

E é justamente a partir dos seguros de responsabilidade civil que a coletivização se originou. No entanto, na análise da responsabilidade civil no aspecto subjetivo, assentado no elemento culpa, se entendia ser meio imoral, conforme informa Fernando Noronha⁴⁵, pensar na possibilidade de o lesante transferir a obrigação da indenização a uma companhia seguradora.

Isso deixou de ocorrer com o surgimento e a ampliação de hipóteses fáticas de danos gerados sem a culpa *lato sensu* do lesante. Assim, o fenômeno da objetivação impulsionou o da coletivização e, como em um sistema autopoietico, houve uma retroalimentação entre eles de modo a que essa última, por sua vez, acabasse impulsionando a própria objetivação⁴⁶.

Essa tendência à estipulação de seguros para variadas hipóteses de responsabilização objetiva parece criar um fenômeno às avessas caracterizado pela mitigação do senso de responsabilidade, ou melhor, da preocupação do ofensor em efetivamente assumir os danos e, conseqüentemente, assentir com uma posição preventiva em outras oportunidades⁴⁷.

Isso porque, ao transferir para uma seguradora o risco no desembolso de valores a título de reparação por danos, o “futuro” lesante já se sente “protegido” contra os “males” advindos de uma possível demanda reparatória⁴⁸.

Em contrapartida, a atividade securitária também acaba suportando certos ônus que, indiscutivelmente, deverão ser repassados aos próprios segurados, gerando um ciclo sem fim: como as empresas de seguro terão que cada vez mais arcar com o pagamento de novos seguros, para as mesmas ou novas modalidades de atividades, haja vista o

⁴⁵ Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 39, nota 6.

⁴⁶ SOTO, Ricardo Alonso. Responsabilidad civil y seguro. In: PANTALEÓN, Fernando (Coord.). *La responsabilidad en el derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid 4 (2000). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2001, p. 199, afirma que a evolução pela qual passou a responsabilidade civil (da subjetiva para a objetiva) foi um papel importante na vida do seguro da responsabilidade civil, o qual “deixa de cumprir uma função exclusiva de tutela dos interesses do segurado, responsável pelo dano, para transformar-se em um seguro que cobre os danos ocasionados a uma terceira pessoa e que se estipula em favor desta”. Para o autor, o seguro “adquire, desse modo, uma função social”, pois deixa de se limitar à “tutela do segurado responsável, ampliando seu âmbito de cobertura de modo a abranger a vítima e o terceiro prejudicado”.

⁴⁷ JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 16.

⁴⁸ Ver HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, p. 146. ALVES, José Carlos Moreira. A responsabilidade extracontratual e seu fundamento – culpa e nexos de causalidade. *Revista Doutrinária*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 12, ago. 2003, afirma que, pela doutrina do risco, aquele que exerce tal atividade é levado a lançar mão do seguro, “que lhe dá a sensação de irresponsabilidade, permitindo-lhe que aja com menos diligência ou prudência”. Discordamos dessa justificativa, pois ela acaba por confundir elementos de responsabilidade subjetiva com de objetiva. Ademais, como visto, o uso do seguro de responsabilidade acaba por reduzir as situações de danos, sem que tenhamos que nos valer de argumentações para atestar ser ou não a atividade geradora de riscos.

movimento de objetivação da responsabilidade civil, para que consigam gerar seus lucros, obrigatoriamente, transferirão os custos financeiros decorrentes dessa majoração de seguros pagos para a própria coletividade de segurados, mediante o aumento dos prêmios, por exemplo⁴⁹.

Mister ressaltar que essa securitização não corresponde, propriamente, à coletivização na ótica da sua imputação a um grupo ou uma pluralidade indefinida de pessoas, mas, antes, a uma “difusão da carga indenizatória do risco econômico”, conforme proposto por Ricardo Luis Lorenzetti⁵⁰.

A idéia de um seguro geral de responsabilidade é a de, justamente na linha da objetivação da responsabilidade, ofertar um contraponto remuneratório condizente com o volume de danos gerados que surgem cada vez mais ante o avanço tecnológico em todas as ciências.

Sílvio de Salvo Venosa também entende ser de grande valia o contrato de seguro como “solução para a amplitude de indenizações que se almeja em prol da paz social”, de maneira que, “quanto maior o número de atividades protegidas por seguro, menor será a possibilidade de situações de prejuízo restarem irressarcidas”.

No entanto, como bem ressalva o autor, o seguro será “sempre limitado ou tarifado”, o que implica certeza de indenização, mas em valores menores⁵¹. Apesar de concordarmos com o aspecto da limitação, não entendemos que isso seja prejudicial, muito ao contrário, servirá para evitar que a um tempo restem prejuízos sem reparação, aumentem o número de demandas judiciais, e se transforme a responsabilidade objetiva em um mecanismo de proteção às avessas, que garanta proteção ilimitada aos lesados, em prejuízo do desenvolvimento de atividades imprescindíveis à evolução social. O seguro geral de atividades⁵² pode ser uma saída viável, desde que seja bem discutido, projetado e implementado⁵³.

⁴⁹ Ver HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, p. 148.

⁵⁰ *Fundamentos do direito privado*, p. 218. A idéia da socialização, na verdade, é a de complementar as funções preventiva e compensatória da responsabilidade civil, e não tomar o seu lugar, motivo pelo qual não se deve pensar em um sistema de “exclusiva socialização dos riscos”, como bem observado por MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, p. 23.

⁵¹ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 10. Neste mesmo sentido ver SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 220-221.

⁵² NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*, p. 39, destaca que o risco é “transferido para a coletividade de pessoas que exercem uma mesma atividade, geradora do mesmo risco, e que são quem paga os prêmios relativos ao seguro respectivo”.

⁵³ MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, p. 22-23, também entende que a socialização dos riscos (na verdade, leia-se, socialização da responsabilidade) deve ser ponderada, sob

O seguro socializa a responsabilidade pela reparabilidade dos danos, diluindo-a entre um grupo ou mesmo pela sociedade, de modo a reduzir as situações não-indenizadas⁵⁴. Essa socialização é vista por Rosa Nery⁵⁵ como um princípio que advém, como decorrência lógica, do princípio constitucional da solidariedade social, em especial por conta dos riscos inerentes à vida. Nesse interessante trabalho, ela acaba por demonstrar que a solidariedade já existia nas épocas primitivas, contudo, no enfoque do grupo ou clã. Assim, qualquer dano ou lesão a um membro do grupo era, com respaldo na solidariedade grupal, vingado (lembremos que nessa época vigia a vingança privada).

Posteriormente, com o desenvolvimento das cidades, passou-se da concepção restrita de grupo àquela em que o objeto era a preservação do social, como faz verificar com a sociedade romana, o que vem até nossos dias, com a idéia de reparação atrelada à de solidariedade, do que se desenvolveu e cristalizou a teoria da responsabilidade objetiva.

Wilson Melo da Silva, ao tratar da responsabilidade objetiva, enfocava essa tendência no aspecto objetivo dos danos ou riscos, entendendo que a sociedade passaria a ter a necessidade de ver reparados todos e quaisquer danos, e “o próprio fortuito a ninguém mais apavoraria”⁵⁶.

Como já dito, da ótica da securitização não se deve falar, propriamente, em coletivização da reparação, mas, antes, em seu compartilhamento por um grupo determinado ou, ao menos, determinável de pessoas, já que será esse grupo que, pelo pagamento dos prêmios, formará o pacote financeiro da seguradora do qual sairão os pagamentos dos seguros no caso de sinistros.

Como bem pondera Fábio Konder Comparato⁵⁷, a função reparatória de danos encontrada, a partir do século XIX, no campo da responsabilidade civil vem, atualmente, sendo bem mais exercida com “maior amplitude e eficiência pelo sistema segurador, privado ou social”. Daí se afirmar, corretamente, que no que tange às atividades geradoras de risco essa seguridade se mostra um substituto à altura, pois, além de fazer frente à

pena de se reverter em prejuízo da própria sociedade por um aumento na proporção custo/preço, “em detrimento do consumidor final”.

⁵⁴ Como afirma SOTO, Ricardo Alonso. *Responsabilidad civil y seguro*, p. 200, trata-se da “socialização dos riscos”. LOTUFO, Renan. *Da responsabilidade civil. Curso avançado de direito civil: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1, p. 301, fala em “pulverização dos custos da indenização”.

⁵⁵ Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado, p. 36-39.

⁵⁶ *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Ed. Bernardo Álvares, 1962, p. 339.

⁵⁷ Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 63, ano XXV nova série, p. 1-79, jul./set. 1986, p. 73.

tendência de redução de danos irressarcidos, retira o temor, no meio daqueles que desenvolvem tais atividades, de que o crescimento econômico-social esteja fadado a sofrer uma redução, gerando o atraso nos diversos setores da economia, em virtude da aplicação da responsabilidade objetiva assentada no risco da atividade.

De qualquer modo, enquanto não se chegar à etapa de uma seguridade completa que venha a substituir as demandas ressarcitórias por meros pleitos administrativos de recebimento do seguro⁵⁸, pode-se afirmar que a parte final do parágrafo único do art. 927 do Código Civil servirá para redução de situações de dano sem reparação.

Não obstante entendermos que o citado dispositivo não se compatibiliza com a coletivização da responsabilidade no enfoque ora analisado, da pluralidade de agentes dos quais não se sabe, ao certo, quem foi o real causador dos danos, ele permite que se pense sobre uma coletivização na ótica dos lesados, na medida em que não há no referido dispositivo a identificação precisa de quem seja o outrem – que, como veremos em capítulo próprio, poderá ser até mesmo a sociedade.

1.3.1 A coletivização na ótica dos lesados

No que pertine às vítimas do evento danoso, verifica-se, corriqueiramente, o fenômeno da coletivização em virtude de danos que afetam, concomitantemente, cada membro de um dado grupo, coletividade ou sociedade (direitos transindividuais)⁵⁹. Para fazer frente a essa dimensão social do evento danoso, diversos mecanismos processuais foram desenvolvidos, dentre os quais se pode citar, na legislação pátria, a Ação Civil Pública⁶⁰ e a Ação Popular⁶¹.

⁵⁸ Em DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 652, o atualizador da obra, Rui Berford Dias, entende que “a existência de fundos compensatórios que efetivamente cubram os danos ocorridos” vedaria o uso da ação de responsabilidade civil, uma vez que seria “incompatível com o referido sistema”.

⁵⁹ Como afirma a professora Giselda Hironaka, trata-se da “produção de *prejuízos em massa* ou *em série*” (*Responsabilidade pressuposta*, p. 144).

⁶⁰ Um exemplo interessante foi a Ação Civil Pública, ajuizada em 12.4.2007, pelo Ministério Público Federal, a Advocacia Geral da União e o Ministério Público do Estado de São Paulo visando o fechamento do Centro Comercial denominado *Stand Center*, localizado na Avenida Paulista, sob o argumento de que fere não apenas aspectos de natureza penal-tributária, concorrencial e da ordem econômica, mas ainda aspectos cíveis ligados aos interesses dos consumidores, como periculosidade e danos que porventura advenham do uso de aparelhos e produtos contrafeitos ou contrabandeados. A referida ação foi ajuizada em face dos proprietários do imóvel, e não em face de seus locatários. Notícia *MPF pede fechamento de Stand Center em São Paulo*, divulgada em 12 de abril de 2007. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/36950.shtml>>. Acesso em: 13 abr. 2007.

⁶¹ Sobre o tema, ver STILGLITZ Gabriel A.; ECHEVESTRE, Carlos A. Las acciones por daños y perjuicios. Capítulo XXI. In: ITURRASPE, Jorge Mosset (Dir.) e CARLUCCI, Aida Kemelmajer de (Coord.). *Responsabilidad civil*. 2. reimp. Argentina: Hammurabi S.R.L., 1997, p. 506.

A partir da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, essa terminologia que se refere ao aspecto da legitimação ativa para defesa de interesses ou direitos que ultrapassam a esfera meramente individual⁶² ganhou destaque, força e fundamentação, podendo muito bem servir de embasamento legal para pleitos ressarcitórios que não tenham em sua origem uma relação de consumo, mas que venham a atingir interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Veja-se o exemplo da proteção ao meio ambiente⁶³, que é, regra geral, um bem de natureza difusa, pois de uso comum do povo⁶⁴, mas que guarda a característica da transcendentalidade pelo dever de ser preservado por e para as futuras gerações⁶⁵. É uma concepção de resguardo de interesses transindividuais, para além do presente, que abarca a própria sociedade do porvir e atinge o objetivo constitucionalmente assentado da solidariedade social.

⁶² Art. 82 e os incisos de seu parágrafo único da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20-21, define meio ambiente como sendo “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”, em suma, corresponde à “ambiência na qual se move, desenvolve, atua e expande a vida humana”.

⁶⁴ Como bem afirma SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, p. 84, trata-se de bem de interesse público, “dotado de um regime jurídico especial” e que, portanto, não pode ser de apropriação privada mesmo quando seus elementos constitutivos pertençam a particulares”. Mas reconhece o referido autor que em matéria de responsabilidade ambiental o dano, além de social, também poderá ser individual, sendo a “pessoa a beneficiária do ressarcimento”, p. 316. No que pertine à extensão dos danos ambientais, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e, em *A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado*, disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8632/3/A_Responsabilidade_Civil.pdf>, acesso em: 17 abr. 2007, p. 61-62, demonstra que existem os danos que atingem elementos positivados em lei e que correspondem a uma ordem pessoal (individual ou coletiva), como a saúde, a integridade física dos seres humanos e o próprio patrimônio ambiental, e, ao lado deles, existem os danos ecológicos ou ambientais *stricto sensu* que “opera[m] e estabelece[m] a preponderância dos seus efeitos (pelo menos os efeitos diretos), no próprio meio ambiente, como realidade autônoma dos valores ortodoxos associados à saúde e ao patrimônio”. Contudo, como pondera o autor, nem sempre é possível apartarem-se ambas as realidades, sendo que os danos ambientais pessoais também acabam por gerar danos ecológicos, não sendo sempre verdadeira a afirmativa inversa.

⁶⁵ Conforme intróito da Declaração sobre as responsabilidades das gerações atuais para com as gerações futuras, adotada em 12 de novembro de 1997 pela Conferência Geral da Unesco, em sua 29ª reunião, “as responsabilidades das atuais gerações para com as futuras já foram mencionadas em distintos instrumentos, como a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em 16 de novembro de 1972, a Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Troca Climática e o Convênio sobre a Diversidade Biológica aprovados no Rio de Janeiro em 5 de junho de 1992, a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento aprovada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento em 14 de junho de 1992, a Declaração e o Programa de Ação de Viena aprovados pela Conferência Mundial de Direitos Humanos de 25 de junho de 1993, e as resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre a proteção do clima mundial para as gerações presentes e futuras aprovadas desde 1990”. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001108/110827sb.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2007. Esse entendimento encontra guarida em nosso texto constitucional, conforme dispõe o art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Outros campos em que existe a possibilidade de danos coletivos são os das atividades nucleares⁶⁶ e de biotecnologia (em especial, com a questão dos organismos geneticamente modificados⁶⁷).

De qualquer modo, é certo que, no campo dos danos ocasionados diretamente a uma pluralidade ou coletividade determinada, não há maiores dificuldades em se vislumbrar a aplicação prática do princípio da solidariedade, no sentido de que não restem danos e lesados sem a devida reparação. O problema se mostra maior na identificação e delimitação de danos difusos.

Essas tendências no campo da responsabilidade civil, em particular da responsabilidade objetiva, são parte das mudanças sofridas no mundo jurídico em razão das já asseveradas alterações sociais, e que veremos mais aprofundadamente no capítulo seguinte.

⁶⁶ CHIARETTI, Daniela. Pelos corredores de uma usina que se esconde. *Valor Econômico*, São Paulo, Caderno Fim de semana, EU &, p. 7, 27 jul. 2007, p. 4-9. A autora relata quais tipos de “rejeitos radioativos” podem surgir das atividades desenvolvidas em uma usina nuclear: “rejeitos de baixa atividades são luvas, ferramentas, macacões e outros materiais que não puderam ser descontaminados; os de média atividade são resinas empregadas para descontaminar a água utilizada na lavagem de luvas, ferramentas, macacões e outros materiais contaminados” e os de “alta atividade” correspondem ao combustível usado (pastilhas). Dos dois primeiros, são produzidos cerca de 5 mil metros cúbicos em Angra 1 e 2 mil tambores em Angra 2, sendo que por lá podem ficar cerca de 400 anos, como relata a jornalista. As pastilhas são armazenadas em tanques que ficam imersos em “piscinas azuis, de 14 metros de profundidade, em água com boro, dentro das unidades de contenção”. Quanto tempo podem durar? “Mil, dois mil anos”, afirma o engenheiro Pedro Figueiredo, diretor de operação e comercialização da Eletronuclear que controla as usinas de Angra. “Até lá, concorda, é preciso encontrar um jeito seguro de guardar o que hoje é o ponto fraco desta indústria”.

⁶⁷ Como salienta GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Federal, 2006, p. 261, há uma série de riscos que podem advir da manipulação genética, ainda que realizada dentro dos padrões legais estabelecidos, e que redundariam em riscos de cunho coletivo, pois atingiriam a “biodiversidade, o patrimônio genético humano, a vida e a saúde”, sendo “inesgotáveis, imprevisíveis”, característica que aproxima a tutela da biossegurança à conferida às atividades nucleares.

2

CRISE⁶⁸ E MUDANÇA DE PARADIGMAS

Antes de adentrar na análise da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, raiz de todo o presente trabalho, imprescindível fazer uma incursão pelos caminhos da técnica de legislar mediante o uso de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, do que o referido dispositivo é um exemplo, levando inúmeros juristas a uma crítica incisiva a respeito da insegurança que geraria a interpretação e conseqüente aplicação do citado texto legal, posto colocar-se nas mãos do juiz o poder de definir quais as atividades ensejadoras de risco aos interesses de terceiros, independentemente de legislação específica.

Assim, para que se tente entender um pouco melhor os motivos que levaram o legislador a manter o dispositivo em comento redigido da forma atual, afastando-se, portanto, dos textos similares dos Códigos Civis Italiano e Português, como se verá no Capítulo 3 deste trabalho, imprescindível que se faça um breve estudo das cláusulas gerais: fundamentos, conceitos contrapostos e afins, escopo, interpretação e aplicação.

Para se chegar a tanto, mister que se avaliem as mudanças de paradigmas que levaram à conclusão do Código Civil, bem como se insira o sistema jurídico na ordem social.

⁶⁸ Interessante destacar passagem de GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 190, para quem “a imagem da crise do direito é uma falsa imagem: não é o *direito*, senão o *direito burguês*, do século passado (= *direito moderno/direito formal*) que se vem transformando, para adequar-se à evolução do capitalismo”. Essa alteração é bem vislumbrada no atual Código Civil, em especial no campo das obrigações e dos contratos, em que aos princípios tradicionais vieram se juntar três novos: princípio do equilíbrio econômico ou do sinalagma, princípio da boa-fé objetiva e princípio da função social do contrato, os quais, como visto, incorporaram a técnica legislativa da cláusula geral. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 32, refere-se à chamada “crise da técnica legislativa”, que condiz com a temática do presente trabalho, pois se reporta à “superação da concepção fechada de sistema jurídico, tomando seu lugar o conceito de sistema relativamente aberto”, em que há uma diversidade de fontes de direito. Nessa linha, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 132, afirma que há uma “crise no direito subjetivo”, no sentido de que se está revendo quais os interesses que “são merecedores de tutela”, em especial através de novas técnicas legislativas, como a “fundada em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados”.

2.1 O CÓDIGO CIVIL E AS ALTERAÇÕES DE PARADIGMAS

Judith Martins-Costa, situando as cláusulas gerais no universo jurídico, evidencia que, não obstante tomarem diferentes significações de acordo com a ótica em que são analisadas, o que implica a complexidade de seu estudo, um dos principais ângulos do qual elas devem ser avaliadas é o que pertine com as “fontes de produção jurídica e a metodologia da ciência do Direito”⁶⁹.

Isso porque essa técnica legislativa, ao se tornar a porta de entrada⁷⁰, no mundo jurídico, de diversas normas de conduta, princípios metajurídicos, valores, *standards* e modelos de comportamento, acaba por se tornar mais uma fonte de direito, ainda que indireta, implicando a ponderação sobre a crise na teoria das fontes e o reconhecimento de uma nova cultura do direito⁷¹, ou seja, um novo código ou nova chave de interpretação desse direito.

Neste sentido, para avaliar as mudanças, mister que se avaliem os paradigmas, entendidos como o conjunto de problemas e métodos para sua solução conferidos por uma dada ciência em um determinado lapso de tempo⁷². A mudança de paradigma implicará alteração de rumos na ciência estudada e, conseqüentemente, de soluções aos problemas que se apresentam.

Importante ressaltar que o paradigma guarda completa ligação com a estrutura social na qual a referida ciência está a se desenvolver. Desse modo, o que se pode afirmar é que todo o conhecimento produzido pelo direito, enquanto ciência social, depende do universo criado e constituído pela própria sociedade, que definirá, por sua vez, o paradigma de um determinado momento histórico. São os fatos o substrato necessário à

⁶⁹ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 274. Ver da mesma autora *Direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

⁷⁰ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, (Coleção Professor Agostinho Alvim, coordenada por Renan Lotufo), p. 40, destaca que as cláusulas gerais “são elementos de conexão entre os valores reclamados e o sistema codificado, propondo-se a efetuar o elo de ligação desses valores no ordenamento, sem ruptura da ordem positivada, sem quebra do sistema”.

⁷¹ A desembargadora KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 172-173, já nos idos de 1985, escrevia sobre a crise do direito gerada, no seu sentir, pelo “conflito entre as condições existenciais e as normas jurídicas vigentes” que “propicia a perda da confiança nas soluções normatizadas”. Nesse sentido, reconhecendo que “a crise do direito, como a crise das instituições, relaciona-se com a inadequação da ordem jurídica às exigências de justiça, em crescente insatisfação”, propugnava que a visão do juiz passasse a ser dialética, “ eminentemente crítica”, podendo e devendo “questionar a própria legitimidade da norma, para adequá-la à realidade social” de maneira a alcançar “decisões mais justas e renovadoras, utilizando-se dos processos tradicionais da hermenêutica”.

⁷² Paradigma é um modelo teórico que serve para um determinado grupo. Nesse sentido, ver o que KUHN, Thomas oferece em sua obra *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1975.

existência e ao conhecimento do direito. Como afirmado por Othon de Azevedo Lopes, “a linguagem, os referenciais e a própria comunidade de cientistas sociais [no caso, os juristas] só podem ser entendidos como resultados da própria sociedade”⁷³.

Então, pode-se afirmar que o Código Civil materializou as mudanças sociais, econômicas, políticas e morais sofridas pela sociedade, na medida em que tais alterações obrigaram a uma revisão da linguagem, dos referenciais e, conseqüentemente, dos paradigmas do mundo jurídico⁷⁴.

O Código de 1916 foi fruto de uma época em que o apego à legislação positivada em corpos jurídicos era sinônimo de regulação completa, perfeita⁷⁵. Clóvis Bevilacqua, citado por José Carlos Moreira Alves, entendia que, com a codificação, “o que perde o direito com essa dureza de formas, ganha em clareza e precisão de idéias, em segurança de interesses, em cerceamento do arbítrio dos depositários do poder”⁷⁶.

Os Códigos⁷⁷ visam a uma melhor compreensão da ciência jurídica e, portanto, a uma maior segurança jurídica a todos aqueles que deles se servem, pois espelham a experiência social projetada em uma dada época.

Ocorre que, desde a segunda metade do século XVIII, os códigos “são estritamente legislativos”⁷⁸, demonstrando o poderio estatal na tentativa de reger todas as relações jurídicas que se formalizavam entre os particulares⁷⁹. Eles impediam “as

⁷³ *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 35.

⁷⁴ Como ensinam MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3, “o novo Código Civil (...) está fundado em paradigmas diferentes daqueles que determinaram a edição do Código Civil de 1916, assim como está permeado de princípios jurídicos cuja formulação exige uma compreensão dinâmica e prospectiva da história, da ciência e das fontes do direito”.

⁷⁵ Nessa época, a cultura jurídica brasileira encontrava-se dotada de um extremo apego ao formalismo, em que lei era sinônimo de ordem, sem exclusão. O direito era reduzido ao mero ordenamento jurídico. Ver, nesse sentido, o trabalho crítico de FARIA, José Eduardo; LOPES, José Reinaldo de Lima. *Pela democratização do Judiciário*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 159-166, os quais concluem pela necessidade de “maior abertura” da cultura jurídica para “problemas socioeconômicos complexos”.

⁷⁶ BEVILAQUA, Clóvis. O problema da codificação do direito civil brasileiro. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife*, v. VI, p. 3-18, 1896. Apud ALVES, José Carlos Moreira. O projeto de Código Civil de Clóvis Bevilacqua. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 61, p. 24-34, nov. 2000.

⁷⁷ Para uma visão histórica a respeito da idéia de codificação, ver GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 448-450.

⁷⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 448.

⁷⁹ O jurista argentino, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, p. 44, com base no art. 1º do Código Civil Argentino, evidencia bem o papel do Código como “um reflexo da criação do Estado Nacional”, sendo seu intento “ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária; uma só norma, aplicável por igual, a todos os cidadãos, sejam nacionais, sejam estrangeiros”. Ocorre que, como esclarece mais adiante, esse ideário restou frustrado com o desprestígio “das visões totalizadoras”, sendo certo que o Código perdeu sua centralidade e passou a dividir “sua vida com outros Códigos, com microssistemas jurídicos e com subsistemas” (p. 45).

manifestações criadoras da sociedade”⁸⁰, nas palavras de Miguel Reale, tornando o direito algo parecido com uma fôrma em que se deveriam encaixar as situações fáticas como peças de um quebra-cabeças, sem possibilidade de mudanças de formas.

Essa rigidez é fruto do ideário de certeza e segurança absolutas em torno de um único texto, o Código, vigente à época. Trata-se, nas palavras de Judith Martins-Costa, do “pensamento jusracionalista pelo qual o Direito é visto e formulado como um sistema fechado de verdades filosóficas”, ficando a atividade jurisprudencial restrita “à aplicação da lei”, cabendo ao juiz “apenas a tarefa de aplicar a lei dentro da legalidade mais estrita”⁸¹.

Tentando alterar os rumos dessa proposta de codificação é que se pode dizer que o atual Código Civil inovou, pois permitiu a busca de uma justiça concreta para os indivíduos e seus grupos sociais situados nos seus próprios contextos⁸². Leva-se em conta a “ética da situação” de maneira a se preservar um equilíbrio entre as partes que vise à igualdade *in concreto*. Para tanto, valeu-se o legislador da técnica das cláusulas abertas, as quais “favorecem a adequação à justiça do caso concreto, em vez de opção sistemática por um rigorismo que bloqueia a força expansiva dos valores jurídicos”, conforme preleciona Miguel Reale⁸³.

Renan Lotufo afirma que o Código Civil, embora “ainda longe da perfeição, não quer ser uma Constituição, não quer ser o centro, e sim ser um corpo de normas com cláusulas gerais e abertas para servir e viabilizar a atuação de todo o Direito Privado”⁸⁴.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. XIII-XIV (prefácio).

⁸¹ As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 47-58, 1992, p. 48.

⁸² REALE, Miguel. História do novo Código Civil, p. 248, reconhece que o Código Civil de 2002 superou a positivação na qual estava imerso o Código de 1916 ao dar preferência ao uso das “normas ou cláusulas abertas, ou seja, não subordinadas ao renitente propósito de um rigorismo jurídico cerrado” que impedia que se desenvolvesse “a imaginação criadora dos advogados e juristas e a prudente, mas não menos instituidora, sentença dos juízes”. E isso pois a estrutura do novo Código, entendida sob o aspecto substantivo de suas disposições, trilha o caminho no qual segue a ciência do direito, qual seja, o da experiência social (p. 81). Na verdade, a estrutura una e exclusiva do Código como manancial de referências legislativas já estava esgotado desde o início do século XIX, o que fez com que o “Estado legislador” tivesse que lançar mão de “leis extracodificadas” com o intuito de fazer frente às demandas e vicissitudes sociais. Era a chamada “legislação de emergência” para matérias “não previstas pelo codificador”. Para um detalhamento da questão, ver TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 21-46.

⁸³ Prefácio da obra de MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. X.

⁸⁴ LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil. In: *Revista dos Advogados de São Paulo, Novo Código Civil: aspectos relevantes*, n. 68, p. 19-30, dez. 2002, p. 27.

Houve, portanto, uma verdadeira mudança de rumos em virtude de alterações histórico-sociais que vêm se desenrolando há tempos⁸⁵. No entanto, em nenhum momento se pode dizer que, para a nova tomada de posição do Código Civil, referenciada pelos três princípios fundamentais que o permeiam – eticidade, socialidade e operabilidade⁸⁶ –, houve o abandono por completo de valores e fatos aceitos em nossa comunidade desde a época do Código Civil de 1916. Como diz Miguel Reale, “o futuro se contém, até certo ponto, no passado”, pois “há algo no passado que condiciona ou possibilita o futuro”⁸⁷.

Essa mudança observada no Código Civil de 2002 que traz a lúmen o uso de cláusulas gerais como mecanismos de arejamento do direito⁸⁸, permitindo que, mediante a concretização de uma norma geral, se faça a almejada justiça social e se alcance um real ponto de equilíbrio, pode ser entendida como reflexo da alteração de paradigma no direito: passou-se a entender o sistema jurídico não mais como um mero conjunto de normas (ordenamento jurídico) estaticamente postas, mas sim como um conjunto normativo dinâmico que está atento à realidade social, política e econômica, enfim, a toda a conjuntura fática que permeia a sociedade⁸⁹.

Nessa questão referente à mudança de paradigmas, o professor Antonio Junqueira de Azevedo afirma que o paradigma pós-moderno seria o da “centralidade do caso”, em que o jurista deve ser levado a conhecer as especificidades de cada caso e situá-los em seus devidos contextos fáticos.

⁸⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Código Civil e o seu completamento pela jurisprudência. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 334, ao comentar a respeito das cláusulas gerais, afirma que “o novo Código Civil Brasileiro, a par dos seus grandes avanços de conteúdo, ainda se pôs em dia com a moderna teoria da legislação e a melhor técnica legislativa”, motivo pelo qual se deve reconhecer que “temos uma Lei Civil temporalmente adequada”.

⁸⁶ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, p. 35, 37-42.

⁸⁷ *Experiência e cultura*. 2. ed. rev. Campinas: Bookseller, 2000, p. 251.

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, p. 6, bem retratou, figurativamente, o que se deve entender por um Código nos dias atuais: “Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”, sendo que essas janelas, pontes e avenidas são constituídas pelas cláusulas gerais.

⁸⁹ Cfr. RANGEL, Leyla Castello Branco (Coord.). *Código Civil: anteprojetos*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989, v. 5, t. 1, p. 14. O próprio Miguel Reale, na exposição de motivos do anteprojeto de Código Civil apresentado em 23.5.1972 pela comissão encarregada de sua revisão, esclarece que “um código não é, em verdade, algo estático ou cristalizado, destinado a embaçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas ou retrocessos. Põe-se antes como um balanço global das soluções normativas e dos modelos informadores da experiência vivida de uma nação, a fim de que ela, graças à visão atualizada do conjunto, possa com segurança prosseguir em sua caminhada”.

Para esse autor, o juiz deve “decidir o que é de sua vocação, que é o conflito real, o ‘caso difícil’, que exige ponderação”⁹⁰. Sugere, então, a “fuga do juiz”, de modo a que reste ao Judiciário agir onde de fato a figura do julgador seja necessária. Exemplifica com situações em que o juiz não deveria mais intervir, obrigatoriamente, como as hipóteses de rescisão contratual, escolha de árbitros, determinação de notificação. Em cada caso desses, a situação se regraria por si, entre as partes ou, no máximo, com auxílio de órgãos de arbitragem.

Para ele, “o Projeto de Código Civil [já convertido em lei] exige inutilmente a presença do juiz togado em inúmeras situações”, sendo um modelo de “paradigma ultrapassado”⁹¹.

No campo da responsabilidade civil objetiva, contudo, não entendemos que o paradigma seja ultrapassado, muito ao contrário. A segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil conduz o jurista, através da vaguidade nele contida, à tentativa de obtenção de reposição do equilíbrio quebrado pelo dano, pois lhe permite uma maior e melhor adequação da disposição legal à situação real, na tentativa de minimizar os impactos das lesões decorrentes do desempenho de atividades insitivamente arriscadas (perigosas).

Com lastro no afirmado pelo professor Junqueira, é possível ponderar que, ante o aumento e a diversidade nas temáticas das situações fáticas que ensejam a atuação da teoria da responsabilidade civil, conjugados ao fato de que, atualmente, temos o primado do dever de segurança e proteção, aliado ao princípio da solidariedade, não há como deixar ao legislador a tipificação de todas as hipóteses de atividades de risco.

A generalidade do citado dispositivo permite que se atendam as novas necessidades, com o auxílio necessário do juiz. Não é campo para autonomia privada das partes envolvidas, mas nem por isso deixa de ter aplicabilidade o dito paradigma pós-moderno, na medida em que, caso a caso, se descortinará uma situação para a qual o julgador poderá ou não já ter parâmetros para decidir.

⁹⁰ Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, ano 89, p. 11-17, maio 2000, p. 16.

⁹¹ Ver os pareceres: O direito pós-moderno e a codificação. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59-61, e Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. Nessa linha de pensamento encontra-se o pensamento de MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, p. 8-9 e 480-481, que enquadra o paradigma do juiz na “ordem pública de direção”, que serviu de base para mandos e desmandos sob a tutela do Estado autoritário e intervencionista. Em oposição, na atualidade, teríamos a “ordem pública de proteção”, com “rejeição aos conceitos jurídicos indeterminados”, cujo “princípio fundante é a dignidade da pessoa humana”.

Por isso, na ótica da temática da responsabilidade civil objetiva nas atividades de risco, não parece que o atual Código Civil seja um exemplo de “paradigma ultrapassado”, justamente porque permite que a atuação do julgador seja conduzida por essas propositais aberturas legislativas (veja-se que se está a falar de cláusulas gerais, e não de lacunas indesejáveis e que surgem por descuido do legislador) no sentido de melhor servir ao caso concreto, condizente com o alegado paradigma pós-moderno do professor Junqueira⁹².

De qualquer modo, esse autor, mais à frente⁹³, afirma que “os conceitos jurídicos indeterminados continuam a ser usados, mas, agora, no paradigma de hoje, o pós-moderno, com diretrizes *materiais*”. E nesse sentido é que concordamos com o autor: desde que se ofertem bases materiais ou padrões de decisão ao julgador, vindas da lei ou da doutrina ou até mesmo da jurisprudência, não há por que recusar o uso dos conceitos indeterminados ou das cláusulas gerais.

Corroborando essa idéia, afirma Ronaldo Porto Macedo Júnior que se está “chegando a um período de exaustão paradigmática” em virtude da incongruência entre a “complexidade da sociedade contemporânea e a rigidez lógico-formal do direito positivo”, o que implica a necessidade de se alcançar respostas novas para os novos problemas sociais⁹⁴.

Adentrando nesse campo da sistêmica, interessante fazer uma explanação do que se entende por sistema, a fim de que, transpondo esse conceito para o mundo do direito, compreenda-se o que vem a ser a real dimensão do sistema jurídico e qual a sua implicação no processo de mudança de uma cultura para outra.

⁹² Saliente-se que, no campo da responsabilidade civil, o Código Civil positivou a separação entre ato ilícito (arts. 186 e ss.) e reparação de danos (arts. 927 e ss.) que já era reconhecida pela doutrina, como assevera SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 153-154 e 181-182, pois, apesar de o ato ilícito ter um componente objetivo, caracterizado pela antijuridicidade (que “corresponde à violação de um dever de conduta”), tem um componente a mais, a culpabilidade, que é o elemento diferenciador entre a conduta ilícita e a simplesmente antijurídica. Posso ter uma conduta antijurídica que gere danos, mas sem que ela seja ilícita, como nas hipóteses descritas no parágrafo único do art. 927 – atividades de risco. Essa divisão é que mantém a separação entre a responsabilidade subjetiva (que exige uma conduta ilícita, pois culposamente violadora do quanto disposto em lei) e a responsabilidade objetiva (que simplesmente exige uma conduta antijurídica). Por isso se pode afirmar que a existência do dano sempre implica a existência da antijuridicidade. Essa separação feita no Código Civil reforça o novo paradigma do direito, em especial no campo da responsabilidade civil, pois o dano é que passou a ser o cerne da preocupação dos julgadores, criando um espaço de “discricionariedade judicial”, como aponta o referido jurista (p. 183), em “substituição ao raciocínio subsuntivo tradicional por uma ponderação de interesses conflitantes”.

⁹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, p. 17.

⁹⁴ *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 16-17.

2.2 O SISTEMA NA SISTÊMICA. O SISTEMA JURÍDICO

A palavra sistema deriva do grego: *sis* significa reunião, conjunto, enquanto *tema* representa assunto. Assim, sistema representa a unificação ou organização racional de elementos que compõem um certo tema ou assunto, difundindo efeitos por todo o conjunto⁹⁵.

Ressalte-se que deve haver um intercâmbio entre os elementos desse conjunto a permitir uma evolução relativamente uniforme. Deve haver uma organização dinâmica: os elementos se movem e mantêm relações entre si com certa constância. Desse modo, pode-se afirmar que o sistema, para a sistêmica, é um modelo de pensamento, pois visa a organizar elementos que se inter-relacionam dinamicamente com certa complexidade.

A noção de sistema para o direito não é recente e tem origem na Era Moderna⁹⁶, a partir de 1600, quando se tenta organizar essa ciência com o uso de métodos técnico-formais e racionais, de modo a superar a desordem provinda do período medieval⁹⁷.

A primeira sistematização jurídica ocorreu com o jusnaturalismo, destacando a figura de Pufendorf (1672-1673), que efetivou um estudo classificatório do direito natural, sendo certo que “o pensamento sistemático, sobretudo no começo do século XVII, foi transposto da teoria da música e da astronomia para a teologia, para a filosofia e para a jurisprudência”⁹⁸.

Para que se possa adequar o conceito de sistema jurídico ao conjunto da sistêmica, mister que se ultrapasse a estreita visão daquele como sinônimo de ordenamento jurídico enquanto um mero conjunto de normas estáticas⁹⁹.

⁹⁵ GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 44. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37, nota 19, informa que “a origem da palavra ‘sistema’ remonta aos estóicos”, sendo “em um conhecido fragmento de Crisipo onde este se reporta ao todo do Universo como um sistema”.

⁹⁶ GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 45.

⁹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 40, menciona que nessa época já haveria uma sistematização, mas meramente formal, como meio de exposição das idéias.

⁹⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, p. 41, relaciona esse período com o desenvolvimento do direito como um sistema “intrínseco” em que as proposições jurídicas guardam conexidade com um fim comum: o de trazer soluções para os problemas que se apresentam, tanto que se aceitam as analogias como métodos para se contornar os problemas de lacunas que atravessam o ideal de plenitude ou completude enquanto qualidade de um sistema. Ver, ainda, FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 66-67.

⁹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 197, entende que, “como sistemas dinâmicos, os ordenamentos têm alta mobilidade; neles tudo está em movimento, de onde decorre a dificuldade de operar com eles (tarefa da dogmática)”, e os compara a jogos de futebol. Conclui afirmando que “cabe ao jurista, com base na ciência dogmática, operar a possibilidade do jogo”, e para isso precisa de “conceitos operacionais dinâmicos”, os quais devem ter alguma dose de “estabilidade na mudança”. Permitimo-nos enquadrar nesses conceitos a técnica das

O direito é um sistema complexo, nos dizeres de Antonio Junqueira de Azevedo¹⁰⁰, cujos elementos mantêm entre si relações dinâmicas. E, de acordo com os ensinamentos desse autor, os elementos jurídicos não são apenas as normas (Constituição Federal e todas as demais leis), eles incluem também as instituições (tribunais, assembléias e câmaras legislativas), os operadores (advogados, juízes e promotores), a doutrina e a jurisprudência.

A interligação que existe entre tais componentes e que gera a sua dinamicidade e complexidade pode ser entendida como uma retroalimentação ou *feed-back*¹⁰¹, na medida em que uns influenciam os outros.

Assim, o doutrinador, ao tecer comentários sobre a legislação, irá buscar embasamento em julgados a ela correlacionados. Estes, por sua vez, também já se haviam socorrido de fundamentos doutrinários, bem como de outros embasamentos legais, os quais têm embasamento, por sua vez, em notas doutrinárias e jurisprudenciais.

Essa dinâmica demonstra a incompletude e a evolução do sistema jurídico ou sistema do direito, a qual, por sua vez, “decorre da incompletude e da provisoriidade do conhecimento científico”, como afirma Eros Grau¹⁰². Essa incompletude é bem apanhada no uso das cláusulas gerais, como se verá mais à frente.

Nesse jogo de intercomunicação entre os elementos que compõem o sistema jurídico, vislumbra-se o que se chama de *input-output*, em que o primeiro termo representa “as informações processadas e selecionadas de acordo com o sistema normativo”, ao passo que “os *outputs* compreendem os efeitos sociais dos sistemas normativos”, podendo a distinção entre ambos “ser traduzida, temporalmente, como a diferença entre a orientação voltada ao passado (*input*) e a orientação voltada para o futuro (*output*)”¹⁰³.

Um advogado, por exemplo, ao protocolizar uma petição, está alimentando (*input*) o sistema com informações novas ou reprocessadas. Já a sentença, ao externar a decisão judicial, joga para fora do sistema uma posição de solução do problema metajurídico (*output*).

cláusulas gerais, que abre o sistema a valores externos e cuja segurança se operará por uma interpretação realizada dentro de padrões ofertados pela legislação, jurisprudência e doutrina.

¹⁰⁰ O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In: *Estudos e pareceres de direito privado*, p. 26.

¹⁰¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem..., p. 26.

¹⁰² *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 23.

¹⁰³ É a leitura da obra de LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, feita por CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*, p. 113-115.

Analisando-se a obra de Niklas Luhmann, percebe-se que ele determina a preferência que o sistema jurídico tem pela orientação fundada no passado (*inputs*), por parecer que tal opção, focada nas estruturas normativas e nas práticas jurisprudenciais já consolidadas, confere maiores vantagens, porque facilita o controle, quer dos juristas, quer da sociedade, sobre as decisões possíveis, sendo, portanto, menos imprevisível do que a orientação focada para o futuro (*output*).

Conclui o citado autor que seria impraticável que a dogmática jurídica se preocupasse, prioritariamente, com as “conseqüências sociais da atuação jurídica”. Luhmann, no que tange ao exercício da judicatura, valoriza a postura normativista, ou seja, ao juiz não caberia estipular as conseqüências de seu julgamento, na medida em que dele é esperado tão-somente a administração da lei.

Ocorre que essa visão um tanto quanto fechada não mais se coaduna com o que se espera do sistema jurídico, em especial da atuação dos magistrados¹⁰⁴. E isso é flagrantemente demonstrado quando se verificam as várias cláusulas gerais inseridas ao longo do corpo legislativo do atual Código Civil, as quais chamam os juízes para que tomem decisões cada vez mais engajadas com a velocidade das proposições sociais.

O modelo de aplicação do direito – mediante a concreção de diversos dispositivos de acordo com uma interpretação mais aberta, voltada para valores socialmente relevantes e que, em certa medida, vale-se do uso do raciocínio problematizante bem estudado por Theodor Viehweg¹⁰⁵ – parece ser o ideal, pois chega o mais perto possível de uma justiça no caso concreto. Como diz Judith Martins-Costa¹⁰⁶, visualiza-se uma “nova noção de sistema jurídico”, que cumula o modelo aberto e o fechado em uma sintonia adequada, como se verá adiante.

Não há mais espaço para os julgadores que somente decidem com amparo no passado, devendo antever o futuro conforme os novos problemas que lhe são postos *sub*

¹⁰⁴ ESSER, Joseph. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valenté Fiol. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 193-194, em contraposição a Luhmann entende que é inevitável aos juizes orientarem-se de acordo com valores sociais, sendo que sua “missão política” é a de harmonizar as disposições legais (o positivismo) com a idéia de justiça que exista em um determinado contexto social.

¹⁰⁵ Em *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 33, o autor esclarece que a tópica é uma “*techne* do pensamento que se orienta para o *problema*”, podendo esse último ser entendido como “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta” e que, para tanto, requer um “entendimento preliminar”, o que lhe dá o aspecto de “questão” e para a qual “se deve buscar uma resposta como solução”. Para uma análise melhor da sua obra e seu reflexo na aplicação da metodologia das cláusulas gerais, ver MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 355-377.

¹⁰⁶ As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, p. 52.

judice. A atual posição do jurista é a de interpretar e recriar o direito constantemente, ainda que o faça seguindo uma lógica ou sistemática predefinida para o exercício de sua atividade judicante.

Certamente, a problemática maior reside na questão dos limites dessa nova etapa de atuação jurisdicional, uma vez que não se pode perder de vista que, não obstante se exigir uma maior atuação dos juízes, não podem eles lançar mão de decisões sem nenhum respaldo legal, fático, doutrinário ou jurisprudencial¹⁰⁷.

Frente à vaguidade de algumas disposições redigidas com base na técnica das cláusulas gerais, pode-se perquirir se os magistrados conseguirão guiar-se de alguma maneira para o fim de decidir sem agredir a segurança jurídica, mas ao mesmo tempo sem deixar de dar uma solução jurídica ponderada e, quiçá, justa. Essa é a grande questão que se coloca como empecilho ao uso das cláusulas gerais e que precisa ser mitigada pelo oferecimento de balizas ou padrões de decisão ao julgador no que tange à concreção dos conceitos trazidos pela técnica das cláusulas gerais, exigindo maior interação entre o direito e o meio social no qual ele se insere e de onde retira suas forças – o que será analisado no item seguinte.

2.3 O DIREITO E A AUTOPOIESE¹⁰⁸. O DIREITO COMO SISTEMA JURÍDICO DE SEGUNDA ORDEM

Não obstante a conceituação de sistema jurídico tomada na ótica da sistêmica, a realidade do direito moderno (entendido este especialmente como a experiência jurídica dominante a partir do primeiro quartel do século XX) é de natureza essencialmente normativa: há um caráter auto-reflexivo ou autopoietico¹⁰⁹ na experiência jurídica, na

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, p. 49, lembra que a extrema abertura do sistema jurídico conduz à sua própria extinção, na medida em que “tal caminho levaria a um estado de incerteza jurídica inconciliável com os próprios postulados da democracia”, que exigem certa segurança nas decisões jurídicas. Daí a necessidade de se criarem rumos, nortes ou padrões em que o julgador possa se basear para, frente a hipóteses legais de cláusula geral, conseguir alcançar uma solução que não macule essa preocupação democrática e que se encontra refletida no próprio texto da Constituição Federal, como o bem-estar social enquanto objetivo da República.

¹⁰⁸ A palavra origina-se do grego. “Auto” significa *para si próprio*, enquanto “poiese” significa *criação, gênese*. Assim, autopoiese é o ato de criar-se a si mesmo.

¹⁰⁹ Esse entendimento vem desenvolvido na obra de TEUBNER, Gunther. *Le droit: un système autopoietique*. Tradução de Gaby Maier e Nathalie Boucquey. Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 46-47, que se baseou nos trabalhos e idéias dos biólogos chilenos Humberto Maturana Romesín e Francisco J. Varela García sobre os processos moleculares ao nível da atividade celular e os processos neurológicos ao nível do sistema nervoso dos seres vivos, que demonstravam ser esses processos reveladores de uma constante renovação celular.

medida em que se entende que o regime de juridicidade do direito somente pode ser pensado de dentro para fora, a partir do próprio direito, do que é positivado como jurídico.

Essa visão mostra-se equivocada, pois parte de uma separação estanque entre o que está no mundo do direito e o restante, o que não é correto nem adequado, haja vista que são os fatos sociais a mola propulsora do direito. Como já visto, o sistema jurídico não pode ser entendido como um sistema fechado, isolado do meio social no qual obrigatoriamente se insere.

Há, sim, a autocriação do direito: os elementos do sistema jurídico se relacionam e se influenciam mutuamente, sempre o criando e renovando. É a característica fundamental do sistema: a dinamicidade nas ligações entre os elementos e a retroalimentação entre eles. Contudo, nunca se pode deixar de lado as inter-relações que esses elementos jurídicos guardam com os a eles externos (sociais, políticos, econômicos etc.), pois o sistema não está destacado da sociedade¹¹⁰.

Servimo-nos, para tanto, da doutrina de José Jairo Gomes. Ao estudar os diferentes tipos de sistema, esse autor entende que o sistema jurídico brasileiro é misto, pois, ao mesmo tempo em que se encontra “filiado à tradição romano-germânica, em que sempre imperou a codificação”, possui aberturas como a decorrente da introdução dos “conceitos jurídicos indeterminados que autorizam afirmar que ele mantém um fechamento ou uma rigidez estrutural, abrindo-se, porém, em diversos pontos”¹¹¹.

O autor conclui que o sistema brasileiro deve, contudo, ser classificado como autopoietico, qualificação essa que ele confere para sistemas fechados e abertos “a um só tempo”, já que, no seu sentir – com o qual concordamos –, ao mesmo tempo em que esse modelo de sistema “assegura sua autoconservação, com a preservação das suas estruturas vitais e da sua engenharia interna”, abre-se para uma “comunicação com o ambiente circundante, havendo um fluxo constante de fora para dentro e vice-versa”¹¹².

Juarez Freitas¹¹³, complementando essa idéia, afirma que o mundo jurídico não pode ser entendido “fora do pensamento”, no sentido de conceituá-lo como um sistema

¹¹⁰ Nesse sentido, ver AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. Palestra realizada no Seminário *EMERJ debate o Novo Código Civil – o Novo Código Civil e o consumidor*, realizado no Fórum Central do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 11.4.2003, p. 1. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/574/3/O_Novo_C%C3%B3digo_Civil_e_o_C%C3%B3digo_de_Defesa_do_Consumidor.pdf> Acesso em: 16 ago. 2007.

¹¹¹ *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 55.

¹¹² *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 54-55.

¹¹³ *A interpretação sistemática do direito*, p. 31-32. Mais à frente o autor refere que, em virtude do novo paradigma da “complexidade”, o sistema jurídico deve ser visto como “geneticamente aberto” (p. 49).

fechado, “à base de definições alheias ao mundo dos valores materiais e históricos”, pois “o direito positivo é aberto” e em hipótese alguma auto-suficiente.

Com esses entendimentos e o objetivo de minimizar tal problemática, deve-se entender o sistema jurídico como um sistema de segunda ordem¹¹⁴: “sua existência está em função do sistema maior, o social”, não obstante guardar sua autonomia, na medida em que se constitui em “um campo especial de conhecimento e atividade”. Isso vem de longa data. Já em Roma ele era apartado de outros sistemas, como a política e a economia¹¹⁵.

Relevante, novamente, a posição externada por Juarez Freitas, que, embora focada no aspecto da hermenêutica do sistema jurídico, procura enfatizar ser impraticável, ainda que na fase da interpretação, isolar esse sistema do mundo social, lembrando o estudioso de “atentar para os riscos de visões demasiado abstratas ou excessivamente formalistas de sistema jurídico, eis que prometem um corte deformador entre sujeito e objeto, fazendo deste último uma miragem e daquele uma máquina supostamente inteligente que estaria legitimada a subjugar o campo de humanidade distintivo do intérprete”¹¹⁶.

Com essa visão é que se pode compreender e inserir a técnica das cláusulas gerais como uma forma de permitir a interligação entre o sistema jurídico e os demais sistemas que integram o todo – o social (sistema de primeira ordem) –, evitando-se que o primeiro reste fechado e, portanto, não cumpra adequadamente suas finalidades: evitar conflitos e/ou dar-lhes soluções¹¹⁷.

O uso das cláusulas gerais pelo legislador é bem destacado por Claus-Wilhelm Canaris¹¹⁸ ao afirmar que com elas o julgador concretizará caso a caso os valores e as proposições jurídicas inseridos no corpo da norma, o que implica reforçar o caráter a-dogmático dessa espécie legislativa.

Entendendo-se que o sistema jurídico brasileiro aparentemente é, a um só tempo, fechado e aberto, mister ressaltar que pelo estudo dessa sua última característica é que se

¹¹⁴ Teubner também assim o classifica (*Le droit: un système autopoïétique*, p. 43).

¹¹⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem..., p. 27.

¹¹⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem..., p. 26.

¹¹⁷ Ver, nesse sentido, FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, p. 49-50. Ver ainda a obra de MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 43 e ss., em que a autora discorre sobre sistema interno ou intrínseco e sistema aberto, bem como sobre a diferenciação entre ordenamento e sistema.

¹¹⁸ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 44. Ressalte-se, contudo, que a valoração é algo presente em todas as construções jurisprudenciais. “A abertura do sistema não tem qualquer significado para a admissibilidade da interpretação criativa do Direito; esta não é admissível por aquele ser aberto; antes aquele surge aberto porque esta – por razões exteriores à problemática do sistema – é admissível” (p. 111-112).

poderá entender a técnica da cláusula geral, na medida em que somente o sistema aberto permite trocas entre o meio jurídico e aquele que o circunda – o social –, aceitando conviver com a constante interpretação de idéias como *risco*, *boa-fé*, *segurança*, *solidariedade*, *cooperação*, *mulher honesta* etc.¹¹⁹.

Essas trocas, no sistema brasileiro, devem sempre ter por base uma regra geral que é a Constituição Federal, o que acabou ensejando o que já se acostumou a chamar de direito civil constitucional, cuja utilidade passamos a analisar.

2.4 NEOPOSITIVISMO CONSTITUCIONAL

Constatado que o direito não pode ser encarado tão-somente como sinônimo de ordenamento jurídico ou conjunto estático de normas, pois é um sistema dotado de complexidade e dinamicidade que deve se valer das experiências sociais de maneira a ir se modificando para alcançar seus fins – evitar conflitos ou pacificá-los, caso venham a ocorrer –, a concepção puramente positivista passa a ser abandonada.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, a sociedade global percebe que as atrocidades levadas a cabo pelo nazismo têm como pano de fundo o positivismo jurídico. De maneira a tentar mudar essa ótica estritamente formalista do direito e buscar soluções em outras fontes (nos princípios, por exemplo) que não apenas as leis, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, introduzindo-se nas Constituições dos países europeus a noção de dignidade da pessoa humana¹²⁰.

Essa preocupação com a pessoa e seus direitos é entendida como um “conteúdo [material] civil das normas constitucionais (...) constituído por aquelas regulamentações relativas às pessoas, a sua dimensão familiar e patrimonial, às relações jurídicas privadas gerais”, nas palavras de Ricardo Luis Lorenzetti¹²¹.

O predomínio das preocupações sociais nas novas Constituições, que igualmente se refletiu na Constituição Brasileira de 1988, é ressaltado por Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho, os quais ainda reforçam o abandono do “neutralismo do

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, p. 10, ao tratar das cláusulas gerais, bem define essa sua característica de ponte entre as experiências social e jurídica, entremeada pelas decisões judiciais e pelas doutrina e pesquisa científicas.

¹²⁰ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, p. 262, afirma que “a participação eminente da Constituição de 1988 no domínio das relações civis merece nossa especial atenção, a começar pelo art. 1º, que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, situa a *dignidade da pessoa humana*, a qual, por essa razão, constitui o pressuposto básico de todo o ordenamento jurídico”.

¹²¹ *Fundamentos do direito privado*, p. 252.

Estado” quando este passa a atuar como real Estado de Justiça, “impregnado de valores que lhe cabem defender e perseguir”¹²².

O autor prossegue afirmando que a Constituição de 1988, para o fim de regradar as relações privadas, assumiu “noções éticas, sociais, políticas e econômicas que as sociedades modernas têm firmado”, e que isso acaba por se refletir “no plano da legislação ordinária”, da qual se destaca o atual Código Civil¹²³.

De qualquer maneira, para não fugir do tema do trabalho, mas sem deixar de lado a importância do assunto, o que cabe consignar é o fato de que os princípios e valores insitos na Constituição Brasileira de 1988 serviram e servirão de elementos fundantes da nova ordem civil que possuímos desde 2002¹²⁴, funcionando tais valores como “tábua de valores” que “revela opção política democraticamente construída e, por isso mesmo, apta a vincular imperativamente o intérprete”¹²⁵.

Nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes, esses valores “extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza”, sendo a partir dessa posição que se deve entender o “real e mais profundo significado” da chamada “constitucionalização do direito civil”¹²⁶.

Não se está aqui a valorizar ou criticar qualquer posição doutrinária a respeito do dito direito civil constitucional, mas tão-somente a demonstrar que o atual Código Civil, apesar de seu projeto ter mais de 20 anos, sofreu forte influência da carga ideológica que permeia o texto constitucional, e por esse motivo é que se pode aceitar as cláusulas gerais nele inseridas como um elemento concretizador de valores e ideais tão caros ao nosso legislador constituinte que se encontram, de maneira explícita ou implícita, transcritos na nova codificação civil¹²⁷.

¹²² *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

¹²³ *Direito civil constitucional*, p. 26.

¹²⁴ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, p. 265, por exemplo, destaca que “a ambivalência da liberdade e de seus limites ético-jurídicos está na base da Constituição e do Código Civil, em uma sintonia que constitui apanágio do ordenamento jurídico pátrio”, o que atesta essa sinergia entre os dois diplomas com fulcro na preocupação maior em bem atender aos interesses humanos, valorizando-se os ideais de solidariedade e eticidade, preocupação essa que se sobressai ao jurista mediante instrumentos como a técnica de redação legislativa pelo uso das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados.

¹²⁵ TEPEDINO, Gustavo. O novo e o velho direito civil. *Temas de direito civil*, p. 400.

¹²⁶ O princípio da dignidade humana, p. 3.

¹²⁷ Importante apenas ressaltar que as cláusulas gerais contidas no Código Civil não se confundem com os princípios constitucionais, ou “normas de princípios constitucionais”, como prefere JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 45-46, mas apenas guardam certo grau de proximidade, no aspecto funcional, já que ambos fazem inserir no sistema jurídico valores caros à sociedade, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, entre outros, como bem ressalta o citado autor. Quanto ao papel dos princípios no dito direito civil constitucional, ver o capítulo escrito por

Por esse aspecto, além de a Constituição Federal de 1988 ser um documento que revigorou muitos conceitos de direito civil positivo, como o da propriedade, ao mesmo tempo que renovou muitos dos valores ínsitos em conceitos antigos, como o da função social e da dignidade da pessoa humana, é fato que ela deve ser usada pelo jurista como elemento ou peça-chave na hora em que vier a concretizar as cláusulas gerais que se encontram espalhadas pelo Código Civil, o que veremos no Capítulo 3 deste trabalho¹²⁸.

Após situarmos a temática relacionada às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados, passamos a esmiuçar cada uma dessas práticas em contraposição à da casuística.

2.5 CASUÍSTICA

Karl Engisch relatou o “método de enumeração casuística” como aquele em que se listam “diferentes grupos de casos”, os quais possuem em comum alguns pressupostos que lhes conferem “especificidade própria”, correspondentes a uma “hipótese legal”, e o contrapôs ao método da cláusula geral, mas evidenciando que ambos não se excluem “dentro de uma certa matéria jurídica”, podendo complementar-se, sendo “uma combinação particularmente aconselhável de método casuístico e cláusula geral a do chamado método exemplificativo”¹²⁹.

A técnica da casuística permite ao intérprete efetivar o juízo de subsunção, pelo qual o fato é comparado com a hipótese legal típica, descrita em lei, a fim de verificar se ele se ajusta “à precisa descrição normativa”¹³⁰.

Judith Martins-Costa denomina essa metodologia, em que o legislador determina os elementos que compõem a conduta, “técnica da regulamentação por *fattispecie*”¹³¹ – através dela o legislador procura estabelecer “os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados”, fechando-se a qualquer hipótese de criação por parte do

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3-21, deixando claro que também os princípios devem guardar certa flexibilidade ou fluidez na sua aplicação, de maneira a proteger a abertura conquistada pelo sistema.

¹²⁸ TEPEDINO, Gustavo. O novo e o velho direito civil, p. 400, conclui que “o Código Civil é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo. E a solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional”.

¹²⁹ *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965, p. 188-191.

¹³⁰ Ver GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 80.

¹³¹ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 297, e Direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, p. 7.

julgador. Como afirma a autora, há uma “pré-figuração do comportamento marcante ou típico, a ser levada em conta pelo intérprete”¹³².

Interessante anotar que, como será mais bem analisado no item seguinte, Eros Grau entende que os denominados “conceitos jurídicos tipológicos (*fattispecie*)”, que na verdade são noções, correspondem aos ditos “conceitos jurídicos indeterminados”¹³³.

Pode-se pensar que há um choque entre as posições dos dois juristas, posto que, não obstante Judith venha a contrapor os conceitos tipológicos ou *fattispecie* às cláusulas gerais, é certo que os conceitos indeterminados não guardam, em nada, a referida “concreção especificativa” que compõe os modelos casuísticos e da qual fala Karl Engisch.

Na verdade, ambos se valeram de uma mesma palavra – *fattispecie* – para designar coisas distintas. O que Judith Martins-Costa quis expressar foi tão-somente a técnica de redigir textos legais valendo-se de tipos de comportamentos precisos, que fujam da vaguidade das cláusulas gerais.

Já a intenção de Eros Grau foi a de demonstrar que existem conceitos que “são expressões da história e indicam ideais dos indivíduos e grupos, povos e países; ligam-se a esquemas e elaborações de caráter lógico – independentemente dos quais é eventualmente impossível a disciplina e que poderão ser diferentes, mesmo obedecendo, cada um, a uma coerência própria –, bem como a preocupações e hábitos econômicos e a fés religiosas; à história do Estado e à estrutura econômica; a orientações filosóficas e a concepções do mundo”, destacando como alguns desses conceitos os de “‘boa-fé’, ‘bom pai de família’, ‘coisa’, ‘bem’, ‘causa’, ‘dolo’, ‘culpa’, ‘erro’”¹³⁴.

Assim, por tratarem de algo distinto – um, da técnica legislativa de redação de texto, outro, do conceito e finalidade de *conceito jurídico*¹³⁵ –, não há por que supor qualquer divergência entre suas exposições.

De qualquer modo, para maiores esclarecimentos, Karl Engisch faz a distinção entre tipo e conceito: este “é elemento do raciocínio dedutivo, ao passo que o tipo é elemento do raciocínio indutivo”¹³⁶, salientando que “o tipo não substitui o conceito,

¹³² MARTINS-COSTA, Judith. Direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, p. 7.

¹³³ *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 220, 225-228.

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 220.

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 222, afirma que os conceitos jurídicos objetivam “não o conhecimento ou uma descrição da essência de coisas, estados e situações, mas a viabilização da aplicação, a uma coisa, estado ou situação, de uma determinada ou de um determinado conjunto de normas jurídicas”.

¹³⁶ *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Tradução de Juan José Gil Cremades. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968, p. 430 e ss.

embora este possa substituir aquele”, motivo que leva, freqüentemente, o conceito a transformar-se em tipo. O conceito “é algo abstrato”, enquanto o tipo é descoberto a partir da realidade¹³⁷.

Percebe-se que a enumeração tipológica pouco espaço deixa ao intérprete, em especial ao juiz, para ajustar a disposição legal ao caso concreto, o que, regra geral, atrapalha a prestação jurisdicional, a qual acaba por não se adequar à realidade. Há uma imutabilidade ou engessamento. Como afirmou Karl Engisch, “o casuísmo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e ‘provisoriamente’ dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais as quais permitem sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica”¹³⁸.

No que pertine à contraposição feita por Engisch entre casuística e cláusulas gerais, Judith Martins-Costa aponta um equívoco: na verdade, diz ela, o mais adequado é afirmar que, contrapondo-se à enumeração de casos, encontra-se a técnica de “vagueza socialmente típica” que se configuraria em gênero do qual as cláusulas gerais são meramente uma espécie.

Depreende-se que o fato de as cláusulas gerais se oporem à casuística não corresponde a uma real característica, pois, como ressalva a autora, também os princípios e conceitos jurídicos indeterminados correspondem a técnicas de legislar em contraposição à da casuística, sendo certo que todos esses métodos têm em comum a “vagueza semântica, entendida como *imprecisão de significado*”¹³⁹.

De qualquer maneira, não obstante esses posicionamentos, o importante é tomar o método da casuística como algo que já permite ao julgador extrair do próprio texto da lei, de maneira didática e expressa, quer as hipóteses fáticas que se enquadram naquele tipo normativo, quer os efeitos que desse enquadramento advêm.

2.6 CONCEITOS INDETERMINADOS

Na concepção de Karl Engisch, não é correto afirmar que qualquer cláusula geral é um conceito indeterminado, podendo haver aquelas que contenham conceitos

¹³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 558, p. 33-40, 1983, p. 33.

¹³⁸ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 191.

¹³⁹ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 303. Ver GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 81.

determinados, não obstante a maioria das cláusulas existentes, senão a sua totalidade, ser composta por conceitos indeterminados. Ele parte da distinção de que existe “uma certa generalidade” nas cláusulas gerais que “àqueles outros conceitos [determinados, indeterminados e normativos] freqüentemente falta”¹⁴⁰.

Parece um contra-senso dizer que existiriam cláusulas gerais com conceitos determinados. No entanto, essa aparente contradição se resolve quando se investiga a qualificação *indeterminado*, a qual deve, necessariamente, se referir não à palavra conceito, mas antes às expressões que o integram.

Eros Roberto Grau marca bem essa diferença entre conceito e termo, inferindo que “não existem ‘conceitos indeterminados’”, na medida em que “todo conceito é uma soma de idéias que, para ser conceito, tem de ser *no mínimo*, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado”¹⁴¹.

E, nessa linha de raciocínio, conclui que “a referida *indeterminação* dos conceitos não é deles, mas sim dos *termos* que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de *uma significação determinada*. E de *uma apenas significação*”¹⁴². Portanto, deveria ser usado termo indeterminado em vez de conceito.

De qualquer maneira, apesar de concordarmos com a posição do jurista, manteremos neste trabalho o uso da expressão conceito indeterminado, por ser de conhecimento público já firmado há tempos.

Aprofundando ainda mais a temática, Eros Grau declara que, dentro da tripartição dos conceitos jurídicos¹⁴³, os ditos indeterminados correspondem aos conceitos designados de tipológicos ou *fattispecie*¹⁴⁴, os quais possuem um conteúdo associado à realidade social

¹⁴⁰ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 191.

¹⁴¹ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 196. Ver também sua obra *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 76, repetida, com algumas mudanças e acréscimos, em *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 215 e 224-225. Interessante ressaltar que Karl Engisch (*La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, p. 173), parece ir em sentido diverso, pois, ao estudar os conceitos indeterminados, afirma que “os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte”. Contrapondo-se os dois estudos, não se pode afirmar que há uma equivocidade terminológica. Na verdade, os conceitos de Engisch correspondem aos chamados termos de Eros Grau. Fazendo-se essa troca, consegue-se entender melhor a abrangência do texto de Engisch.

¹⁴² *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 197. Ver também do mesmo autor *Direito, conceitos e normas jurídicas*, p. 65-68.

¹⁴³ A título de referência, o autor, em *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 198-199, e também em *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 219-221, utiliza-se da tripartição de conceitos jurídicos de Ascarelli – (i) meramente formais, (ii) *regulae juris* e (iii) tipológicos (*fattispecie*) – para tentar alcançar a compreensão do real conceito de *conceito jurídico*.

¹⁴⁴ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 200 e *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 225-226.

e, portanto, não apresentariam “nenhum problema de definição jurídica”, visto “que os tipos não se inventam, encontram-se na realidade; por isso, eles não se definem, como os conceitos, mas descrevem-se”, nos dizeres de Fábio Konder Comparato¹⁴⁵.

Ocorre que, no geral, como pondera Eros Grau, os estudos dos ditos “conceitos indeterminados”, entendidos estes como *fattispecies*, não fazem a devida separação entre noção e conceito. Na verdade, o que se modifica com o passar do tempo é a noção ou idéia, de acordo com a evolução social. O conceito é atemporal e mantém-se, o que se altera é a sua noção ao longo da história.

Partindo dessas premissas, parece que as palavras de Karl Engisch não contêm nenhum conflito, pois todas as cláusulas gerais apresentam-se como conceitos determinados, conforme esclarecido por Eros Grau, mas, a par dessa determinação conceitual (ou suma de idéias contidas no conceito), pode ele ser preenchido por termos ou expressões determinados ou indeterminados¹⁴⁶, sendo exemplo desta última espécie os termos boa-fé e risco: o termo pode, em um primeiro momento, ser indeterminado, mas sabe-se bem qual o conceito ou suma de idéias que o reveste.

Independentemente dessas diferenciações doutrinárias e de caráter pedagógico, o que interessa para a prática jurídica é entender que o que se costuma denominar conceitos indeterminados corresponde apenas à forma como os termos que os compõem se apresentam: uma indeterminação legislativa que deverá ser superada pelo intérprete para que bem faça aplicar ao caso concreto a disposição legal referida, com lastro no panorama social, político, econômico e moral no qual se insere tanto o dito conceito quanto o caso sob interpretação¹⁴⁷.

José Jairo acrescenta que “a idéia inspiradora dessa doutrina é a realização de justiça no caso concreto, ou seja: é a boa e antiga preocupação com a *equidade*”, sendo certo que o juiz deverá valer-se de “parâmetros objetivos presentes na realidade sociocultural”, bem como dos “costumes, as chamadas regras de experiência entre outros”¹⁴⁸.

Para que haja uma adequada aplicação da norma que contém um “conceito indeterminado” (termo indeterminado), mister que o intérprete se valha de todo um aparato

¹⁴⁵ Direito de recesso de acionista de sociedade anônima, p. 33.

¹⁴⁶ FÁRIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 132, nota 17, usa essas palavras para tratar de conceito indeterminado – “expressões propositadamente vagas” –, apesar de manter na redação o vício, que já se encontra arraigado.

¹⁴⁷ Ver, nesse sentido, GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 81.

¹⁴⁸ *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 79 e 81.

de conceituações sociais, sem o quê o possível conteúdo buscado para tais normas se mostra insubsistente para a solução do caso concreto.

Mas, pergunta-se: ante a variada gama de entendimentos a respeito de um dado aspecto social, é possível que o jurista, ao ponderar e interpretar a norma composta pelo “conceito indeterminado”, alcance diversos tipos de respostas adequadas ao caso concreto? Será que sempre haverá mais de uma solução justa para um caso envolvendo a aplicação de norma continente de um termo indeterminado?

Kelsen já evidenciou que “todos os métodos de interpretação até agora elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”¹⁴⁹, e isso é fácil de entender, haja vista que a interpretação é o exercício de uma “razão intuitiva [prudência], que não discerne o exato, porém o correto – não é saber puro, é separado do saber”, motivo pelo qual Eros Grau entende não haver uma única solução correta¹⁵⁰.

Na posição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, da interpretação dos conceitos indeterminados decorre uma “unidade de solução” para cada caso, uma “única solução justa”, pois, para ele, “a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo”¹⁵¹.

Contrariamente, Eros Grau demonstra que o direito traz para cada problema “inúmeras soluções”, embora não ilimitadas, e por não ser a interpretação uma ciência, porém uma prudência (veja-se tópico a seguir sobre interpretação), não traz respostas exatas, mas corretas ou, pode-se dizer, adequadas para cada caso¹⁵².

Pensando nesse aspecto da interpretação dos termos indeterminados, Judith Martins-Costa afirma ser necessária a distinção entre aqueles que “aludem a *valores* e os que referenciam *realidades fáticas*”¹⁵³. Para a última modalidade, o julgador não terá de

¹⁴⁹ *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 367.

¹⁵⁰ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 208-209, e na obra *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 36, na qual ele ainda afirma que para o “direito há apenas o aceitável (justificável)” (p. 35).

¹⁵¹ *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 393-394.

¹⁵² *Direito, conceitos e normas jurídicas*, p. 78; *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 93-97; e *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 108-110. COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. IX, também externa esse posicionamento da multiplicidade de respostas que “o fenômeno jurídico comporta”, pois “há sempre uma escolha consciente entre várias possibilidades”.

¹⁵³ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 325. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, p. 393, ao qualificar os conceitos indeterminados, também, afirma que “a lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa”.

recorrer a valores extrajurídicos, como faz na interpretação das cláusulas gerais, bastando que se foque na experiência. É o caso, por exemplo, da expressão “acesso perigoso e difícil” constante do inciso III do art. 335 do Código Civil.

Quanto àqueles que exprimem valores, em muito se aproximam das cláusulas gerais, ocasionando a confusão entre ambos. No entanto, a diferenciação fundamental diz com a extensão da interpretação. Se esta corresponde estritamente à adequação do fato ou conduta concreta àquela conduta descrita na *fattispecie*, mediante o fenômeno da subsunção, encontrando-se os efeitos e conseqüências já previamente delimitados pelo legislador, o intérprete estará diante de um mero conceito ou termo indeterminado.

Caso a interpretação se estenda para o campo da forma de aplicação, efeitos e conseqüências da adequação do fato concreto à disposição descrita em lei, o julgador encontra-se frente a uma cláusula geral, que lhe exigirá “uma atitude valorativa” que implique a criação de “um regramento para o caso concreto”¹⁵⁴.

A autora resume a diferença entre ambos da seguinte forma, que merece transcrição: “enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa”, pois, além da subsunção, irá “averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais”¹⁵⁵ no caso sob julgamento, sendo certo que não há uma única *fattispecie* autonomamente considerada à qual se deve subsumir o fato concreto.

No entanto, entendemos que essa subsunção não é exercida sem nenhuma valoração por parte do julgador. Não se trata de mero enquadramento objetivo e linear do fato aos termos dispostos na lei. O juiz irá, de alguma maneira, valer-se de padrões (doutrinários e jurisprudenciais) para tomar a decisão de enquadramento do caso concreto à hipótese legalmente descrita. Não há subsunção pura¹⁵⁶.

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 327-328.

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*, p. 9, informa que, no caso das cláusulas gerais, o juiz terá um “poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando direito, *ao completar a fattispecie e ao determinar ou graduar as conseqüências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral*” (itálicos da autora). Trata-se de um dever do juiz que irá buscar “em outras normas do sistema ou em valores padrões extra-sistemáticos” os indicadores que lhe servirão para a concretização da disposição legal ao caso em julgamento (p. 10).

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 369, ao tratar do que chama de “novo pensamento sistemático”, que conjuga a tópica com o raciocínio

Relativamente à subsunção, Tércio Sampaio Ferraz Junior evidencia que não se confunde com o processo lógico de dedução, mas “exige alguns passos importantes”, na medida em que requer do julgador a construção de uma premissa maior, reconhecida pela doutrina como “qualificação jurídica do caso”, ou seja, o intérprete irá “identificar no caso concreto o que na palavra da lei aparece expresso por conceitos indeterminados e valorativos”.

Neste ponto, o autor distingue os conceitos indeterminados – como aqueles que “manifestam vaguidade, isto é, não é possível, de antemão, determinar-lhes a extensão denotativa”, e exemplifica com “perigo iminente” – dos valorativos (ou normativos), que são os que “manifestam ambigüidade, isto é, não é possível, de antemão, determinar-lhes a intenção conotativa”. E exemplifica com a palavra dignidade¹⁵⁷.

O que merece ficar reforçado, a partir da diferenciação apontada por Judith Martins-Costa, é o simples fato de que não é o termo ou enunciado pura e simplesmente que será rotulado como “conceito indeterminado” ou cláusula geral, mas, sim, como se verá mais adiante, sua avaliação de acordo com o contexto no qual está inserido.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a palavra “risco” disposta no parágrafo único do art. 927 do Código Civil porta-se como um termo indeterminado, haja vista que o intérprete terá que, pela experiência, com base na doutrina e jurisprudência, bem como na legislação esparsa a respeito, localizar possíveis outras espécies de atividades que gerem dano, mediante a concreção do risco (perigo), ao direito de outrem. Não se trata de legislar onde o legislador não o fez, mas de mera adequação da hipótese fática ao termo indeterminado por meio da experiência, da realidade (jurisprudência, entendimentos doutrinários e fatos símiles já regrados), o que implica, realmente, valoração por parte do julgador para aplicação do direito¹⁵⁸.

sistemático-dedutivo, faz a ressalva de que, no caso das cláusulas gerais, não ocorre entre o caso prático e o disposto no texto legislativo uma mera “relação de identidade”, mas uma “relação de semelhança” entre o fato concreto “ou com casos figurados na realização jurisprudencial precedente, ou indicados pela *communis opinio*”. Apesar de a autora fazer uma separação entre conceitos indeterminados e cláusulas gerais, com o quê, a princípio, estamos de acordo, entendemos que essa visão de relação de semelhança também deve ser válida e aplicada nas hipóteses de interpretação e aplicação de conceitos indeterminados, não obstante, nestas situações, o legislador já trazer no próprio texto legal os efeitos que deverão ser observados quando de sua aplicação ao caso em julgamento. Isso, pois, como já estudado, tanto a interpretação dos conceitos indeterminados quanto a das cláusulas gerais requerem valoração por parte do julgador, fator que aproxima ambas as técnicas.

¹⁵⁷ *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 317-318.

¹⁵⁸ Esse exemplo se ajusta ao outro citado pela autora no texto *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, p. 51, quando compara dispositivos do Código Civil Brasileiro de 1916 (inciso III do art. 395) e do Código Civil Alemão (§ 826 do BGB) que contêm a expressão “bons costumes”. Sua análise objetiva demonstra que, enquanto na interpretação do conceito indeterminado o juiz averigua a coincidência concreta entre o fato real e a hipótese legalmente descrita para aplicação ou

Por isso acreditamos que as críticas ao dispositivo supra, no sentido de que, ao conter um “conceito indeterminado”, que muitos chamam de cláusula geral¹⁵⁹, teria aberto a porta para a insegurança jurídica, pois deixou ao livre talante judicial a decisão quanto ao que seria considerado atividade de risco, não merecem prosperar.

Bastará a esse intérprete valer-se de rumos que lhe serão conferidos pelo estudo da matéria para que possa decidir o que se entende por atividade de risco e, assim, aplicar o que o legislador dispôs, qual seja, a indenização em razão da responsabilidade objetiva.

É certo, no entanto, que os juristas terão que se debruçar sobre o arsenal já existente – textos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos que disciplinam algumas daquelas atividades – para tecerem espécie de padrão ou padrões de condutas que poderão encaixar-se como atividade de risco.

A segurança e a certeza só serão alcançadas na exata medida em que o jurista conseguir adaptar-se à rapidez das alterações da sociedade, logicamente, dentro de uma legalidade, como já bem mencionado por Eros Grau. Mas, diga-se, legalidade essa que muito bem encontra porto quer nas cláusulas gerais, quer nos conceitos indeterminados, por ser o legislador o guia dessa mudança de paradigma.

Reforçando a idéia de que o julgador não irá além do que a lei lhe conferiu, pode-se citar o pensamento de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹⁶⁰, para quem, sendo a aplicação dos conceitos indeterminados um “processo regulado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade no sentido que o conceito

subsunção da disposição predeterminada, na interpretação da cláusula geral esse juízo de subsunção será substituído por uma “atividade de criação judicial” que representa um verdadeiro processo de concreção do dispositivo legal. No entanto, a mesma autora, na obra *Direito privado como um sistema em construção*: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, p. 12, cita como exemplo de cláusula geral o referido artigo (com outro número, pois analisava o Projeto do Código), o que sugere um equívoco ante a diferenciação que ela mesma faz entre conceito indeterminado e cláusula geral. Apesar de, na prática, em qualquer situação exigir-se do julgador uma valoração do caso concreto, a distinção é importante no campo doutrinário, em especial para se refutar a idéia de que o citado dispositivo legal deixa que o julgador crie direito, o que, como visto, não ocorre, pois há um juízo de subsunção apenas um pouco mais elaborado, porque as conseqüências da atividade de risco já se encontram delimitadas no próprio referido dispositivo, diferentemente de um real termo indeterminado aplicado através da técnica da cláusula geral.

¹⁵⁹ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 108, entende que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil encerra uma “autêntica cláusula aberta”, permitindo ao juiz “enquadrar *qualquer atividade econômico-social* dentro da categoria de *sujeito responsável* em virtude do *risco*, desde que, obviamente, obedecidos os requisitos fáticos que propiciem esse enquadramento” (itálicos do autor). Independentemente do nome que se dê, cláusula geral ou conceito indeterminado, posto que a terminologia, muitas vezes, é trocada, o que importa é a liberdade conferida pelo legislador ao julgador para que, ante a célere mutação social, não permita que alguns fiquem isentos de responderem por atividades que venham a gerar riscos a terceiros. E, para que a interpretação não fuja da realidade, mister que o julgador disponha de limites, padrões e/ou modelos que lhe sirvam de parâmetros, os quais deverão ser encontrados na jurisprudência, doutrina e legislação (já existente e que venha a existir) sobre o tema.

¹⁶⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 394.

legal indeterminado tem pretendido”, não há que se falar em intromissão de “nenhuma decisão de vontade do aplicador”, portanto, não há arbitrariedade, mas tão-somente respeito à legalidade, como já bem explanado por Eros Grau, ainda que amparado em valores colhidos pelo julgador no mundo real¹⁶¹.

2.7 DISPOSIÇÕES GENERALIZANTES OU CLÁUSULAS GERAIS

Karl Engisch entendeu terem as cláusulas gerais um “conceito multissignificativo”¹⁶², que não raras vezes se confunde com os conceitos indeterminados, com os determinados e até mesmo com os normativos, motivo pelo qual é relevante analisá-lo em contraposição à casuística¹⁶³.

Para esse autor, cláusula geral corresponde a “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”¹⁶⁴.

Percebe-se que Engisch entende por característica da cláusula geral a generalidade, ou seja, a capacidade de servir a uma ampla quantidade de situações que se encontram delimitadas na letra da lei quer por um padrão objetivo de conduta, quer por um valor aceito na esfera jurídica.

Uma das características das cláusulas gerais bem delineada por Judith Martins-Costa é a de “enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipológicas sociais, dos usos e costumes”, o que implica afirmar que a cláusula geral se comporta como uma “metanorma”¹⁶⁵.

Com o devido respeito, ousamos discordar dessa última conclusão extraída pela jurista. A cláusula aberta, que alguns definem como técnica de redação legislativa – com o que concordamos e é aplicado neste trabalho –, outros como modelo de regra ou norma jurídica, nada mais faz do que tornar uma certa expressão que contém diversos significados apta a ser interpretada pelo julgador, no caso concreto, da melhor maneira possível, a fim de que possa dar uma solução que conduza a uma relativa justiça.

¹⁶¹ Trata-se do modelo de discricionariedade defendido por Tércio Ferraz Junior, conforme ressaltado na nota 204 abaixo.

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith. Direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, p. 7, afirma que elas possuem um “perfil multifacetário” e que, na busca pela sua conceituação, o que se consegue é apenas “assinalar os [seus] traços”, já que são, também, “multifuncionais” (p. 9).

¹⁶³ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 188.

¹⁶⁴ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 188-189.

¹⁶⁵ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 299, e *Direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*, p. 8.

Assim, a inserção da expressão, termo ou palavra multissignificativa no texto de um Código Civil permite que a expressão, termo ou palavra adquira contornos jurídicos, no sentido de que sua interpretação deverá guiar-se pela busca das finalidades do direito. E, ao ser interpretada, tomando-se a exposição de Eros Grau, torna-se uma norma jurídica que, aplicada ao caso particular, transforma-se em norma concreta. Antes da interpretação, enquanto posta na lei, é regra geral, e não norma, portanto.

Humberto Theodoro Júnior afirma que as cláusulas gerais são fruto da passagem do direito privado conformado sob o “rigor positivista dos conceitos rígidos e das formas acabadas” para um novo direito dinâmico, “em construção”¹⁶⁶.

O objetivo dessas cláusulas, ressalta Judith Martins-Costa, é o “de conferir ao juiz um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja caracterização pode estar fora do sistema”¹⁶⁷, as quais terão alcance “para além do caso concreto”, servindo para a formação de catálogos de precedentes¹⁶⁸, numa medida de sistematização de certas matérias.

Essa mesma autora ressalva, no entanto, criticando em parte o pensamento de Karl Engisch, que as cláusulas gerais “não são [necessariamente] gerais, genéricas, nem ambíguas, nem obscuras”, uma vez que se diferenciam as “noções de generalidade, genericidade, ambigüidade e vagueza”¹⁶⁹.

Um termo ou disposição é dotado de generalidade se possuir uma “previsibilidade geral”, ou seja, se puder tratar ao mesmo tempo de diversas situações enquadradas em uma mesma fôrma. Para tanto, Judith Martins-Costa exemplifica com a boa-fé objetiva, que, nesse caso, por certo seria uma expressão geral que corresponde à técnica da cláusula geral¹⁷⁰.

No que tange a um enunciado genérico, ele serve “para qualquer caso da classe considerada”, mas que não necessita de uma concretização por parte do juiz no sentido de lhe atribuir uma definição. Na verdade, pelo exemplo conferido pela autora (prazo genérico de prescrição, antigo art. 177 e atual 205 do Código Civil), percebe-se que o dispositivo

¹⁶⁶ *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 124.

¹⁶⁷ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 303; *Direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*, p. 8.

¹⁶⁸ Conforme MARTINS-COSTA, Judith. *Direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*, p. 10-11.

¹⁶⁹ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 304.

¹⁷⁰ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 3, entende que essa “generalidade do enunciado normativo pode ser descrita como característica das *cláusulas gerais*”.

genérico (e não geral) é aquele que carrega a tipologia de diversos casos, apenas não explicitados literalmente, um a um, por questão de preferência legislativa, o que não exigirá um esforço hermenêutico além da mera localização dos tipos (situações ou condutas que se encaixam no dispositivo genérico) no ordenamento jurídico.

O enunciado ambíguo é aquele que admite mais de um significado de acordo com o contexto em que vier a ser utilizado. Uma cláusula geral poderá ser ambígua se esse contexto não for explicitado, apesar de essa não ser uma característica específica sua.

Relativamente à vaguidade da cláusula geral, esta, sim, uma característica dessa técnica, corresponde a uma vagueza semântica que nada mais é do que a dificuldade que o intérprete tem em definir ou delimitar o específico significado de um enunciado ou disposição ou termo entre variadas situações extras que se lhe apresentam.

Passando ao largo de todo o aprofundamento da temática referente ao significado, haja vista que, como assevera Judith Martins-Costa, “às noções de diversos significados necessariamente correspondem noções diversas de vagueza”, o que nos levaria a campos muito distantes da proposta puramente civilística deste trabalho, capturamos apenas o aspecto concernente à significação jurídica, que, por sua própria natureza, sempre varia de acordo com o uso dos enunciados ou disposições “à vista de um certo contexto”¹⁷¹.

Nesse sentido, percebe-se que essa vagueza intencional não é um elemento fraco ou falho no sistema de direito, mas algo até necessário e que corresponde a um ponto de flexibilização¹⁷² em que o intérprete poderá vergar o dispositivo de molde a permitir a decisão mais consentânea ao caso posto *sub judice*. O que se deve avaliar é em que contexto se coloca a vagueza e se ela é realmente intencional ou não, ou seja, posta de modo a que o intérprete faça aquele exercício de adequação.

Diverso é o caso da vagueza não-intencional, a qual corresponde a um defeito (a lacuna)¹⁷³ a ser sanado necessariamente de acordo com o que dispõe o próprio sistema¹⁷⁴.

¹⁷¹ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 308-310.

¹⁷² Interessante trazer as palavras de Miguel Reale na exposição de motivos ao anteprojeto fruto da comissão elaboradora e revisora do Código Civil, datado de 23.5.1972, em *Código civil: anteprojetos*, v. 5, t. 1, p. 15, para quem as normas insertas no Código Civil devem ter “um sentido plástico e operacional”, sendo que o objetivo almejado foi o de concretude, despindo a estrutura normativa de “qualquer apego a meros valores formais abstratos”, o que “impõe soluções que deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina”, como se percebe no atual Código Civil.

¹⁷³ Como afirma PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. *Normas jurídicas individualizadas: teoria e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 165, “lacuna é uma das modalidades do direito deficiente”, não se tratando de “falha axiológica”, mas de uma “carência do preceito normativo que, por decorrência dos princípios axiológicos consagrados pela ordenação sistemática, deveria, de forma necessária e expressa, a esta pertencer”. Ela também abrange a “antinomia irresolúvel de preceitos”.

Em suma, as cláusulas gerais, nos dizeres da própria Judith¹⁷⁵, possuem “janelas”¹⁷⁶ através das quais se permite que, mediante a atividade judicial, integrem o sistema jurídico elementos normalmente tidos como extrajudiciais correspondentes a “fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista”¹⁷⁷.

Como anteriormente assinalado, a autora afirma que a “operação intelectual do juiz é mais complexa” na interpretação das cláusulas gerais, pois, além de verificar se o caso concreto pode se encaixar na disposição legal, mediante um grande esforço de valoração do julgador, deverá estipular quais os reais efeitos “incidentes no caso concreto ou sua gradação”¹⁷⁸, se já constarem do dispositivo. Nesse sentido, José Jairo reforça o entendimento da autora, asseverando que “a tarefa do juiz é dúplice, pois além de definir concretamente o seu conteúdo, deverá também dizer quais efeitos ocorrerão na espécie, efeitos esses que devem ser observados pelas partes”¹⁷⁹.

Essa posição demonstra quão vital tornam-se tais cláusulas, abrindo ou ventilando o sistema e permitindo que a atividade desempenhada pelo juiz tenha maior possibilidade de atingir o ideal de justiça no caso concreto, desde que, como já afirmado, tenha esse julgador parâmetros¹⁸⁰ que possa seguir na hora da formação concreta da norma jurídica.

2.8 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

Como já ressaltado, a técnica das cláusulas gerais exige do aplicador do direito uma atuação extremamente valorativa, já que, por não ter um conceito perfeitamente acabado e delimitado juridicamente, terá que se valer de conceitos e entendimentos

¹⁷⁴ Neste caso, o art. 4º do Decreto 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), dispõe que, nas hipóteses de omissão da lei, o juiz decidirá com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito.

¹⁷⁵ As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, p. 50.

¹⁷⁶ No mesmo sentido ver ESSER, Joseph. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, p. 194-195, ao afirmar que “essa técnica codificadora” permite que os princípios valorativos autônomos ingressem no esquema da lei “a maneira de ‘ventanas’”.

¹⁷⁷ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 9, também afirma que uma das características da cláusula geral mais destacada pelos autores é o fato de ela carregar – e remeter o intérprete a – valores e princípios que estão “fora do sistema”.

¹⁷⁸ *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional, p. 326-327.

¹⁷⁹ *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 84.

¹⁸⁰ Como parâmetros que poderão auxiliar o intérprete, JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 59-60, destaca os “precedentes jurisprudenciais, pois será por meio deles que os operadores do direito irão balizar seus pareceres e os cidadãos comuns irão pautar seu comportamento”, no caso específico das cláusulas gerais, isso tudo apesar de os ditos precedentes não terem, em nosso sistema, “força vinculante que desborde dos limites subjetivos e objetivos da causa [coisa julgada], não podendo extrapolar para uma função equivalente ao das leis” (*sic*).

trazidos por outras ciências – moral, sociologia, economia etc. –, bem como os desenvolvidos no seio da sociedade em geral para poder decifrar, no caso posto sob sua análise, a situação concreta e enquadrá-la ou não na terminologia que lhe é posta à frente para interpretação¹⁸¹.

O juiz há muito deixou de ser o mero aplicador da letra da lei para se tornar aquele que “pondera quais vão ser as conseqüências práticas das distintas linhas de solução possíveis que oferece o ordenamento jurídico”¹⁸². Nesse caminho é que se mostram úteis as cláusulas abertas como rota para uma interpretação e aplicação do direito mais condizente com os desafios e problemas sociais que exigem uma atualização frenética do julgador em diversos aspectos da vida¹⁸³.

Nesse ponto, importante destacar a lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior, que bem esclarece não haver sinonímia entre interpretação e aplicação do direito, não obstante essa última “exija” a presença da primeira. Assim, afirma, “demonstrado, por via hermenêutica, o *sentido* da norma, é preciso demonstrar que o caso a ser decidido nele se enquadra”¹⁸⁴.

A inserção das cláusulas gerais no direito civil, ramo do direito privado, condiz com a nova etapa desse último, que passou a deixar de reger os interesses privados tão-somente com vistas à proteção das partes envolvidas na relação jurídica, passando a encará-los na ótica da sua inserção em um sistema social, mais amplo, de ordem pública, que exige do intérprete do direito a noção de valores socialmente reconhecidos.

Karl Engisch salientou que houve época (Iluminismo) em que os juristas entendiam que somente com “normas rigorosamente elaboradas” é que se poderia obter

¹⁸¹ O papel do intérprete, adverte FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, p. 32, é de fundamental importância, pois é ele quem irá, “na multiplicidade cambiante e enigmática da vida”, conferir unidade ao ordenamento jurídico “epistemológica e ontologicamente considerado”.

¹⁸² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, p. 74-75. O citado autor ressalva que, conforme a II Jornada de Direito Processual Argentino, de 1991, o juiz passou a ter ‘responsabilidade social’, com o que concordamos. Saliente-se, no entanto, que dita responsabilidade deve ser equiparada tão-somente a uma mera preocupação em decidir em prol do bem-estar social, não havendo que compará-la à responsabilidade do juiz nas hipóteses em que sua decisão provoca danos às partes, tema que guarda importância no estudo da reparabilidade dos danos decorrentes de atos judiciais, o qual ainda se mostra controvertido na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

¹⁸³ Como já afirmou GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 55, o “discurso do texto normativo está parcialmente aberto à inovação, mesmo porque o que lhe confere contemporaneidade é a sua transformação em discurso normativo (= transformação do texto em norma). O direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo”.

¹⁸⁴ *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 316. Nesse sentido, ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Editorial Ariel, 1993, p. 241, que afirma ser a interpretação do direito uma ponte entre a produção e a aplicação das normas jurídicas, a qual se vale de diversas técnicas, entre as quais a pragmática e a ética ou valorativa.

clareza e segurança jurídicas, garantindo “univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos”. O juiz era tido como um “escravo da lei”¹⁸⁵.

A interpretação e posterior aplicação (concreção) das cláusulas gerais exige do jurista uma atuação de legislador no caso concreto¹⁸⁶, uma vez que terá que dar corpo e forma a um conceito que regerá uma determinada situação posta sob seu julgamento, mas a qual terá forte impacto social, podendo vir a ser adotada em casos futuros como padrão de decisão¹⁸⁷.

Humberto Theodoro Júnior, citando Mauro Cappelletti, trancreve que “o juiz, na sua nobre missão de complementador da regra legislada, não é um intérprete completamente livre de vínculos, embora inevitavelmente criador de direito”¹⁸⁸. Não se trata de uma “tarefa arbitrária”, como afirma Humberto Theodoro¹⁸⁹.

Miguel Reale, ao tratar da diferença entre modelo e estrutura, afirma que a “experiência jurídica vive dessa contínua adaptação de preceitos normativos a exigências que brotam das estruturas sociais”, reconhecendo, conseqüentemente, a formação de normas jurisprudenciais ou modelos jurídicos jurisprudenciais¹⁹⁰.

Esses modelos¹⁹¹, por sua vez, por serem estruturas dinâmicas, apesar de guardarem a experiência passada, uma vez que decorrentes de fonte jurisprudencial que é, por natureza, estática, visam ao futuro¹⁹², pois servirão para fundamentar decisões para novos problemas¹⁹³.

¹⁸⁵ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 10-171.

¹⁸⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, p. 237, ao tratar do novo paradigma do direito privado, deixa clara essa posição do jusprivatista como “juiz no caso particular” e que “não poderá decidi-lo sem converter-se, por um momento, em legislador, adotando a perspectiva de quem tem que organizar o mundo, e de olhar se o individual é transferível a grande escala”. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 172, também faz essa análise e entende que, após a fase do Iluminismo e no decurso do século XIX, os juizes passaram a ser “chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e agir de um modo idêntico ao do legislador”, sem, contudo, deixar de se vincular à lei. ZULIANI, Ênio Santarelli. Reflexões sobre o novo Código Civil. *Revista dos Advogados de São Paulo, Novo Código Civil*, n. 68, p. 32, dez. 2002, qualifica o novo juiz como “um ativista necessário e não um pseudo-legislador irresponsável”, pois sua decisão será lançada com base na “nova realidade, consagrando os valores atuais da sociedade”.

¹⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 331, ao tratar da interpretação da cláusula geral pelo juiz, faz referência à necessária formação de “catálogos de casos” para que aquele possa criar parâmetros de soluções, com o que concordamos.

¹⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 24. Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*, p. 117.

¹⁸⁹ *O contrato e sua função social*, p. 135.

¹⁹⁰ *Questões de direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 18.

¹⁹¹ Na concepção desenvolvida por REALE, Miguel. *Questões de direito*, p. 19, modelo é uma “estrutura paradigmática que implica as diretrizes de ação indispensáveis à consecução do objetivo proposto ou querido”, sendo a estrutura “uma ordenação de elementos interdependentes em função do todo, e de meios correlacionados numa unidade de fins”.

¹⁹² REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 54-55, afirma que os “modelos jurídicos são prospectivos, uma vez que representam, em síntese, uma previsão

Para Antônio de Campos Pedroso¹⁹⁴, a atividade do juiz é criadora de direito em qualquer hipótese, seja ou não de cláusula geral, conceito indeterminado ou meros conceitos normativos, pois, para ele, o “juiz é um órgão que realiza a equidade”.

Eros Grau critica essa visão criativa por parte do julgador, pois, para ele, esse intérprete “reproduz” direito, transformando “uma expressão (o texto) em outra (a norma)”, sendo esta uma composição entre os dispositivos legais e os fatos (realidade)¹⁹⁵.

Com a devida vênia, não cremos ajustada a posição do eminente jurista Eros Grau, pois reproduzir¹⁹⁶ é imitar, copiar exatamente a partir do original, e esta não é a função do intérprete, mas, sim, a de amoldar a positivação dada pelo legislador ao caso posto sob seu julgamento.

Por isso, apresenta-se mais adequado afirmar que o juiz não cria direito no sentido de dar vida nova a algo inexistente, desconectado da realidade jurídica e, em especial, do texto legal, mas reconstrói o direito na medida em que completa a atividade legislativa, valendo-se de textos legais para decidir, dando nova forma a algo preexistente¹⁹⁷.

Como afirma Antônio Carlos Pedroso, “a sentença é um ato de construção prudencial: de construção, porque o juiz, de uma norma genérica, que é o ‘dado’, constrói norma de natureza específica, concretizando a *mens legis*; e prudencial, porque essa construção, embora vinculada ao direito positivo em sentido estrito, não deixa de levar em consideração os traços da situação conflitual”¹⁹⁸.

de determinado comportamento futuro”, e os distingue entre modelos jurídicos abertos (ou *standards*), os que “se desvinculam do casuísmo, de tal modo que a matéria é regulada segundo classe ou gênero de comportamentos, e não de conformidade com atos particularmente configurados”, o que acaba por conferir “maior responsabilidade aos juízes”, e os modelos jurídicos fechados, que prevêm com certeza e clareza tipos de comportamentos e suas conseqüências. MARTINS-COSTA, Judith. Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história. In: *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. 177-178, entende que “a perspectiva da prospectividade constitui a mais notável característica na Teoria dos Modelos”, em especial para o “jurista que atua num sistema de direito escrito, de fonte preponderantemente legislativa, pois permite a abertura do sistema às concretas necessidades humanas e às mutações da escala de valores que se põem constantemente na dimensão da historicidade”.

¹⁹³ Este parece ser o posicionamento de MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 341, ao afirmar que “as cláusulas gerais constituem os instrumentos legislativos hábeis para esta “reação” [às mudanças sociais], na medida em que legitimam o juiz a produzir normas que valem para além do caso onde será promanada concretamente a decisão”.

¹⁹⁴ *Normas jurídicas individualizadas: teoria e aplicação*, p. 57-58.

¹⁹⁵ *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 60-61. A alusão que Eros Grau (p. 81) faz é a um invólucro: os textos legais encontram-se encapsulados no “enunciado”, do qual se desvincularão pelo trabalho hermenêutico que, ao final, produzirá a norma, mas sem perder de vista o sentido originário do texto que lhes serve de referencial.

¹⁹⁶ Ver a conceituação da palavra no *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 640.

¹⁹⁷ A palavra *criação*, no *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 200, apresenta esse sentido de “ação de dar nova forma ou uso a algo já existente”.

¹⁹⁸ *Normas jurídicas individualizadas: teoria e aplicação*, p. 56.

As tão afamadas cláusulas gerais não são um meio que irá deixar ao livre-arbítrio judicial a criação de normas ou direito novo, violando a segurança e a certeza jurídicas. Não deverá haver inovações supra ou extralegais, pois, como visto, o trabalho do juiz será o de complementar o do legislador, que, se deixou em aberto textos legais para que, de acordo com a situação social e fática da época, pudesse o julgador melhor atuar, assim o fez pensando que na matéria onde agiu desse modo a evolução social é, realmente, mais célere do que todos os trâmites de elaboração de leis (*lato sensu*) e exige uma margem de elasticidade para que a decisão não se choque com o seu tempo.

Ocorre que a interpretação dessas cláusulas deve ser norteadas por balizas que confirmem certa segurança e autonomia ao julgador na hora de decidir. Deve-se evitar que ele decida com base em mera intuição, conferindo-lhe uma “metodologia mínima” ou padrão apto a lhe permitir analisar e julgar casos contidos em cláusulas gerais.

Veja-se, nesse sentido, a preocupação de Claus-Wilhelm Canaris¹⁹⁹ quanto ao uso de “uma cláusula geral de responsabilidade de risco” sem a devida limitação. Para ele, a referida cláusula “deveria, pelo menos, ser complementada por uma série de previsões normativas específicas que fixassem, de modo diferenciado, os limites máximos da responsabilidade e outras questões especiais, e assim, ao mesmo tempo, pudessem também oferecer bitolas para [sua] concretização”.

Eros Grau relata sua preocupação na interpretação dos dispositivos de conteúdo vago quando, ao tratar da “‘abertura’ dos *textos de direito*” (o uso das noções ou “conceitos indeterminados”), apesar de a entender necessária a uma adequada atualização do direito com a realidade social na qual se insere (lembre-se da noção de sistema de segunda ordem), não a aceita como “absoluta”, uma vez que o intérprete deve ater-se às leis: “sua função – dever-poder – está contida nos lindes da *legalidade* (e da *constitucionalidade*). Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*”²⁰⁰.

Por isso esse autor conclui que não existe uma interpretação correta, em especial de textos que contenham “conceitos indeterminados”, pois “a superação da indeterminação” somente ocorrerá “no campo da *interpretação*, não no campo da

¹⁹⁹ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 146-147, nota 42.

²⁰⁰ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 209, e também em sua obra *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 52-53. E arremata o referido autor, em *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 210-224, que a discricionariedade é atribuição legal conferida à autoridade administrativa, na medida em que somente norma jurídica válida a ela se refira expressamente, não tendo nenhuma ligação com o uso de conceitos indeterminados exceto o fato de que ambas as situações encontram parâmetros na legislação positivada.

*discricionarietà*²⁰¹, na medida em que essa última depende “de expressa *atribuição* normativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos”²⁰².

Nessa linha, Judith Martins-Costa reforça a idéia de que “as cláusulas gerais não contêm delegação de *discricionarietà*”²⁰³ ao julgador, pois levam a que este decida com base em valores objetivamente reconhecidos e validados pela experiência social.

Já para Alberto Gosson Junior, contrariamente, “a noção de *cláusula geral* identifica-se com o conceito de *discricionarietà*, não aquela classicamente adotada pelo Direito Administrativo” que considera “o binômio conveniência-oportunidade”, mas enquanto permite ao julgador, dentro do variado rol de soluções possíveis para o caso concreto, optar por “uma *única* decisão, eliminando as opções concorrentes”²⁰⁴.

Interessante posicionamento é apresentado por Tércio Sampaio Ferraz Junior no sentido de que “a concreção dos conteúdos normativos, conceituados, eventualmente, de forma vaga e ambígua, não é arbitrária, mas vem balizada pelo próprio sistema”, mediante princípios, dos quais cita o da legalidade, “que vincula o decididor à lei e se expressa pela *proibição da decisão contra legem*”, que, para “se evitar a extremada rigidez” (o engessamento das decisões), deverá ser mesclado com o da *discricionarietà*, “que obriga o decididor ao *telos* geral do sistema, mas abre a possibilidade de escolha de *meios*, conforme um juízo valorativo de oportunidade”²⁰⁵.

A interpretação e posterior aplicação dos termos contidos na cláusula geral mesclam essas duas posições, no sentido de que o julgador irá valer-se de critério de oportunidade para, de acordo com o caso concreto, valorar a situação e buscar nas diferentes possibilidades de respostas ofertadas pela doutrina ou jurisprudência aquela mais consentânea e adequada, sempre dentro da observância do princípio da legalidade, como já asseverado por Eros Grau, sob pena de partir para um subjetivismo extremado que gerará a tão preocupante insegurança jurídica²⁰⁶.

²⁰¹ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 213-214.

²⁰² *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 222.

²⁰³ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, 299.

²⁰⁴ *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 124.

²⁰⁵ *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 318.

²⁰⁶ Nesse sentido a doutrina de AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*, p. 400-401, que vale a pena ser transcrita: “a atividade do juiz, portanto, de descoberta do direito, não é neutra, mas também não é *discricionária*, devendo ser adotada em função das regras e princípios, implícitos e explícitos adotados pelo sistema, de tal sorte que a decisão, ainda que inovadora, mantenha coerência com o ordenamento jurídico vigente, que não perde por isso sua identidade. O

A partir deste ponto pode-se pensar na doutrina de Miguel Reale referente à separação entre modelos e estruturas e que, de certo modo, está ínsita na questão das cláusulas gerais, pois estas, ao serem objeto de estudos quer pela doutrina, quer nas decisões judiciais, irão compondo modelos jurídicos.

Esse jurista ensina que, em virtude da “recíproca influência, jurisprudência e doutrina atuam como forças convergentes, numa co-implicação necessária” a evitar que possível “descompasso” entre ambas traga prejuízos a um país²⁰⁷.

Por isso o uso da técnica das cláusulas gerais torna-se imprescindível para que se evite, de um lado, que o engessamento da lei gere atraso no desenvolvimento da jurisprudência e, por outro, que o doutrinador seja impedido de pensar além do frio e hermético texto legal.

De qualquer modo, ao deparar com os termos indefinidos que compõem os conceitos redigidos pela técnica da cláusula geral, o intérprete deve ter em mente, como ponto de partida, a funcionalidade ou finalidade daqueles, sem o quê sua busca hermenêutica perderá força, pois deslocada de todo o histórico social e político no qual os ditos termos integrativos do conceito foram tornados textos jurídicos.

Essa contextualização do tema, levando-se em conta o porquê de sua formação (sua *ratio legis*), quer do ponto de vista da sua origem, quer do da sua aplicabilidade ou operacionalidade, é de grande relevância para que o aplicador possa, dentre as inúmeras soluções possivelmente corretas que lhe surgirem, optar pela que dê uma resposta aproximativa do justo almejado socialmente.

O importante é nunca perder de vista que a interpretação realizada pelo jurista, ainda que se valendo de componentes reais, colhidos da vida social, tornar-se-ão elementos de valor jurídico, na exata medida em que, ao trazer para esse universo aqueles elementos fáticos, nada mais faz do que transmutá-los para uma categoria de elementos de direito, valorando-os enquanto tais²⁰⁸.

sistema jurídico de um Estado democrático permite liberdade decisória, nas condições acima referidas, e espera do juiz, a quem garante independência institucional e funcional, a utilização dessa liberdade para a realização dos seus valores e por isso é que ele tem responsabilidade social” (*sic*).

²⁰⁷ *Questões de direito*, p. 20-21. O autor relata que um juiz pode, ao decidir um caso concreto, elaborar um “modelo teórico” em contribuição “com uma sua forma de compreensão, até então ainda não visualizada pela doutrina”, não obstante, regra geral, acabe por utilizar “o arsenal de modelos teóricos à sua disposição”.

²⁰⁸ Ver como substrato doutrinário a obra de GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*, p. 79-84. Como afirma o autor na obra *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 38, 40 e 121-122, “o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo”, o que muitos chamam de interpretação sistemática, pois “não se interpreta o direito em tiras”.

Esse fenômeno²⁰⁹, pelo qual o juiz vai buscar no mundo extrajurídico valores, *standards*, ou padrões de conduta, incorporando-os ao campo jurídico para que lhe sirvam de guia na concretização das cláusulas gerais, nada mais representa do que a teoria dos modelos jurídicos de Miguel Reale, sendo que, no caso, o modelo em apreço se originará da fonte jurisdicional²¹⁰.

O espírito das cláusulas gerais corresponde a uma abertura que o legislador deixou, propositadamente, positivada²¹¹, ainda que ciente de possíveis erros ou equívocos interpretativos daí advindos, pois a matéria por ele regrada é de tal mutação que qualquer outra maneira de legislar tornaria o texto obsoleto rapidamente. Como assevera Rui Stoco²¹², o uso de normas dotadas de proposições ou “tipo abertos”, característica trazida do Código Civil Alemão, torna elástica a interpretação do texto legal, deixando-o mais “longevo”, portanto, mais imune ao ataque do tempo e das frenéticas alterações sociais.

A interpretação das disposições derivadas da técnica da cláusula geral deve, assim, guardar correlação mais – se não total – com a realidade presente, da época dos fatos postos sob o julgamento do intérprete, do que com aquela na qual estava imerso o legislador quando da sua elaboração, sob pena de acabar decidindo sem, contudo, solucionar verdadeiramente o conflito²¹³.

²⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 332-341, o denomina “reenvio” e traça um panorama de como ele deve ser operado no caso prático a ser decidido pelo julgador.

²¹⁰ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 72, ressalva que os modelos jurisdicionais devem ser “constantemente revistos, em razão de mutações supervenientes no sistema legal”, bem como de alterações de “valores sócio-econômicos, ou, por melhor dizer, culturais”. É essa mutação que valoriza e torna necessário o uso das cláusulas gerais.

²¹¹ Para PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. *Normas jurídicas individualizadas: teoria e aplicação*, p. 95, “há uma indeterminação na norma superior, indeterminação que é preenchida por ocasião da tarefa interpretativa. A indeterminação pode ser intencional, como no caso dos *standards*, das cláusulas gerais ou de conceitos normativos, e pode ser *não intencional*, como no caso dos conceitos indeterminados”, sendo que “à norma individualizada cabe resolver o problema dessa indeterminação”. Neste aspecto discordamos do autor, pois os conceitos indeterminados, por exigirem um grau de valoração maior por parte do julgador do que nas hipóteses tradicionais de interpretação de meros conceitos normativos, foram positivados dessa maneira (intencionalidade), haja vista que o legislador já tinha em mente essa intenção valorativa do intérprete autêntico, diferentemente das hipóteses de lacunas do direito, que podem ser comparadas a cochilos do legislador, que deixou de reger uma determinada situação quando o podia e devia fazer.

²¹² Palestra proferida no Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no dia 27 de setembro de 2004, sob o título de *Responsabilidade Civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro (Estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil Francês)*. Disponível em: <http://conline1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducao/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco.doc>. Acesso em: 1º fev. 2007.

²¹³ Leia-se, nesse sentido, doutrina de Eros Grau sobre a ideologia de interpretação jurídica que considera a dinâmica da vida social, em *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 112-114. REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*, p. 56-57, também é dessa opinião, pois na medida em que “o problema da interpretação das normas” é o de “atender, de maneira concreta, à multiplicidade dos fatores que atuam na vida do direito, cada norma deve ser interpretada no seu

Ressalte-se, portanto, que, como asseverou Judith Martins-Costa, a concretização das disposições redigidas em forma de cláusula geral não o será mediante uso de regras de experiência positivadas, mas por meio de “valores objetivamente assentados pela moral social, aos quais o juiz é reenviado”²¹⁴, justamente porque se tratam de dispositivos cuja vagueza foi intencional (intenção legislativa), de modo a que o julgador possa adequá-los ao caso concreto.

Contudo, como asseverado por José Jairo Gomes, “não é dado ao juiz desprezar as múltiplas ordens valorativas latentes na sociedade para realizar juízo de valor em que sobrelevam suas idiossincrasias e sentimentos pessoais”, devendo sempre haver “uma referibilidade e vinculação a critérios objetivos, racionais e razoáveis”²¹⁵, sem nunca se perder de vista a garantia constitucional de que toda decisão judicial deve ser fundamentada²¹⁶.

Importante destacar pensamento de Humberto Theodoro no sentido de que o julgador deve se ater a limites, no ato de concretização das disposições redigidas sob a forma de cláusulas gerais, os quais se encontram “nos princípios maiores que a ordem constitucional sobrepõe ao ordenamento do direito privado”, correspondentes, em grande parte, às “garantias fundamentais traçadas na Carta Magna”²¹⁷. E são esses fundamentos ou anteparos principiológicos que veremos no Capítulo 3 do presente trabalho.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil é, portanto, exemplo do uso da técnica das cláusulas gerais, entendido este como uma forma de legislar com aberturas ou brechas a serem preenchidas pelo julgador, mas que traz a forma de conceito (termo) indeterminado, haja vista que o legislador já sinalizou com a sua intenção de resultado – responsabilidade objetiva – no caso da ocorrência de danos pelo desempenho de atividades

contexto”, o que implica uma “compreensão estrutural do problema hermenêutico” demonstrando uma “atitude pragmática” por parte do intérprete.

²¹⁴ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 313. Ver nesse sentido ESSER, Joseph. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, p. 193-195, para quem o julgador irá formar normas “atendendo a princípios valorativos não codificados e com sujeição a critérios extralegais mas objetivos, ou seja, convencionais, de variável base empírica e concreção”, sendo que tais princípios valorativos funcionam como “pontos de partida para a formação concreta de normas por parte da judicatura”. Entenda-se que tais princípios não são aqueles positivados em leis, mas sim os assentes na vida social ou, nas palavras de MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, p. 50, no “plano pré-positivo”.

²¹⁵ *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 85 e 87. Nessa linha vai o pensamento de REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*, p. 57, para quem, não obstante seja imprescindível a “concreção jurídica, obtida através da livre indagação da doutrina e da experiência renovada dos tribunais”, é imperioso que não confundamos “exigência de concreção com a dispensa dos princípios da Ciência Jurídica e dos valores éticos que representam marcos definitivos no processo de nossa civilização”.

²¹⁶ Conforme inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.

²¹⁷ *O contrato e sua função social*, p. 136-137.

de risco. É somente a identificação do universo desse último termo que deverá ser traçada pelo julgador, o que deverá fazer com base em uma ponderação ou valoração sobre o que venha a ser risco e danos aos interesses alheios, quer com lastro nas necessidades sociais (limites fáticos), quer com base na jurisprudência e na doutrina.

O que importa concluir neste capítulo é qual a função almejada pelo legislador para esse dispositivo legal: que se tornasse o fechamento o ponto final de uma evolução da responsabilidade civil, ou que demonstrasse que este campo do direito nunca terá sua evolução concluída, pois é algo em extrema mutação? Isso será analisado no item a seguir.

2.9 O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CC: PONTO DE CHEGADA OU PARTIDA?

O preenchimento da vagueza semântica do citado dispositivo, que condiz com a idéia do sistema jurídico aberto, o qual exige a internalização de noções de outros ramos do saber humano para poder dar corpo às palavras do legislador, não poderá ser limitado de modo a torná-lo inútil, mas também não poderá ser feito sem lastro, sob pena de se criar um caos jurídico.

Pode-se afirmar que o supracitado dispositivo foi uma inovação no campo jurídico nacional, justamente por incorporar, em definitivo, a teoria do risco, que traz em seu bojo a desnecessidade da prova da culpa *lato sensu* do lesante, que, a princípio, parecia ser o último degrau no campo da responsabilidade civil.

Mas, como afirma a professora Giselda Hironaka, há necessidade de se “construir (...) uma regra tal que seja suficientemente geral e abrangente” para que se possa chegar a um grau de indenização que abarque todos os danos que venham a ocorrer, inclusive em hipóteses relacionadas a “um porvir prejudicial”, sem a intenção, óbvia, de excluir toda e qualquer possibilidade de sua causação, o que se mostra “impraticável, inviável e inimaginável”²¹⁸.

Apesar de o referido dispositivo legal poder ser definido como uma imposição legal de reparação àquele que gere danos pelo só desempenho de uma atividade, haja vista que não se perquire sobre a ilicitude de sua conduta²¹⁹, não corresponde a um padrão de

²¹⁸ *Responsabilidade pressuposta*, p. 352-353.

²¹⁹ ENCINAR, Abraham Sanz. El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho. In: PANTALEÓN, Fernando (Coord.). *La responsabilidad en el derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 4 (2000). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2001, p. 50-54, entende que a responsabilidade objetiva corresponde a “uma obrigação de reparar legalmente imposta”, pois não parte de uma infração, mas se “limita a estabelecer uma redistribuição de danos”. Por esse motivo, o autor entende que tal modalidade não se encaixa no conceito de responsabilidade.

responsabilidade social, em que todos os danos seriam ressarcidos indiscriminadamente, pois encontra no elemento risco ou perigo seus limites. Não estamos no campo da responsabilidade objetiva absoluta, que descarta não só a necessidade da culpa, mas, antes, a do próprio nexó de causalidade. Não há, portanto, pressuposição de responsabilidade.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil não é a resposta final no campo da responsabilidade civil, mas pode-se afirmar que é o início de uma nova fase que visa a reduzir as situações de danos sem reparação. Por certo que danos sempre existirão e não se almeja vetar a sua criação, mas, antes, que aqueles que os causem, de alguma maneira, os reparem. Mas como deverá ser aplicado? O capítulo seguinte trará os limites interpretativos do citado dispositivo com base na conceituação de seus termos.

3

**ANÁLISE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927
DO CÓDIGO CIVIL**

Pode-se afirmar que a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil teve por inspiração o art. 2.050²²⁰ do Código Civil Italiano de 1942 e o art. 493, alínea 2, do Código Civil Português²²¹.

Referidos dispositivos italiano e português trazem, na verdade, uma presunção de culpa com efeito de inverter o ônus da prova, uma vez que o agente pode se eximir da responsabilidade provando que tomou as medidas necessárias para evitar o dano. Trata-se de uma solução intermediária que mantém a culpa na base da responsabilidade²²². Diferentemente, o dispositivo do Código Civil Brasileiro é claro: aplica-se o sistema da responsabilidade objetiva calcada no risco gerado pela atividade.

Como assevera Carlos Roberto Gonçalves, trata-se de “uma solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício da atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa”, mas não permitindo que o lesante se exonere da responsabilidade, ainda que prove “que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano”²²³.

²²⁰ Nesse sentido, ver GOMES, Luiz Roldão de Freitas. A responsabilidade civil subjetiva e objetiva no novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 457. Esse Código Civil foi fruto da época em que vigia o regime fascista, liderado na Itália por Mussolini, focado na produtividade e sem referência alguma ao valor fundamental do ser humano, como bem salientado por LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil, p. 21. A redação do art. 2.050 é a seguinte: “Art. 2.050. Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose: Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”.

²²¹ “Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir” (Decreto-lei 47.344, de 25.11.1966).

²²² Nesse sentido, ver FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva*: II. Il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli. Itália: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1995, p. 99-103.

²²³ Parte especial: do direito das obrigações, artigos 927 a 965. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11, p. 13. No mesmo sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil, p. 14, conclui que “a solução adotada por nosso texto legal é

A primeira redação sugerida e apreciada por Miguel Reale para texto equivalente ao do atual art. 927 continha disposição semelhante à do Código Italiano, no sentido de permitir que o causador do dano, no exercício de atividade de risco, pudesse se exonerar da responsabilidade se provasse “o emprego de medida de prevenção tecnicamente adequada”, sendo que tal ressalva não foi aceita pelo citado autor, na qualidade de coordenador da comissão revisora²²⁴.

Posteriormente, tendo sofrido várias sugestões ofertadas por diversos setores da sociedade, chegou-se à redação do Projeto 634/75, encaminhado à Câmara dos Deputados²²⁵, em cujo art. 963 constava a responsabilidade objetiva daqueles que desenvolvessem atividades de risco, sem a ressalva supracitada. Mas, por força das diversas revisões, retornou a parte exonerativa da dita responsabilidade caso o lesante demonstrasse “o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas”. Contudo, esse acréscimo foi suprimido no Projeto 634-B, de 1975²²⁶, encaminhado pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 118, de 1984, e ao qual foram ofertadas 331 emendas.

mais rigorosa que a do Código Italiano, embora se assemelhem os resultados”, e isso se deve ao fato de prever uma real responsabilidade objetiva, e não mera presunção de culpa, com inversão de ônus probatório, a qual permite ao causador do dano se exonerar do dever de indenizar se provar que, ainda que de risco, a atividade estava acobertada por todas as medidas de segurança possíveis.

²²⁴ Cfr. *Código Civil*: anteprojetos, v. 5, t. 1, p. 166: em 23 de maio de 1969 foi nomeada uma Comissão encarregada de revisar e elaborar um novo Código Civil, sendo que, dos componentes, Agostinho Alvim foi o responsável pela parte especial referente às obrigações. O parágrafo único do art. 986 do projeto, datado de 23.5.1972, assim dispunha: “Todavia, haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas”.

²²⁵ Esse projeto foi publicado em 13 de junho de 1975, no *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, no Suplemento (B) ao número 61.

²²⁶ Foi publicado em 17 de maio de 1984, no *Diário do Congresso Nacional*, ano XXXIX, Seção I, Suplemento ao número 047. O art. 929 tratava da responsabilidade objetiva nas atividades de risco, e seu parágrafo único tinha a seguinte redação: “Todavia, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, semelhante à redação do atual parágrafo único do art. 927, exceto pelo acréscimo da palavra “todavia”. Essa mesma redação persistiu nos Projetos de Lei 634-C, publicado em 5 de fevereiro de 1998, no *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LIII, Seção I, Suplemento ao número 021, e 634-D, publicado em 15 de agosto de 2001 no *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LVI, Seção I, Suplemento ao número 112, sendo certo que na redação final das emendas ao Projeto de Lei 634-D, datada de 22 de novembro de 2001, já constava o artigo com a redação e a numeração idênticas às do Código Civil em vigor. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentários aos arts. 927 a 954 do Código Civil. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 3. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 831-874, destaca que foi o deputado Cleverson Teixeira o autor da emenda redutora “que importou em melhor acolhimento da teoria da responsabilidade objetiva, já que na redação atual refere somente o risco da atividade, sem dimensioná-la, e suprimiu a parte em que era excepcionada a sua aplicação diante da comprovação do emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas”, visto que, sem tal exclusão, manter-se-ia “o critério da culpa como motivo de exclusão”, o que seria contraditório.

Depois de ter ficado parado no Senado, o projeto teve sua tramitação retomada somente em 1995, com parecer ofertado por Josaphat Marinho, em 9 de maio desse ano, à comissão especial de senadores formada para estudar o citado projeto, da qual se tornou o relator. Com a aprovação do parecer, seguiu-se o processamento das emendas, das quais a referente ao dispositivo que continha a responsabilidade objetiva pela prática de atividades de risco coube ao exame de Miguel Reale, que manteve posição inicial de não permitir a exoneração da responsabilidade, formato que permaneceu até a redação final do projeto de lei quando de seu encaminhamento à sanção presidencial.

Após todas as etapas de sugestões, revisões e emendas pelas quais passou o projeto de lei inicial, o legislador concluiu que a melhor redação seria aquela que excluísse qualquer possibilidade de exoneração da responsabilidade por parte do agente lesante, no intuito último de resguardar os direitos da vítima em ter sua devida reparação, atendendo ao fundamento que deu origem ao e permeou todo o desenvolvimento da teoria objetiva da responsabilidade civil: minimizar as situações de danos deixados sem a necessária indenização com base na desnecessidade de se provar culpa por parte do lesante

Mas será que essa ilimitada responsabilidade, afastando-se a possibilidade de exoneração do lesante que comprove ter tomado todas as medidas adequadas ao caso, acabará por gerar maior insegurança jurídica, haja vista o temor quanto à possibilidade de serem inviabilizadas novas atividades?

Nossa opinião vai no sentido negativo. Acaso fosse mantida a exoneração aventada, estar-se-ia criando um contra-senso para com a fundamentação de toda a teoria do risco, já que se permitiria ao lesante a contraprova de sua não-culpa adentrando-se na análise do aspecto subjetivo por parte do julgador, não obstante acreditarmos que a dificuldade ou, talvez, impossibilidade de o agente demonstrar que tomou todas as “medidas preventivas tecnicamente adequadas” reforçaria as bases da citada teoria.

Ademais, como todas as atividades trazem, em algum grau, riscos a terceiros, aquele que decide por empreender sabe que terá riscos a suportar, e, portanto, possíveis reparações de danos para providenciar. Ainda que aplicado de maneira objetiva nessas hipóteses, o princípio de que não se deve lesar terceiros já está ou deveria estar assimilado pela sociedade, devendo ser preservado acima de tudo, em especial, por aqueles que gerem danos no desempenho de atividades de risco.

O que irá garantir o equilíbrio na aplicação do dispositivo ora em estudo é a ponderação entre os danos ocorridos e a indenização a ser aplicada, nos termos do que dispõe o art. 944 do Código Civil, que será visto no item 3.6 deste capítulo.

Importante ressaltar que o dispositivo do Código Italiano, ao permitir que o agente se exonere da responsabilidade, não se mostrou adequado ao desenvolvimento de uma teoria assentada na dignidade da pessoa humana, liberdade e segurança – novos conceitos trazidos pela Constituição da Itália, posterior ao Código Civil de 1942 –, exigindo-se, para sua aplicabilidade, que os julgadores estabelecessem os limites de sua interpretação à luz da nova Constituição Italiana de 1948, considerando os interesses dos lesados na ótica do respeito pelo ser humano.

No Brasil, no caso em tela, não se faz necessária uma releitura do dispositivo citado, mas, antes, uma leitura conjugada com a da Constituição, visto que esta “funciona, grosso modo, como o núcleo do sistema jurídico, e, como tal, é extremamente densa e aberta, gravitando em seu redor os demais elementos do sistema, a saber: as normas e os princípios. Esse sistema dialoga permanentemente com o meio em que se encontra, ou seja: troca ‘carga’ com o ambiente sociocultural”, nas palavras de José Jairo Gomes²²⁷.

Essa leitura permitirá a ventilação dos ideais legislativos, sem criar embaraços para nenhum dos lados: nem o legislador será acusado de prender a dinâmica da sociedade a um tempo passado, nem o julgador de ser inovador por demais, pois este teria em mãos o roteiro supremo da Nação – a Carta Magna – a lhe dar as diretrizes valorativas indispensáveis para que tente alcançar, o mais próximo possível, o ideal de justiça distributiva.

O jurista Gaston Morin, em 1927, já doutrinava que a elaboração das leis devesse seguir uma nova técnica baseada no uso de diretrizes amplas o suficiente a permitir ao Poder Judiciário larga autonomia para agir, obedecendo a essa moldura traçada, mas individualizando as referidas disposições legais de acordo com necessidades do momento e, destacava temas como o da responsabilidade como um dos grandes conceitos que deveria sofrer uma revisão²²⁸.

Vale repensar, ainda, sobre as palavras de Miguel Reale²²⁹ ecoadas de seu discurso pela promulgação do atual Código Civil: há uma nova aura a iluminar o direito centrada na valorização da pessoa humana e, portanto, na busca pela sua dignidade.

Os princípios jurídicos, porém, não servem de padrão ou critério para definição do que sejam as atividades que gerem riscos aos direitos de outros, apenas de pano de fundo

²²⁷ GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 47-48.

²²⁸ MORIN, Gaston. *La loi et le contrat – La décadence de leur souveraineté*. Paris: Félix Alcan, 1927, p. 44.

²²⁹ *Retrospectiva 2002: os melhores momentos do mundo jurídico em 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002 (Disponível em CD).

para as decisões que devem, sim, ser proferidas com lastro em critérios mais objetivos alcançados a partir da interpretação dos conceitos que vigem na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil e que serão analisados depois dos princípios constitucionais.

3.1 DA ÓTICA DE ALGUNS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Qualquer interpretação que venha a ser realizada sobre um texto legal não pode prescindir da sua análise pelo olhar dos princípios, entendidos aqui como normas dotadas de elevado grau de abstração, que carregam um valor²³⁰, de caráter genérico, e que aceitam gradação, pois na sua aplicação, em havendo o conflito entre dois ou mais princípios, haverá a escolha por um deles em virtude da ponderação dos bens ou interesses envolvidos sem que isso implique revogação do princípio não aplicado.

Ademais, como bem observa Gustavo Kloh Muller Neves, “uma sociedade cujos patamares jurídicos contemplem o pluralismo não pode prescindir dos princípios”, haja vista serem eles elementos importantes para se resguardar a necessária “flexibilidade” do sistema²³¹.

Luís Roberto Barroso²³², em excelente texto a respeito do processo de constitucionalização do direito, evidencia que nos tempos atuais não se pode mais usar as meras técnicas interpretativas tradicionais, em que ao texto da lei ou regra se subsumem os fatos postos sob apreciação judicial, pois, muitas vezes, não há na lei resposta a tais demandas. A segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil é um exemplo claro dessa hipótese.

Para tanto, o julgador há que se socorrer da interpretação constitucional, assentada esta na principiologia de que a Constituição é a norma suprema, de modo a aplicar as hierarquicamente inferiores em vigor de acordo com os princípios e regras constitucionais que espelham, por sua vez, os valores advindos das mutações sociais, o que implica

²³⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência*, p. 3. Já é bem conhecida a definição de princípio ofertada por DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 22: trata-se de um “*standard* que traduz os sentimentos de justiça ou imparcialidade ou outra dimensão de moralidade”.

²³¹ Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional, p. 14.

²³² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 1º abr. 2007.

“direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos”, conforme doutrina Paulo Luiz Netto Lôbo²³³.

A aplicação da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil requer o retorno do julgador às disposições da Constituição Federal, onde, logicamente, não encontrará respostas diretas para conceituar esta ou aquela atividade como de risco, mas princípios como função social, dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica, que lhe servirão de balizas para a definição buscada.

Como pondera Luís Roberto Barroso, “toda interpretação jurídica é também constitucional”, sendo certo que, no caso ora estudado, ela terá uma influência indireta, pois o aplicador da lei deverá ter por guia máximo “a realização dos fins constitucionais”²³⁴.

O trabalho de qualquer julgador deve sempre deitar olhos por sobre o ordenamento jurídico, extraindo dele não apenas as regras de aplicação imediata, mas, acima de tudo, os princípios que devem ser ponderados entre si em prol da melhor decisão ao caso concreto; portanto, será “o melhor [naquele momento] para atender ao espírito de unidade do sistema”, como esclarece Ruy Rosado de Aguiar Júnior²³⁵. Vejamos os princípios aplicáveis.

3.1.1 Dignidade da pessoa humana

Esse princípio, tão caro ao sistema jurídico, nem precisaria estar expresso na Constituição Federal para ser reconhecido como imprescindível em qualquer relação jurídica, pois se pode entendê-lo como uma qualidade intrínseca de cada pessoa, tanto que irrenunciável e inalienável²³⁶.

Importante ressaltar que com a doutrina humanista da época da Renascença, em que o homem foi colocado como centro dos estudos das ciências, é que ganhou peso o conceito de dignidade da pessoa humana.

²³³ Constitucionalização do direito civil. In: FARIA, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Podivm, 2007, p. 36.

²³⁴ Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, p. 1.

²³⁵ Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas, p. 400.

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 201.

A partir do surgimento das teorias jusnaturalistas, houve o destaque desse princípio com a expressão “sujeito de direitos”, que denotava o caráter ativo dos indivíduos na sociedade enquanto seres participantes, exigindo igualdade perante seus pares e uma preocupação do Estado na sua maior proteção²³⁷.

No final do século XVIII, destaca-se a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da Revolução Francesa, que sedimentou os ideais sociais de igualdade, liberdade e fraternidade entre os indivíduos, que atesta a preocupação que as instituições políticas passavam a ter com o ser humano, erigindo-o como sua razão universal.

No século XX, com a complexidade das atividades humanas, foi necessário adaptar os diplomas legais que regulavam os direitos humanos, de modo a que refletissem a nova dinâmica social. O primeiro texto a que se pode referir dessa nova época foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948²³⁸.

Esse ideário, certamente, teve seus reflexos no campo da responsabilidade civil, de modo a que o pensamento se deslocasse do flanco individual e subjetivo da reparação, centrado na culpa, para um mais abrangente em que esse elemento fosse mitigado, diminuindo o peso da sua difícil prova sobre os ombros do lesado de modo a assegurar um maior equilíbrio social com a redução de danos sem reparação, o que se conseguiria com o desenvolvimento da teoria da responsabilidade objetiva.

Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa, ao relatar as mudanças de rumo na responsabilidade civil, citando a minimização dos aspectos da imputabilidade e da culpabilidade em prol dos da causalidade e da reparabilidade dos danos, os quais refletem a tendência à objetivação da teoria, afirma que tal situação tem a ver com “os princípios da dignidade da pessoa humana do ofendido e da sociedade como um todo”²³⁹, haja vista que

²³⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 413-414. Conforme aponta MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana, p. 11, Thomas Hobbes, em *Leviatã* (1651), com o conceito de soberania absoluta centrada na pessoa do soberano, John Locke, na obra *Ensaio sobre a compreensão humana* (1689), que “associa ao termo ‘pessoa’ as palavras ‘identidade’, ‘consciência’ e ‘memória’” e “vê o ser humano individual como ser dotado de identidade reflexiva”, e Immanuel Kant, que, em 1788, agregou valor moral à pessoa, foram as bases de uma “construção do conceito filosófico-político da dignidade humana”, que permitiu uma “reflexão jurídica sobre o tema” “com o recurso à filosofia, à política e à história” (p. 12-13).

²³⁸ Ver LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*, p. 206, que, em nota 474, cita outros textos legais que têm por fundamento a proteção à pessoa humana, em respeito à sua dignidade. Ver ainda, SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, p. 204, que entende tal Declaração como o “referencial normativo paradigmático”.

²³⁹ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 10.

a responsabilidade calcada na culpa acaba por deixar sem reparação muitos danos, justamente em razão da dificuldade do lesado em obter as provas da culpa do agente, em total prejuízo da devida e necessária reparabilidade.

Nos dizeres do professor Antonio Junqueira de Azevedo²⁴⁰, o conceito de dignidade da pessoa humana, “além de normativo, é axiológico porque a dignidade humana é valor – a dignidade é a expressão do valor da pessoa humana [que é o bem]”. No entanto, prossegue o autor, hoje em dia há duas concepções sobre a pessoa humana que dão suporte à idéia de dignidade.

A concepção dualista entende que “homem e natureza não se encontram”, são sujeito e objeto, respectivamente, ao passo que a monista demonstra haver uma continuidade entre o homem e a natureza, confirmando a capacidade do ser vivo Homem de sair de si, reconhecendo no outro um igual. Há um diálogo. É esta a concepção que embasa, em última instância, a responsabilidade civil nos dias atuais²⁴¹.

Em razão dessa concepção, há cada vez mais uma preocupação das ciências humanas com a qualidade de vida, o que traz enormes conseqüências no campo jurídico.

A evolução tecnológica que se enfrenta nos tempos atuais gera uma complexidade de relações jurídicas em nosso cotidiano as quais precisam ser mais bem dimensionadas e, se necessário, resguardadas, haja vista os riscos e perigos que as novas atividades implementadas por força dessas mudanças trazem para os seres envolvidos.

Nessa linha é que o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido na Constituição Federal Brasileira, impôs uma releitura nos termos da responsabilidade civil,

²⁴⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Estudos e pareceres de direito privado*, p. 3-14. SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998, assevera que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, estando na “base de toda a vida nacional”.

²⁴¹ Apesar de não estar tratando da responsabilidade civil, mas, sim, da responsabilidade social das empresas e de todos os membros da sociedade, o teólogo BOFF, Leonardo. A ética e a formação de valores na sociedade. *Reflexão*, Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, ano 4, n. 11, p. 6-7, out. 2003, faz uma ressalva importante: a de que a razão “funda suas raízes no afeto, na afetividade”, motivo que gera uma dialética entre ambas que, no seu sentir, deve ter uma justa medida. “Precisamos do vigor (...) que supõe a razão calculatória”, prossegue, mas que deve ser associado com “o cuidado, a relação que protege, a relação amorosa com a realidade”. Ele a conceitua como a “ética do cuidado”. Desse modo, a visão de KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005, da dignidade como valor que todo e cada ser humano tem por ser racional (por ser uma propriedade decorrente da razão) e enquanto é tomado como fim em si mesmo, para os dias atuais pode-se afirmar estar certa em parte. A dignidade é o valor humano decorrente da razão, mas, em última instância, advém da afetividade humana. Como afirma BOFF, Leonardo. A ética e a formação de valores na sociedade, p. 7, “nós afetamos a realidade e somos afetados por ela. E nesse jogo de afeto vamos construindo nossa racionalidade, nosso projeto de liberdade, nossos projetos históricos”.

passando o Código Civil a dispor, expressamente, sobre a responsabilidade objetivada no que tange a essas atividades causadoras de risco.

Dessa maneira, sendo imposta uma nova moldagem à teoria da responsabilidade civil por conta do novo enfoque que se passou a dar ao ser humano, mister que se recorra a ela para que, de alguma maneira, se possa encontrar um norte para a conceituação do que venham a ser atividades que por sua natureza causem riscos aos direitos de outrem²⁴².

Para se chegar a esse ponto, é importante reconhecer e avaliar uma das conseqüências diretas que se extrai do princípio da dignidade: o respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana, que tem como ponto fundamental a obrigação de segurança, como traz a lume o professor Antonio Junqueira²⁴³.

Essa obrigação de segurança existe independentemente de um contrato que a embase. Ela existe sempre que ocorrer danos à pessoa. “A regra é hoje a responsabilidade objetiva. A responsabilidade subjetiva, nesse campo, é atualmente exceção. A responsabilidade objetiva, na obrigação de segurança, surge agora diretamente da Constituição (não é da lei ou jurisprudência); somente haverá responsabilidade subjetiva quando houver lei expressa”, como propugna o jurista Antonio Junqueira²⁴⁴.

Com base nesse pensamento, difícil restringir o campo de atuação da responsabilidade objetiva decorrente dos danos advindos dos riscos proporcionados pelo desenvolvimento de atividades humanas, já que a dignidade humana deve ser preservada, acima de tudo.

Mas, partindo-se da tentativa de delimitar o âmbito de aplicação da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a real dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana na análise e definição de atividades de risco é a de que, não obstante ser

²⁴² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, p. 111, fala na “formulação de um novo princípio que vise, antes de tudo, assegurar a ordem social e a salvaguarda da dignidade daquele que, sem sua culpa, sofrer dano derivado da atividade de outrem, caracterizada pela escolha relativa à assunção de risco”. Com a devida vênia, não acreditamos na necessidade de se criar um novo princípio, visto que o da dignidade da pessoa humana bem acoberta todas as situações em que uma pessoa se veja envolvida em danos gerados pela prática de uma atividade alheia. O que se deve é, contudo, levar em conta que somente a justificativa com lastro nesse princípio pode gerar uma espécie de moldura ou solução miraculosa em que todas as respostas acabam por nele desaguar. O fundamento último é, sim, tal princípio, mas cada julgador deverá considerar a análise do caso concreto, ponderando regras e princípios de modo a que, na situação fática, consiga dar uma melhor, pronta e adequada resposta que não fique à mercê de recursos embasados na alegação de que toda a responsabilidade decorreria da violação a dito princípio, desmerecendo a sua fundamentação. Receia-se, em suma, que o uso ou abuso na utilização do princípio da dignidade da pessoa humana acabe por banalizá-lo. Mas também não é o caso de se criar outro princípio para justificar a violação à dignidade do indivíduo.

²⁴³ Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, p. 17.

²⁴⁴ Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, p. 18.

o princípio que permeia todo o sistema jurídico atual, não pode ser usado como critério-padrão isolado sob pena de se esgarçar por demais o conceito almejado, gerando a repudiada insegurança jurídica e, como afirma Ingo Sarlet, banalizando e esvaziando a força normativa do referido princípio²⁴⁵.

É certo que esse princípio se encontra insito em qualquer decisão envolvendo aspectos de reparabilidade civil, ou ao menos deveria assim se apresentar, haja vista a tendência atual de ampliação na reparabilidade, não apenas no sentido de minimizar danos sem reparação, mas, ainda, no de prevenir futuros danos decorrentes da mesma prática lesiva e dissuadir seus operadores de tais práticas.

A partir da linha de interpretação econômica do direito, a idéia de prevenção enquanto função da responsabilidade civil encontra respaldo no princípio econômico de proteção contra a incidência de custos nas atividades mercantis, e não propriamente no da proteção à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, a teoria econômica de regulação do mercado colaboraria para o fito de reduzir custos advindos dos acidentes através do banimento de atividades que causem acidentes, ou então, que não possam suportá-los²⁴⁶.

Indiscutível que em qualquer atividade econômica há embutida, ainda que mínima, uma margem de custos relacionados à ocorrência de danos, haja vista a busca pela eficiência no desempenho das atividades mercantis, minimizando-se os riscos na tentativa de aumentar os lucros.

No entanto, além de não ser uma resposta absoluta à questão dos acidentes advindos da prática de atividades, manter o pensamento apenas nesse aspecto corresponde a um retrocesso no campo do direito, pois se estaria priorizando os elementos patrimoniais em detrimento dos pessoais, em afronta ao que tanto a Constituição Federal quanto o próprio Código Civil propõem em termos de proteção jurídica de interesses.

Nenhuma ciência anda isolada. Seus elementos se entrecruzam e, muitas vezes, se misturam para dar conta das novas tendências e idéias em cada uma delas. Nesse aspecto, o direito não é exceção. Economia, em particular, é uma das ciências muito usadas pelos juristas para esclarecimento de conceitos, elucidação de caminhos a seguir, bem como composição de novos ramos jurídicos.

²⁴⁵ Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, p. 230.

²⁴⁶ Neste sentido ver a obra de CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven and London: Yale Univ. Press, 1970, p. 18-20.

Mas os conceitos ou teorias econômicos não podem ser transpostos para o mundo jurídico sem nenhuma adaptação, já que se criariam distorções como a acima exposta. Nesse sentido, é possível acolher a ponderação a respeito do atingimento da eficiência econômica nas atividades mercantis mediante o uso da teoria da responsabilidade civil, mas desde que sob o fundamento da proteção à dignidade da pessoa humana. E como? Invertendo-se a equação. Haverá maior eficiência econômica a partir do momento em que aqueles que exercerem atividades causadoras de risco aos interesses alheios vierem a responder pelos danos ocasionados tornando “ineficientes os atos que, no curso de uma atividade econômica, colocarem em risco a dignidade da pessoa”, conforme conclui Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk²⁴⁷.

Como resume esse autor, o direito deve participar na promoção da eficiência econômica, mas nunca em detrimento da “concretização dos objetivos do ordenamento jurídico”, os quais se “consustanciam nos princípios e valores constitucionais”²⁴⁸.

Quando afirmado que o princípio da eficiência da atividade econômica aplicado pela corrente de interpretação econômica do direito gera uma distorção e críticas à aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, o foco estava na problemática levantada por alguns juristas no sentido de que a abertura deixada pelo legislador no citado dispositivo poderia levar à eliminação de algumas atividades econômicas em virtude do receio das indenizações por responsabilidade objetiva que elas poderiam provocar caso o julgador as considerasse de risco.

Contudo, como analisado, é meramente um erro de percepção ou interpretação, pois o julgador, ao decidir, deverá ater-se, em um primeiro momento, ao aspecto do risco à dignidade da pessoa humana e, portanto, às vantagens que o mercado e a própria sociedade obterão caso atos geradores de danos e que componham uma atividade econômica venham a ser excluídos ou reduzidos na linha de produção²⁴⁹.

²⁴⁷ A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano eficiente. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*, p. 140. O estudo feito por esse autor, apesar de focar o princípio da dignidade da pessoa humana dentro da teoria da responsabilidade civil basicamente no que tange aos danos extrapatrimoniais, criando um critério de dano denominado dano ineficiente, é interessante por demonstrar a utilidade da aplicação de critérios econômicos no campo do direito privado, em especial, no da responsabilidade civil.

²⁴⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano eficiente, p. 137.

²⁴⁹ Na verdade, nas atividades que venham a ser “qualificadas” como de risco, este lhes é natural, motivo pelo qual nunca será extirpado. Pode haver uma redução de situações em que ele acabe se convertendo em dano concreto, mas sempre existirá o risco da atividade, caso contrário, deixará de ser nominada como tal e, conseqüentemente, deixará de se enquadrar nas hipóteses de responsabilidade objetiva. Por isso destacamos que as funções punitiva ou pedagógica da indenização não podem ser destacadas pelo

Ademais, ao se levar em extremada consideração tal crítica a fim de se condenar a redação do supracitado dispositivo do Código Civil, estar-se-ia permitindo que o mercado suplantasse um princípio constitucionalmente positivado, o que não se pode conceber. O mercado é que “deve ficar em posição subordinada e funcionalizada ao respeito da dignidade da pessoa humana”, como afirma Leonardo de Andrade Mattietto²⁵⁰.

Por fim, como aplicar tal princípio nas hipóteses de danos gerados a pessoas jurídicas? A solução será usar a expressão tutela do sujeito e, indiretamente, o princípio de que todo sujeito merece uma proteção jurídica, pois tem o direito de não ser lesado por terceiro (*neminem laedere*)²⁵¹. Como será visto em item próprio, o “outrem” disposto na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil não deve compreender apenas as pessoas físicas, mas as jurídicas enquanto sujeitos de direitos suscetíveis de sofrerem danos pelas atividades geradoras de riscos.

Estamos frente a um direito subjetivo fundamental ínsito a todas as pessoas que, como todos os direitos fundamentais, “pode, em regra, ainda que de modo e intensidades variáveis, ser reconduzido de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento de todas as pessoas”²⁵².

Não obstante tal interpretação, no caso de danos gerados a uma pessoa jurídica, mostra-se mais adequado o embasamento no princípio da solidariedade social, como será analisado no tópico seguinte.

juiz na hora em que vier a decidir o caso concreto. A própria indenização, aplicada mediante uma responsabilidade objetiva, em que se prescinde do elemento culpa, e na medida do dano gerado, por si só deve bastar para que o agente se preocupe mais com sua atividade, de modo a tentar evitar que novos danos venham a ocorrer, apesar de saber que o risco lhe é natural.

²⁵⁰ O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*, p. 31. Voltaremos a esse assunto quando for analisado o princípio da liberdade de atuação ou livre iniciativa.

²⁵¹ MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, p. 18, defende, no entanto, que o valor segurança, que foi alçado à categoria de direito fundamental pelo *caput* do art. 5º da Constituição Federal, é “superior ao do *neminem laedere*”. Concordamos com tal assertiva. O valor segurança é constitucionalmente protegido e, na prática, já é aplicado na teoria da responsabilidade civil quando esta finca bases no novo paradigma da minimização de danos e de danos sem a devida reparação. E, ao se espriar por esse campo, por certo que o princípio tradicional do *neminem laedere* acaba por corresponder a uma parcela daquele, já que não lesar ninguém tem por substrato a idéia de não violar a incolumidade física e psíquica de ninguém, portanto, não lhe macular a dignidade.

²⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, p. 221-222. Esse autor destaca os excessos passíveis de serem cometidos no campo das atividades de manipulação genética.

3.1.2 Solidariedade

A mudança de perspectivas no campo da responsabilidade civil, a partir do século XX, decorre das alterações na concepção individualista²⁵³, a qual cede lugar a uma ordem solidária, em que se destaca a dignidade da pessoa humana, que no Brasil encontra assento no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que a lista como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito.

Essa preocupação com a pessoa humana e sua dignidade não é de cunho egoístico, muito ao contrário, a nova roupagem do direito tem características solidárias, o que também se desenha na Constituição Federal no inciso I do art. 3º quando destaca como um dos objetivos da República Federativa Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária²⁵⁴.

O autor Marco Fábio Morsello²⁵⁵ entende que esse princípio corresponde a uma “nova perspectiva na seara da responsabilidade civil”.

Buscando no campo da teologia, Leonardo Boff leciona que “a solidariedade e a cooperação permitiram a sociabilidade, o surgimento da linguagem, e definem o ser humano como sócio”, pois “somos seres de solidariedade”. Trata-se da ética da solidariedade²⁵⁶.

É nesse contexto de solidariedade social que se desenvolvem algumas tendências da responsabilidade civil, em particular, a da coletivização da responsabilidade (vários lesantes) e a da socialização dos danos ou riscos (vários lesados).

No campo da responsabilidade coletiva dos lesantes, Gisela Sampaio da Cruz²⁵⁷ informa que a doutrina se divide quanto à responsabilização nos casos de danos gerados

²⁵³ Essa nova maneira de encarar as relações jurídicas deve se refletir, particularmente, nas relações civis, que, de modo geral, são de “cunho patrimonializante”, conforme destaca LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*, p. 21-36, e que devem fazer ceder tal característica ante os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Este é o desafio dos civilistas.

²⁵⁴ Como bem ponderado por MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade humana*, p. 45, esse dispositivo instaura uma nova ordem lastreada na “primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial”. Na verdade, positivou-se um entendimento do que já ocorria na sociedade e nos próprios julgados, como é de comum acontecer no campo do direito: o cenário social, político e econômico é que transmuta o ordenamento, sempre, infelizmente, com um certo atraso.

²⁵⁵ *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, p. 21.

²⁵⁶ A ética e a formação de valores na sociedade, p. 8.

²⁵⁷ *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 268-271. Interessante desdobramento faz a autora a respeito da matéria na França, que teve três fases: (I) irresponsabilidade de todos os membros do grupo, quando o lesado não conseguisse demonstrar quem foi o real autor do dano; (II) uma segunda etapa em que se considerava uma culpa coletiva ou culpa conexa para tentar responsabilizar todos os membros do grupo – na verdade, haveria uma presunção de culpa; (III) numa terceira etapa, passou a jurisprudência a aceitar uma responsabilização solidária. Centrava-se na idéia de que haveria um interesse coletivo, mas desde que se tratasse de um grupo não-eventual, de aproximação ocasional. A pessoa lesada deveria apenas demonstrar o nexo causal entre o dano e alguma atividade desenvolvida pelo grupo. Trata-se, ainda, de uma presunção que aceita prova em contrário.

coletivamente em que não se consiga individualizar os agentes²⁵⁸. De um lado, alguns entendem que ninguém deveria responder no caso de não se conseguir particularizar os agentes, sob pena de se criar, injusta e indevidamente, responsabilidade para quem nada fez. Esse foi o pensamento soberano na França até mais ou menos os anos 1950. Outros são favoráveis a que o grupo todo deva responder, sob o fundamento de que se faz necessário resguardar a segurança a todos do meio social, com base no princípio da solidariedade. Foi a terceira etapa na jurisprudência francesa, em que todos respondiam solidariamente.

Essa posição é definida por Ricardo Luis Lorenzetti²⁵⁹ como sendo uma responsabilidade de grupos de risco em que a ligação entre seus membros não se assenta em interesses patrimoniais, muito menos contratuais. São ligações fáticas, mas que trazem embutido um risco, a que o autor denomina “*ex ante*”, justamente porque, como nas atividades que desenvolvidas têm um risco ínsito, tais agrupamentos trazem um risco inato que poderá gerar danos a terceiros.

Veja-se a hipótese de caçadores reunidos que disparam ao mesmo tempo contra um alvo animal, mas um dos projetis acaba por ferir um transeunte. Há um risco inato nesse ato grupal e, ante a impossibilidade de se saber de qual arma saiu o projétil lesivo, todos acabam por responder. Como exemplo pode-se citar, ainda, as rixas, brigas entre torcidas²⁶⁰, grevistas, entre outros.

Por certo o legislador pátrio teve embasamento nesse princípio ao redigir o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, cuja interpretação assenta-se na noção de “incolumidade do tecido social”²⁶¹, que, em igual medida, já se encontra no § 6º do art. 37

²⁵⁸ Nesse sentido, ver GOMES, José Jairo. *Responsabilidade e eticidade*, p. 311-312.

²⁵⁹ *Fundamentos do direito privado*, p. 181-182.

²⁶⁰ A Lei 10.671, de 15 de maio de 2003 (Estatuto do Torcedor), dispõe em seu art. 13 sobre a segurança do torcedor no local de realização do evento desportivo, *verbis*: “O torcedor tem direito a segurança nos locais onde são realizados os eventos desportivos antes, durante e após a realização das partidas”. Já no seu art. 19 trata dos responsáveis pelos danos advindos ao torcedor, *verbis*: “As entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades de que trata o art. 15 e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo”. Não obstante, mostra-se possível que todos os envolvidos (pessoas físicas) em uma briga sejam responsabilizados, quer por danos causados a outro torcedor, quer pelos danos patrimoniais, pois a solidariedade legal existente nos dispositivos supra não elide a solidariedade jurídica, não positivada, que se pode denominar fática. De qualquer modo, tais dispositivos ofertam uma resposta parcial à questão, pois se referem a danos ocorridos nas dependências do local onde se realizou o evento desportivo, ficando a critério do julgador aplicar a solidariedade fática, ou causalidade alternativa, em danos advindos fora dos locais especificados, por exemplo, em uma rua, transporte coletivo etc., quer entre os envolvidos, quer, até mesmo, englobando o Poder Público, ante a ausência de segurança, por exemplo.

²⁶¹ AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*, p. 87.

da Constituição Federal ao dispor sobre a responsabilidade civil objetiva do Estado, cujo dever é o de “incolumidade de todos os administrados”, conforme afirma Sergio Cavalieri Filho²⁶².

Mas precisamos separar a questão da responsabilidade solidária em dois aspectos: do ato gerador e das partes envolvidas.

No que tange às partes, em tal dispositivo não encontramos a possibilidade de responsabilização coletiva de lesantes caso não haja a prova do nexos causal entre a atividade por eles desenvolvida e os danos, sob pena de fugirmos da responsabilização objetiva assentada no risco e caindo em uma responsabilização objetiva sem peias. Não se dispensou a prova do nexos, tão-somente a da culpa. A solidariedade na responsabilização não pode ultrapassar a barreira de prova de que houve participação de todos no desempenho da atividade lesiva, ainda que não se consiga isolar qual o causador do dano.

Por outro lado, pelo enfoque do lesado, diversa é a possibilidade de aplicação do princípio da solidariedade na análise e interpretação da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, justamente pela ausência de limitação do legislador. Trata-se da coletivização na ótica dos lesados, que será mais bem analisada quando estudarmos o termo *outrem*.

Quanto ao ato gerador, deve-se atentar para o conceito de atividade, que será mais bem trabalhado no subitem 3.2.1 deste capítulo, mas para o qual de antemão afirmamos não corresponder a figura de um mero aglomerado de atos, sem vinculação com uma estrutura. Nesse sentido, para uma melhor interpretação da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, deve-se conjugar o princípio da solidariedade social com o da precaução e prevenção a seguir analisado.

3.1.3 Precaução ou prevenção

Referido princípio tem ampla aplicabilidade em matéria de direito ambiental²⁶³, mas, por certo, seu campo de incidência pode ser estendido para questões que envolvam possíveis danos às pessoas decorrentes de quaisquer atividades²⁶⁴.

²⁶² *Programa de responsabilidade civil*, p. 253.

²⁶³ Na Declaração do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente e desenvolvimento sustentável, elaborada após Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento reunida na cidade do Rio de Janeiro, no período de 3 a 14 de junho de 1992, foi inserido o princípio da precaução sob a seguinte redação: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. Disponível em: <http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/Declaracao_rio92.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2007.

Nos termos propostos pelo Comunicado da Comissão das Comunidades Europeias, datado de 2 de fevereiro de 2000, trata-se de um mecanismo de escape para solução de pendências e controvérsias entre “os direitos e as liberdades dos indivíduos, das empresas e das organizações” e a “necessidade de reduzir ou eliminar riscos de efeitos nocivos para o ambiente ou a saúde”²⁶⁵.

Como bem destaca o referido documento, para que se possa avaliar os riscos de determinada atividade, o correto seria uma análise científica e estatística sobre ela. Contudo, sendo tal análise “insuficiente, inconclusiva ou incerta”, mas havendo indicações de que a atividade possa ser “potencialmente perigosa”, entrará em cena a aplicação do princípio da precaução. Trata-se de uma “estratégia de gestão de riscos”.

Na verdade, tal princípio volta-se para as decisões de cunho político que irão ser implementadas mediante políticas públicas direcionadas, justamente, para se prevenir situações geradoras de danos às pessoas.

Afora a natureza profilática do referido princípio e sua destinação aos administradores de políticas, quer públicas, quer privadas, seria viável sua implementação em sede jurisdicional quando já se encontrasse concretizada uma situação de dano em decorrência do implemento de determinada atividade que não foi legalmente definida como de risco?

Acreditamos que a resposta pode ser positiva, justamente porque o intuito desse princípio é prevenir que danos advenham da prática de determinada atividade que, no mais das vezes, é ainda inovadora, fruto excepcional e frenético do desenvolvimento humano nas mais diversas áreas.

Essa função preventiva da responsabilidade civil decorre das “dimensões do dano-evento” surgidas a partir das modificações sociais, que, por sua vez, redundaram nas diversas facetas da teoria do risco, e as quais, “além de facilitar os mecanismos de reparação, exigiram maior diligência do empreendedor na prática de seus atos, tendo em vista o temor legítimo das sanções pecuniárias impostas”, conforme bem destacado por Marco Fábio Morsello²⁶⁶.

²⁶⁴ Numa análise humanista, BOFF, Leonardo. *A ética e a formação de valores na sociedade*, p. 9, afirma que hoje em dia, ao lidarmos com questões complexas, como a biotecnologia, e outros “mistérios supremos da natureza (...) modificamos a base físico-química da natureza e não sabemos quais serão as conseqüências”, motivo que impõe a prática de “uma ética da responsabilidade, da justa medida, da cautela e da prevenção”.

²⁶⁵ Disponível em: <http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub07_pt.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2007.

²⁶⁶ *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, p. 15.

Esse é o fundamento último da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil: impingir àqueles que desempenham atividades geradoras de risco e perigo sociais o dever de se preocuparem não apenas com o pós-danos mas, antes, com a idéia de que devem evitar ao máximo que estes ocorram, pelo simples fato de que apenas sua existência já os coloca como responsáveis pela reparação. São, portanto, antes de tudo, responsáveis pela prevenção contra a ocorrência de prejuízos.

Para as situações descritas no referido dispositivo, não haverá uma indenização com função propriamente preventiva ou pedagógica, uma vez que os riscos dessas atividades lhes são inerentes, não havendo como o lesante eliminá-los. De qualquer maneira, o só fato de haver a possibilidade de danos advindos da atividade serem reparados sem a necessidade de prova da culpa já pesa nas estratégias daqueles que desenvolvem atividades tais, criando meios de prevenção, no caso de riscos ou perigos já conhecidos, ou precaução, quando se tratar de situações inusitadas, sem um mapeamento dos possíveis danos.

Atrelada a essa idéia, temos a questão do risco do desenvolvimento. Justamente por conta desse avanço nas perspectivas da responsabilidade civil, não mais como mera forma de reparação de danos, mas, antes, como mecanismo profilático, será possível aceitar o uso do risco do desenvolvimento como meio de ilidir-se a responsabilidade? Será que, por conta das alterações legislativas que o projeto do Código Civil sofreu até atingir a formatação que tem hoje, especificamente no parágrafo único do art. 927, é possível aceitar tal eximente? Essas perguntas nos guiaram para uma análise pontual do risco do desenvolvimento em tópico próprio, em estreita conexão com o princípio abordado neste item.

De qualquer modo, parece-nos que a prevenção ou a precaução devem nortear toda resposta jurisprudencial que vier a ser ofertada quando da necessária aplicação do supracitado dispositivo legal do Código Civil, não como eximentes da responsabilidade, mas antes como critérios de equilíbrio na aplicação da reparação, sob pena de se desdenhar de toda a evolução sofrida até hoje no campo da responsabilidade civil.

Esses princípios, se aplicados no caso em tela, não entrarão em choque com o da liberdade de desempenho de atividades, muito ao contrário, como analisaremos no tópico seguinte.

3.1.4 Liberdade no desempenho de atividades

Este princípio encontra-se positivado na Constituição Federal em seu art. 1º, inciso IV, como fundamento da República Federativa do Brasil, e no *caput* do art. 170.

Assenta-se na idéia de que, para o crescimento de uma sociedade livre, que visa ao desenvolvimento pleno, justo e solidário, nada mais natural do que permitir o pleno desempenho de atividades lícitas, o que implicará a redução de desigualdades e da pobreza, objetivos constitucionalmente delimitados²⁶⁷.

Seu enfoque neste trabalho decorre da seguinte dúvida: seria possível que decisões judiciais considerando determinadas atividades como geradoras de risco ao direito alheio acabassem por tornar essas mesmas atividades mercantilmente inviáveis, na medida em que os empresários ficariam receosos em implementá-las com o medo de a qualquer momento serem demandados por danos inevitáveis em razão da própria atividade? Será viável cogitar que a tão criticada abertura disposta na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil é, realmente, prejudicial ao mercado e, portanto, à economia social, como reflexo da propalada insegurança jurídica advinda da amplitude em sua interpretação?

A resposta não é tão simples e, na verdade, nunca poderá ser única. A depender da forma como os julgadores se comportarem ante o supracitado dispositivo do Código Civil é que se poderá ponderar a respeito dessa possível ameaça ao desempenho de determinada atividade.

No entanto, acreditamos que, caso algum ramo de atividade se sinta prejudicado ou lesado pelas reiteradas decisões condenatórias cíveis fundadas no referido dispositivo, dificilmente conseguirá demonstrar violação ao princípio da liberdade de atuação ou livre iniciativa, já que o desempenho de qualquer atividade de mercado deve estar subordinado aos princípios anteriormente analisados da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que priorizam a não-lesão aos interesses de terceiros, bem como ao da prevenção ou precaução.

Por outro lado, importante raciocinar pelo lado oposto. Se uma determinada atividade econômica vier a ser considerada, pelo julgador, geradora de riscos aos direitos de outrem, ainda que casuisticamente, tal decisão não pode ser tida como ato atentatório ao princípio da liberdade de atuação no mercado, mas, antes, como um impulso de tentar minimizar danos, sem eliminar a atividade.

Tal situação nada mais representa do que atendimento à estrutura dos negócios, já que aqueles que auferem proveitos com o desempenho de suas atividades mas colocam em risco os interesses de terceiros devem ficar sujeitos à reparação de eventuais prejuízos daí decorrentes.

²⁶⁷ Ver art. 3º da Constituição Federal.

Essa análise considera a interface necessária entre o direito e a economia, em que “o homem não é mero agente das relações econômicas, mas sua própria causa”, conforme bem ponderado por Carlos Alberto Ferracha de Castro e Paulo Nalin²⁶⁸. A preocupação extremada com o intuito lucrativo ou com o de angariar reconhecimento no mercado deve ceder à preocupação com o ser humano. Como concluem os autores, “o econômico só se justifica no social”.

Assim, o desempenho de determinada atividade só deve ser permitido legalmente se, para além de cumprir todas as disposições necessárias para sua plena formalização (registros, pagamento de tributos, por exemplo), “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, nos termos do que dispõe o *caput* do art. 170 da Constituição Federal.

A livre iniciativa ou liberdade no desempenho de atividades vai até onde encontra a proteção à dignidade da pessoa humana. Na verdade, o que se terá pela frente será a aplicação da técnica da ponderação entre princípios, pela qual o intérprete “(i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional”²⁶⁹, tudo com foco na busca da razoabilidade da decisão.

Desse modo, ao interpretar a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, o julgador não poderá ater-se tão-somente à idéia de que a atividade desenvolvida por determinado ente, em especial aquele que visa ao lucro (empresa ou empresário), pode vir a minguar ante a aplicação do citado dispositivo, que lhe impingirá a responsabilidade objetiva pela prática de algum dano advindo de tal atividade.

A liberdade de atuação ou a livre iniciativa que se quer e que o legislador constituinte preza é justamente aquela que tenha por escopo último a justiça social, primado hodierno da teoria da responsabilidade civil, como já visto em tópico deste trabalho. Esse princípio servirá de guia ao julgador, na medida em que deve pensá-lo como caminho para que chegue a essa primazia almejada e que, no caso de atividades de risco, só será atingida se os danos daí advindos vierem a ser indenizados sem receios de entraves econômicos.

²⁶⁸ Economia, mercado e dignidade do sujeito. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*, p. 102.

²⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 1.

Esse pensamento guarda correlação com o próximo princípio, o da função social, conforme analisaremos a seguir.

3.1.5 Função social

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil, enquanto dispositivo compreendido na nova principiologia identificada por Miguel Reale (eticidade, socialidade e operabilidade) e que materializa, como já avaliado, a técnica legislativa das cláusulas abertas pelo uso de conceitos (termos) indeterminados, permitirá ao aplicador da lei confluir diversos tipos de atividades para o conceito de risco enquanto resultado de uma política legislativa que não mais se preocupa estritamente com o individual, mas, antes, remete sua *mens legis* ao público.

A interpretação do citado dispositivo pode ser feita tanto diretamente, ao se pensar que o legislador, conferindo tal abertura ao julgador, quis reduzir o espaço de danos irressarcidos, como especialmente de forma indireta, quando se pondera que sua maior intenção foi a de impingir àqueles que desempenham atividades que coloquem em risco direitos alheios uma atitude voltada para o bem gerir e praticar essa atividade, de modo a que cada vez mais ela seja desempenhada em condições que minimizem os riscos ou, ao menos, a exposição das pessoas a eles.

Apesar de ser impossível a extirpação do risco, que é da natureza da atividade, essa segunda visão vem ao encontro da nova concepção do direito de propriedade, que deve atender à sua função social, o que já nos foi trazido pela Constituição Federal²⁷⁰.

Assim, a propriedade ou detenção dos meios de produção que possa, pelo seu desenvolvimento e implemento, vir a causar danos a outrem deve ser exercida nos limites do respeito para com os interesses sociais. O que o supracitado dispositivo carrega, pela via transversa, é alcançar uma proteção da sociedade contra um mau uso, uso inadequado ou mesmo pernicioso de um bem que, não obstante seja privado, tem total relevância no desenvolvimento e bom crescimento econômico-social da Nação.

Com respaldo nessas idéias é que se pode afirmar que a função social da propriedade é um dos padrões ou limites que o julgador deverá considerar ao enquadrar, na análise e decisão do caso concreto, a situação à moldura disposta pelo legislador ordinário na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

²⁷⁰ Inciso XXIII do art. 5º; § 1º do art. 156; inciso III do art. 170; § 2º do art. 182; parágrafo único do art. 185 e art. 186 da Constituição Federal.

Subsidiando esse pensamento, tem-se as afirmações de Francisco Amaral, que, ao se referir às mudanças sociais como fatores que tornam o Estado mais atuante e preocupado com o bem-estar e a justiça sociais, faz menção ao “direito como instrumento de planejamento econômico”²⁷¹.

É com olhos nesse sentido que o intérprete irá agir ao aplicar o referido dispositivo legal, pois, ao classificar na prática determinada atividade como produtora de riscos aos direitos de terceiros, estará, ao inverso, criando uma norma jurídica de programação social que visa a uma minimização de danos ao mesmo tempo que serve de orientação tanto ao que gerou os danos quanto a outros possíveis lesantes que se enquadrem no conceito do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a fim de que se organizem para que não venham a gerar mais prejuízos.

Estudando a questão da função social dos meios de produção antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, Fábio Konder Comparato²⁷² já erguia a bandeira dessa preocupação que os detentores dos bens de produção (aqueles que se destinam a criar valor) deveriam ter para com a sociedade, caracterizando sua função social como um “poder-dever positivo, exercido no interesse da coletividade”²⁷³.

Em razão de não haver, na Constituição então vigente²⁷⁴, um desdobramento e maior especificação quanto à função social da propriedade, sugeria o citado jurista que fossem criados mecanismos de sancionamento para aqueles que não exercessem a propriedade dentro da referida função, ou melhor, que incidissem em “abuso na não-utilização dos bens produtivos, ou [em] sua má utilização”.

Concluiu o autor, contudo, que a destinação social dos bens de produção não poderia ficar restrita a uma mera disposição genérica, somente podendo vir a ser requerida, enquanto dever social do detentor da empresa, “quando os objetivos sociais a serem

²⁷¹ *Direito civil*: introdução, p. 12.

²⁷² Função social da propriedade dos bens de produção, p. 78-79.

²⁷³ No que pertine às empresas que adotam a forma de sociedades anônimas, a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, dispõe no parágrafo único do art. 116 que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social”, conforme salientado por Comparato, *Função social da propriedade dos bens de produção*, p. 77.

²⁷⁴ Ver em *Constituição da República Federativa do Brasil*; Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais ns. 2/72 a 27/85. Consolidação, notas e índice por RANGEL, Leyla Castello Branco (Diretora da Subsecretaria de Edições Técnicas). 10. ed. Brasília: Senado Federal, 1986, p. 169, o dispositivo constitucional então em vigor que tratava do tema que era o inciso III do art. 160, com a seguinte redação: “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade”.

atingidos forem impostos no quadro de uma planificação vinculante para o Estado e diretiva da atividade econômica privada”²⁷⁵.

Não obstante a respeitável e elogiável posição defendida pelo professor, é possível entender que a função social, nos moldes em que se encontra disposta em nosso texto constitucional atual, aliada àquela que se encontra no Código Civil, bem como em sua principiologia, independe de se ter uma tábua de regras que defina normativamente tais interesses sociais.

Nesse sentido, a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil reflete a preocupação do legislador ordinário com a função social que as empresas ou os empresários devem ter ao se envolverem com e engendrarem atividades que impliquem riscos aos direitos de outros, entendidos estes, em última instância, como a própria sociedade, conforme se verá no subitem 3.2.4 a seguir.

A ordem mercadológica também deve sofrer influências das alterações no campo jurídico, o qual também, por sua vez, recebe e incorpora mutações advindas daquela. Assim, lembrando as palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior, “qualquer interpretação do regime jurídico de mercado é sempre uma interpretação de um regime jurídico específico e possível, dentre outros igualmente possíveis”. Mas, em qualquer deles, o jurista deve “reimaginar, reformular e transformar visando a sua adaptação frente às finalidades possíveis que possam orientar o seu redesenho”²⁷⁶.

Seria, portanto, a função social um parâmetro a ser medido pelo julgador no que tange à delimitação, no caso concreto, de uma atividade como geradora de riscos e, portanto, devedora de uma reparação dos danos provocados à luz da responsabilidade objetiva. Logicamente, esse princípio terá maior valia nas hipóteses em que o lesado seja a sociedade, de modo a justificar enquadramento diverso daquele enunciado pelo Superior Tribunal de Justiça na I Jornada de Direito Civil, que qualifica o *outrem* como sendo “pessoa determinada”, matéria a ser analisada no subitem 3.2.4 dentro do tópico seguinte, que irá trazer um estudo mais detalhado dos termos indeterminados que compõem a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, como passamos a expor.

²⁷⁵ Função social da propriedade dos bens de produção, p. 79.

²⁷⁶ *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 53.

3.2 ESQUADRINHANDO O DISPOSITIVO PARA IDENTIFICAÇÃO DAS POSSÍVEIS ATIVIDADES DE RISCO

Como o julgador conseguirá, analisando o caso concreto, caracterizar determinada atividade como sendo geradora de riscos a terceiros? Para além das já regradas em leis específicas, é possível identificar outras tantas capazes de gerar danos reparáveis com lastro na aplicação da responsabilidade objetiva²⁷⁷?

O jurista Sílvio de Salvo Venosa²⁷⁸ entende que sobraria muito pouco ao Poder Judiciário para, além dos casos já tratados em nossas leis especiais, definir o que se entende por atividades de risco. Não obstante, restam ainda muitas situações que, de antemão, “não podemos antecipar, mas sobre as quais deve se debruçar o jurista”.

Para a professora Silmara Juny, no mais das vezes, estaremos diante de uma relação de consumo, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor, de certa forma, já esvaziou a conceituação do que sejam atividades perigosas²⁷⁹.

As respostas às indagações iniciais não se mostram fáceis. Na tentativa de moldar a forma de pensar sobre o tema, ele será abordado a partir da análise dos elementos que compõem o seu dispositivo regrador (segunda parte do parágrafo único do art. 927 do CC).

3.2.1 Definição de atividade: como alcançar sua natureza?

A palavra atividade possui diversos significados²⁸⁰, como qualidade ou estado de ativo, diligência, qualquer ação ou trabalho específico, modo de vida, ocupação, indústria, e outros mais. Entre eles, qual foi o exato sentido buscado pelo legislador brasileiro ao dispor sobre a atividade na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil?

²⁷⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura, p. 586, entende que, “hoje, a previsão de situações danosas ainda não conhecidas se torna difícil, embora a certeza de que existirão”.

²⁷⁸ Debates no período da tarde... Nesse mesmo sentido, COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, v. II, p. 343. Esse autor desdobra o parágrafo único do art. 927 do Código Civil em responsabilidade objetiva formal, para aquelas situações em que há lei específica dispondo ser a atividade geradora de risco e, portanto, responsável objetivamente, e responsabilidade objetiva material, referente às hipóteses que dependem do entendimento do julgador naquele sentido. Concordamos com a distinção, pois enfatiza a origem: na letra da lei ou de acordo com a situação fática (de fundo ou material). Na verdade, parece mais que se está a tratar de qual o nexos causal: a simples existência de lei, ou a ocorrência da atividade de risco. De qualquer maneira, não esclarece como o julgador deverá decidir caso a caso para entender esta ou aquela atividade como geradora de risco.

²⁷⁹ Responsabilidade civil, p. 149.

²⁸⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, Folha de S.Paulo, 1995, p. 70.

De antemão é possível entender, de uma maneira excludente, que, no campo da responsabilidade civil e no enfoque dado pelo Código Civil, atividade corresponde a um conjunto coordenado de atos²⁸¹, haja vista que nessa temática o legislador, inversamente, no campo da responsabilidade subjetiva por atos ilícitos, delimita estes como ação ou omissão (condutas)²⁸².

Para que se possa, então, alcançar a exata dimensão da palavra atividade constante da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, imprescindível ponderar a respeito das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, que traz, entre as conceituações de serviços e fornecedor, indicadores do que seja atividade.

O § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor²⁸³ define serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, o que traz uma idéia, ainda que parcial, de que atividade engloba serviço.

No entanto, lendo-se o *caput*²⁸⁴ do citado artigo, indiretamente encontra-se outro aspecto de atividade que não a relacionada apenas com os serviços. São atividades que constroem, criam, montam, transformam, distribuem, comercializam e geram produtos.

Fábio Ulhoa Coelho²⁸⁵ pondera que não basta pensar em conjunto de atos, voltados a um fim, reiteradamente praticados e que gerem riscos aos direitos de outrem. Mister que se pense a partir da ótica da socialização de custos da atividade: aqueles que as desempenham de alguma maneira embutem nos preços de suas mercadorias, produtos ou serviços os custos dos riscos envolvidos que podem provocar danos a terceiros.

Mas auferir, na prática, se existe essa socialização de custos é tarefa complexa, o que acabaria por tornar a aplicação da responsabilidade objetiva tão difícil quanto a da responsabilidade subjetiva, gerando óbices que denotariam a regressão no campo da responsabilidade civil.

Atividade é, portanto, uma palavra de ampla significação e que comporta, como visto, diversos meios de ser implementada. Sendo assim, para que se torne viável a

²⁸¹ Essa interpretação é possível a partir do *caput* do art. 966, que dispõe: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

²⁸² Ver, nesse sentido, o art. 186 do Código Civil.

²⁸³ “Art. 3º (...) § 2º – Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

²⁸⁴ “Art. 3º – Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

²⁸⁵ *Curso de direito civil*, p. 349-350.

aplicação prática do supra-referido dispositivo de lei, mister interpretá-la como sinônimo de estrutura, como destacou Miguel Reale²⁸⁶.

Partindo-se desse conceito, soluciona-se a questão de se pensar sobre o caráter lucrativo ou não da atividade²⁸⁷, bem como sobre os fins por ela visados e os custos do risco embutidos nos preços dos produtos ou serviços. Enfim, parte-se do princípio de que basta haver uma estrutura negocial (e aqui o negócio é o gênero, negócio jurídico, sem nenhuma conotação necessariamente mercantil) que pelo seu desempenho gere danos a terceiros para que se materialize a intenção disposta na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil²⁸⁸.

A estrutura nada mais representa do que a própria natureza da coisa ou, no caso, do negócio. Ser da sua natureza quer dizer que a referida atividade foi estruturada para implementar determinado negócio jurídico que, infelizmente, coloca sob riscos os direitos alheios, podendo vir a concretizar danos, os quais devem ser reparados independentemente da apuração de culpa ou dolo do seu agente.

Assim, a atividade disposta na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil é aquela decorrente da estrutura organizada, que se insere na economia, podendo ter o objetivo que for: produção, industrialização, comercialização, prestação de serviço, lucrativo ou não²⁸⁹, e da qual advêm danos por conta dos riscos que se encontram ínsitos no seu desempenho²⁹⁰. Como dito, é diversa da conduta ou ato que tem conotação subjetiva.

²⁸⁶ História do novo Código Civil, p. 234-235.

²⁸⁷ PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 29, justifica, nessa linha, que a responsabilidade objetiva assentada no risco é a “contrapartida” para as “vantagens não necessariamente econômicas auferidas com o exercício da atividade”.

²⁸⁸ Saliente-se que essa estrutura não implica afirmar que a atividade deve ser entendida como uma sucessão de atos que deságüam em um dano, conforme aponta AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*, p. 55, mas apenas que existe uma organização estruturada que desempenha uma atividade de risco ou perigosa e que daí podem resultar danos a terceiros, danos esses que podem advir de um único ato dessa atividade.

²⁸⁹ LOPES, Rénan Kfuri. Panorama da responsabilidade civil. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*, p. 269, ao tratar do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, da forma como redigido seu pensamento, tende para a interpretação da necessidade do lucro, pois destaca que “a *mens legis* do dispositivo é manter a equidade nas relações, levando em conta a obtenção de vantagem e lucro pela prática de uma ocupação que expõe terceiros a riscos” (*sic*). Contudo, se não fosse pela conjunção aditiva “e”, pode-se depreender a tentativa do autor em ressaltar a vantagem, quer lucrativa ou não, como o mote para tal responsabilidade, o que se coadunaria com nossa posição, que também é a esposada por AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*, p. 57, quando afirma que “o artigo sob comento em qualquer momento menciona, nem sequer de longe, que a atividade deve ter caráter econômico ou que o agente deva ter a possibilidade de diluição dos custos de sua conduta na sociedade”.

²⁹⁰ Pensando dessa ótica, não há como aceitar, como propugna BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Danos à saúde provocados por medicamentos e substâncias tóxicas. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 282, que a indústria de cigarros ou

Nesse sentido é que o puro ato de dirigir um veículo não pode ser considerado uma atividade, ainda que a direção ocorra todos os dias, pela mesma pessoa, nos mesmos lugares. O condutor do veículo responderá, na verdade, pelo risco da coisa²⁹¹ e por sua conduta, culposa ou dolosa. Mas o que vem a ser risco?

3.2.2 Risco e perigo

É comum encontrar na doutrina pátria juristas que tratam as atividades geradoras de risco como atividades perigosas²⁹², dentre eles Carlos Alberto Bittar. Ao expor sobre as “empresas carregadas de perigo”, as quais são assim denominadas seja “em função de sua natureza, seja em razão dos meios de que se utiliza (como indústrias de explosivos; de energia elétrica; de inflamáveis; estradas de ferro; transportes aéreos e marítimos etc.)” (*sic*), afirma que “nesse campo, em face dos riscos introduzidos na sociedade, o agente responde pelo simples exercício de atividade perigosa”, em virtude do princípio de que aquele que retira “proveito dos riscos criados deve arcar com as respectivas conseqüências”, o que vem regulado, caso a caso, nas diversas leis especiais “apartadas das codificações”, mas que já foi matéria de dispositivos legais codificados, como os Códigos Italiano, Português e, agora, o Brasileiro²⁹³.

O jurista Alexandre Miguel afirma que, por não ter o Código conceituado atividades de risco, somente a casuística o poderá fazer, mas que não se deve perder de

a propaganda deles sejam consideradas atividades de risco para os fins do disposto na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, uma vez que tais atividades, em si, não trazem os riscos a terceiros no seu desempenho. Os produtos, sim, uma vez consumidos, podem gerar danos à saúde das pessoas consumidoras, mas isso é situação diversa e que se enquadraria em relação de consumo, para a qual existe disposição específica no Código de Defesa do Consumidor.

²⁹¹ Nesse sentido, o art. 503 do Código Civil Português dispõe que: “Aquele que tiver a direcção efectiva de qualquer veículo de circulação terrestre e o utilizar no seu próprio interesse, ainda que por intermédio de comissário, responde pelos danos provenientes dos riscos próprios do veículo, mesmo que este não se encontre em circulação”. Disponível em: <<http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoCivil.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2008. Isso demonstra que o veículo em si traz riscos, e não o fato de dirigi-lo. Não é atividade de risco, mas objeto de risco.

²⁹² Nesse sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Teoria geral das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, v. II, p. 356; AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade civil. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*, p. 17; GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela: a superação do paradigma da modernidade*, p. 179; CHINELATTO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. Responsabilidade civil, p. 149; VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade civil, p. 107, e *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 9 e 14.

²⁹³ *Responsabilidade civil: teoria & prática*, p. 10, 32-33, 39-40 e 43, e *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. 1982. Tese – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 88. O autor também acresce a atividade nuclear, apenas a diferencia no aspecto do nexo de causalidade que, ante a gravidade extrema dos riscos trazidos à sociedade pela sua exploração, não precisa ser demonstrado pelo lesado, ficando subentendido no simples exercício de tal atividade. Trata-se da responsabilidade agravada (p. 39).

vista que a ênfase conferida pelo legislador teria sido às atividades “potencialmente perigosas”²⁹⁴.

Não obstante o posicionamento doutrinário em favor da sinonímia entre risco e perigo, acreditamos que tais palavras têm sentido diverso, mas complementares, para a perfeita interpretação da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. A busca pela sua significação pode partir dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 8º do referido diploma consumerista dispõe que produtos e serviços colocados no mercado não poderão, *a priori*, acarretar riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto aqueles considerados “normais e previsíveis” em razão de sua “natureza e fruição”, os quais deverão ser informados.

Já o art. 9º se refere ao fornecimento de “produtos ou serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança”, trazendo uma responsabilidade maior ao fornecedor.

Por fim, o art. 10 veda a oferta ao consumidor de produtos ou serviços com alto grau de nocividade ou periculosidade.

Conjugando-se os três dispositivos, percebe-se que o legislador quis diferenciar risco de periculosidade ou nocividade. Enquanto aquele se refere a algo intangível mas ínsito ao produto ou serviço, em um sentido de que, normalmente, pode trazer problemas à saúde ou segurança do consumidor, o perigo seria um risco materializado e agravado, visto que o produto ou serviço perigoso ou nocivo traz uma potencialidade a mais, além daquela natural, de agredir a saúde ou segurança do consumidor, motivo pelo qual não basta a mera informação, tendo o fornecedor o dever de tomar quaisquer outras medidas protetivas.

Risco, portanto, seria algo inerente, da própria índole ou natureza da atividade, em que o dano pode ou não vir a ocorrer. Nesse sentido, todas as atividades humanas o teriam por elemento²⁹⁵. O risco é mais amplo. Já o perigo seria um risco materializado²⁹⁶, pois, em

²⁹⁴ A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 809, mar. 2003, p. 17.

²⁹⁵ ROSAS, Cristian Patricio. Daños derivados de actividades riesgosas. In: GHERSI, Carlos A. (Dir.). *Responsabilidad: problemática moderna*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996, t. 1, p. 46, afirma que “o risco como fator objetivo de imputação de responsabilidade não é o simples risco de existir”, mas “um perigo grave (...) que excede a noção de risco genérico e abstrato (ínsito à própria vida)” (tradução livre).

²⁹⁶ Apesar de não se ater a essa diferenciação, a assertiva da jurista QUINTANA, Luciana Hernández. A responsabilidade civil objetiva no Código Civil: a teoria do risco criado prevista no artigo 927, parágrafo único. *Revista do Advogado. O novo Código Civil*. 1 ano de vigência. Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, n. 77, jul. 2004, p. 27, parece indicar em sentido oposto, querendo dizer que o risco seria o perigo concretizado quando fala que a “execução de atividade que ofereça perigo gera um risco, o qual deve ser assumido pelo agente”, em oposição a nosso entendimento que caminha na linha da postura defendida por

virtude das circunstâncias da atividade desempenhada, o risco de dano é real, verossímil²⁹⁷. É como se o dano “perambulasse” pela atividade aguardando uma brecha para se mostrar. É o caso de uma atividade desempenhada por uma empresa que fabrica material bélico, explosivos e afins.

Fazendo-se uma retrospectiva histórica, é possível deparar com essa distinção já no Anteprojeto de Código de Obrigações – Negócio jurídico, obrigações em geral, contratos e outros títulos –, apresentado pelo professor Caio Mário ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores, em cujo art. 935 encontrávamos: “aquele que cria um perigo, em razão de sua atividade ou profissão, pela natureza delas, ou dos meios empregados, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo se provar que adotou todas as medidas idôneas a evitá-lo”²⁹⁸.

A partir desse esboço é possível interpretar que perigo corresponde ao risco concretizado, mas que não advém de culpa ou dolo de quem desempenha a atividade, fato que pode ser corroborado com a justificativa apresentada pelo autor do anteprojeto nos seguintes termos:

“Mas onde fixei o clímax da responsabilidade sem culpa foi ao aceitar o ressarcimento pelo risco. Com efeito, a complexidade da vida moderna proporciona muitos meios de tirar proveito, alargando a zona de risco alheio. Então deve responder na medida do perigo que criar. É justo que se veja compelido a indenizar, por ter instituído um empreendimento capaz de proporcionar-lhe vantagens. Somente o fortuito o exonerará dos efeitos”²⁹⁹.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XI, p. 32-33, ao afirmarem que “a vida moderna é cada vez mais arriscada, vivemos perigosamente, de sorte que quanto mais o homem fica exposto a perigo, mais experimenta a necessidade de segurança. Logo, o dever jurídico que se contrapõe ao risco é o ‘dever de segurança’”, prevenção da ocorrência dos perigos concretos da vida, poderíamos acrescentar.

²⁹⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Novas tendências e possibilidades do direito ambiental no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227-229, traçam, com base nos princípios fundamentais do direito ambiental, uma diferença entre princípio da prevenção e princípio da precaução, entendendo que o primeiro seria aplicado quando uma atividade fosse cientificamente atestada como perigosa (risco de dano real ou verossímil), ao passo que o segundo se revelaria nas situações em que a atividade fosse reconhecidamente geradora de danos, mas apenas potencialmente perigosa (risco potencial ou de perigo potencial). Apesar de fundamentarem sua argumentação no Comunicado da Comissão Européia referido na nota 264, pela leitura deste resta claro que o organismo que o elaborou trata a ambos como sinônimos. De qualquer maneira, a idéia quanto à separação entre risco real e risco abstrato é interessante e pode trazer alguma luz à interpretação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

²⁹⁸ Ver *Código Civil: anteprojetos*, v. 3, p. 106. O referido artigo encontra-se na Seção III do Capítulo I (Reparação do dano causado) do Título IX (Responsabilidade civil).

²⁹⁹ *Código Civil: anteprojetos*, v. 3, p. 136.

No que tange ao Projeto de Lei 3.264, de 1965, que estabelecia o Código das Obrigações apresentado pela comissão formada por Orosimbo Nonato da Silva (Presidente), Caio Mário da Silva Pereira (Relator Jurídico) e Theóphilo de Azeredo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros, na mesma estrutura apresentada no anteprojeto de Caio Mário, acima referido, trazia em seu art. 872 uma redação um pouco alterada: “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”³⁰⁰, e que, no nosso entender, seria tecnicamente mais adequada do que a atualmente vigente.

Partindo-se dessa distinção, é possível formar uma interpretação no sentido de que a possibilidade na ocorrência do dano corresponde, na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, ao perigo³⁰¹ (risco concretizado) que advém do desempenho de uma atividade em que o risco lhe é ínsito e não decorre de erro ou culpa ou dolo por parte daquele que a desempenha³⁰².

Pense-se na atividade de produção de papel. Vindo a fábrica a sofrer uma pane elétrica sem causa aparente e que gere um incêndio interno, mas que, em virtude do material produzido e armazenado em grandes quantidades, se alastra rapidamente, atingindo casas residenciais limítrofes, não haveria a responsabilidade objetiva do que desenvolve referida atividade, pois o perigo não existe, apesar do risco de que tais danos viessem a ocorrer um dia por conta de possível incêndio. Esta separação guarda relevância quando formos estudar as causas excludentes da responsabilidade, em particular, na distinção entre o fortuito externo e o fortuito interno.

De qualquer modo, o dano é que dará concretude ao citado dispositivo, como se pode verificar pelas palavras do mestre José de Aguiar Dias:

“As confusões que a respeito se estabelecem não levam em conta o verdadeiro sentido desse mandamento, que não estabelece a obrigação de indenizar para todo e qualquer dano, mas exige que ele seja injusto e tenha certa relevância (...)

³⁰⁰ *Código Civil: anteprojetos*, v. 4, p. 291.

³⁰¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184, iguala perigo à “probabilidade de dano”.

³⁰² Nesse sentido, interessante verificar anotação do jurista MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, p. 6, o qual afirma que, “no mundo germânico, a denominação dada à responsabilidade objetiva, qual seja, *Gefährdungshaftung*, embute, na hipótese de tradução literal, a idéia de perigo”, a qual, ressalta o autor, não mais pode prosperar ante a “realidade fática do fenômeno, ligada indissolúvelmente à idéia de responsabilidade por risco”. No entanto, a diferenciação terminológica entre risco e perigo mostra-se relevante para afastar-se a idéia de insegurança jurídica pela aplicação da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

já é tempo de consagrar a responsabilidade objetiva para atividades que resultem, só pelo seu exercício, com frequência considerável, em dano injusto para a comunidade”³⁰³.

Esta nos parece ser a melhor interpretação a ser ofertada ao supracitado dispositivo legal do Código Civil e que, no nosso sentir, amolda-se à teoria do risco-perigo, como veremos adiante. Por esse motivo, concordamos com as assertivas do jurista Roger Silva Aguiar quando, ao distinguir entre risco-possibilidade, que seria a “possibilidade de dano que a atividade humana traz ínsita em si”, e risco-probabilidade, correspondente à “atividade [que] desempenhada gera um perigo”, entende que a última parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil só se referiria às atividades que gerem o perigo, sendo que as atividades já regradas em legislação esparsa se referem apenas ao risco³⁰⁴.

Por esses motivos é que propomos alteração no citado dispositivo legal de modo a que reflita a diferença entre risco e perigo, sugerindo, quiçá, um retorno às redações originais (ver as Considerações Finais).

Identificados o risco e o perigo, mister que se avalie a exata extensão das características da atividade: sua natureza e normalidade, o que veremos no item seguinte.

3.2.3 Natureza e normalidade no desempenho da atividade

A expressão “atividade normalmente desenvolvida” também pode apresentar mais de um significado, sendo avaliada como atividade que se desenvolve com certa frequência³⁰⁵ (repetitivamente, ainda que em tempo ou espaço distintos), ou, então, que se desenvolve em meios normais, sem alteração, nas mesmas condições gerais (fatores temporais e espaciais sempre idênticos, ainda que não haja repetitividade, frequência).

Creemos que a melhor aplicação para tal vocábulo, contudo, seja a que leve em conta as variáveis temporais e históricas, haja vista que o risco inerente pode deixar de existir para determinada atividade, a depender do contexto em que estiver inserida. Assim,

³⁰³ *Da responsabilidade civil*, p. 40-41.

³⁰⁴ AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*, p. 49-50. Na verdade, a legislação esparsa também considera o perigo, uma vez que, como já afirmado, risco existe em todas as esferas e situações da vida (possibilidade de dano) e, para que se configure a responsabilidade objetiva, mister o perigo (a probabilidade de dano). Veja-se o caso da legislação sobre a atividade nuclear, na qual o perigo é iminente, conforme noticiado por CHIARETTI, Daniela. Pelos corredores de uma usina que se esconde, p. 6 e 9, que assevera: as “usinas nucleares têm perigo invisível”.

³⁰⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade civil*, p. 105, qualifica-a como “atividade costumeira do ofensor”.

o normalmente deve significar que, em dadas condições de tempo e espaço, uma atividade pode ser considerada de risco por conta da frequência na geração do perigo³⁰⁶.

Sergio Cavalieri Filho³⁰⁷ analisa essa expressão com o acréscimo do termo risco, atrelando ambos os conceitos – normalmente e risco – ao ensinar que, para a caracterização do que sejam as atividades que por sua natureza causem riscos, mister a distinção entre risco inerente e risco adquirido, que já foi tratada no campo do direito do consumidor.

O primeiro, prossegue o jurista, engloba todos aqueles “intrinsecamente atados à própria natureza e modo de funcionamento [dos serviços] (...) daí por que, na medida em que o risco inerente está associado a inúmeros serviços tidos como imprescindíveis à vida moderna, o caminho que se tem é controlar a sua execução”.

Já o risco adquirido, entende, é representado pelos “bens e serviços [que] não apresentam riscos superiores àqueles legitimamente esperados”, tornando-se perigosos em virtude de um defeito. Assim, “imprevisibilidade e anormalidade são características do risco adquirido”. Tem-se a idéia de algo excepcional.

Esse jurista conclui que “a obrigação de indenizar não decorrerá da simples natureza da atividade, mormente quando tem perigosidade [leia-se risco] inerente. Para não se chegar a uma inteligência absurda, devemos entender que os danos decorrentes da perigosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar, só respondendo o fornecedor de serviços pelos danos causados pela perigosidade adquirida”. Subliminarmente, define normalidade por constância, frequência, algo já esperado.

A excepcionalidade resta clara nas hipóteses reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, visto que o fundamento da Lei 8.078/90 é o de que o consumidor precisa ser informado sobre os riscos que corre quanto ao consumo de certo produto ou serviço para tomar as cautelas necessárias. Por isso que, ao usar uma faca ou um liquidificador, produtos com risco inerente, reconhecido, o consumidor não poderá alegar que se cortou e, portanto, teve um dano advindo de uma má-informação por parte do fornecedor do produto.

Já um dano advindo de um produto no qual não se vislumbra uma periculosidade (risco) inerente pode ser ressarcido na hipótese de uma periculosidade adquirida (risco adquirido). Pense-se na hipótese do manuseio de uma vassoura cujo cabo foi pintado com uma tinta tóxica e tal informe não está no rótulo. Caso o consumidor, por descuido, venha

³⁰⁶ No subitem 3.3.7 infra, estudaremos o risco do desenvolvimento como reforço da idéia de que a expressão “normalmente desenvolvida” varia conforme a alteração dos fatores temporais e espaciais.

³⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 183-185.

a ingerir a tinta ao passar a mão pela boca após manusear a vassoura, e daí lhe advenham problemas, poderá responsabilizar o fornecedor objetivamente.

No Código Civil, é imprescindível que se conjugue tanto a existência natural do risco (ínsita) quanto a excepcionalidade do perigo, pois, como já dito, apenas quando este se manifesta (risco materializado) é que a atividade pode se enquadrar na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Diversamente do que preconiza o Código de Defesa do Consumidor, embora nas relações não-consumeristas, muitas vezes, os lesados saibam dos riscos (expectativa natural do desempenho daquela atividade) que correm (pensemos nos vizinhos de uma fábrica de fogos de artifício), eles devem ser ressarcidos pelos danos gerados (perigo surgido).

Cite-se o exemplo da atividade de manipulação de material genético, em que, apesar do risco natural, ele se materializa em situações excepcionais, por exemplo, quando os genes modificados de um organismo doente se integram ao meio ambiente saudável, sem se cogitar de erro ou culpa daquele que desenvolve tal atividade.

O perigo é, portanto, o identificador da atividade cujo desempenho, em certas condições de tempo e espaço, trará danos aos direitos de outrem³⁰⁸.

Relativamente à natureza da atividade, não consta do referido dispositivo deva ela ser empresarial ou lucrativa, como apontado no subitem 3.2.1 supra, o que permite uma interpretação ampla, passível de enquadramento de qualquer atividade, desde que ponha em risco (perigo) o direito de outrem. Quem pode ser conceituado como “outrem”? É o que veremos no tópico seguinte.

3.2.4 Significado do termo “outrem”. A possibilidade do uso de um critério difuso

Na esteira de se pensar a indenizabilidade criada pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil, um ponto crucial que merece ser esmiuçado diz respeito à definição de quem seja o “outrem”.

Regra geral, haverá no pólo passivo de uma possível demanda indenizatória, fundada no supracitado artigo, uma pessoa física que tenha sofrido danos decorrentes da prática de uma atividade geradora de riscos.

³⁰⁸ Nesse sentido, ROSAS, Cristian Patricio. Daños derivados de actividades riesgosas, p. 51, para quem “atividades de risco por sua natureza são aquelas que sempre geram um perigo” (tradução livre).

Referida pessoa pode ser tanto um terceiro, estranho à atividade, quanto qualquer outra que participe da execução da atividade, mesmo que seja um empregado daquele que titulariza a atividade.

Será possível, contudo, que o outrem lesado seja uma pessoa jurídica ou mesmo um grupo de pessoas?

Em razão das novidades trazidas pelo Código Civil, o Superior Tribunal de Justiça realizou, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, a I Jornada de Direito Civil, da qual resultaram inúmeros enunciados, dentre os quais se destaca o de número 38, com a seguinte redação: “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”.

A expressão “pessoa determinada” permite entender que uma pessoa jurídica pode sofrer danos advindos do exercício de uma atividade de risco praticada por outra pessoa jurídica. Pense-se na hipótese de uma empresa de fogos de artifício instalada ao lado de outra que produz papel. Ocorre uma explosão no pátio externo da primeira, contíguo à segunda, sem que tal fato advenha de conduta de qualquer pessoa. Por decorrência, a indústria de papel acaba por pegar fogo. A empresa que produz os fogos certamente terá que arcar com a reparação dos danos advindos à segunda com lastro no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

No que tange à questão do grupo de pessoas, também se mostra aplicável o referido dispositivo. São os chamados danos difusos. Neste campo, as novas tecnologias e atividades trazem um meio fértil para tais danos coletivos, como os danos decorrentes do uso da biotecnologia (danos genéticos), das ciências da informática (danos pelo uso da Internet) entre outros, como ressaltados por Sílvio Venosa³⁰⁹.

Essa linha de pensamento parte da ponderação do tipo de atividade desempenhada, posto que tal avaliação irá trazer à baila qual o universo de pessoas que poderão ser atingidas pelos danos provindos daquela.

Tentando delimitar caminhos, a professora Regina Beatriz afirma que a aplicação da teoria do risco tal como apresentada no referido dispositivo depende da existência de

³⁰⁹ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 34.

“desigualdade econômica ou social entre o agente e a vítima”³¹⁰, o que não nos parece, com toda a vênia, aceitável.

É certo que, quase sempre, acabará por existir essa diferenciação de cunho social ou econômico entre lesante e lesado, mesmo porque as atividades são, no mais das vezes, desempenhadas por pessoas jurídicas ou empresários que, naturalmente, por praticarem, regra geral, atividades lucrativas, possuem um poderio financeiro superior ao dos terceiros lesados.

Mas isso nem sempre se mostra verdadeiro, e, partindo-se do exemplo anterior, pressupondo que a empresa vizinha à que fabrica e comercializa fogos de artifício tem patrimônio e posição hierárquica superiores, pergunta-se: neste caso, deixaria de ser aplicável a teoria do risco pelo simples fato de não haver disparidade econômica ou social em favor do lesante sobre o lesado? Impraticável a resposta da não-aplicabilidade, sob pena de se estar na contramão da teoria da responsabilidade civil que almeja a redução de danos.

Portanto, para aplicação da teoria da responsabilidade objetiva baseada no risco, desnecessária a ponderação sobre os qualificativos econômicos ou sociais de agente e vítima.

Na definição do “outrem” entra também em aplicação o princípio da solidariedade ou socialidade, em que a preocupação com as questões envolvendo o social, o público, suplantam aquelas de natureza privatística.

Nesse sentido, ainda que atingindo um grupo de pessoas indeterminado (municípios de uma cidade, ou moradores de um determinado bairro, por exemplo), não se desvirtuaria o que pretendeu o legislador, posto que a preocupação com o social estaria, em certa medida, envolvida.

Logicamente, esse raciocínio fica mais fácil quando se pensa nas atividades que causam risco ao meio ambiente. E, pode-se perguntar se esse raciocínio também se amoldaria às atividades que não tenham esse impacto, como a de produção de novos medicamentos. Não é, a princípio, uma atividade de impacto ambiental (salvo na manipulação e descarte de produtos químicos, mas que teria outro enfoque), mas pode, como pensado antes, impor riscos a um grupo de pessoas.

Imagine-se o caso de uma indústria farmacêutica que, ao fazer testes sobre as reações a um novo medicamento, com ou sem o consentimento das pessoas leigas

³¹⁰ Comentários aos arts. 927 a 954 do Código Civil, p. 820.

envolvidas, acabe por gerar-lhes danos à saúde. O “outrem” pode não ser determinado acaso essas pessoas recebam os remédios para que os tomem em casa e, por falta de informação, acabem por ministrá-los em outros membros da família, amigos ou vizinhos³¹¹.

O julgador deverá ponderar entre o interesse da empresa que desenvolve o remédio e a saúde e a vida daqueles que acabaram ingerindo os testes, com lastro no princípio da solidariedade e, como resposta, ainda que não haja a determinabilidade dos lesados, vir a classificar como atividade de risco a desenvolvida pelo laboratório.

E nem se cogite que se trata de relação de consumo, uma vez que não se tem nas pessoas testadas um consumidor final, sendo elas usadas como meios de pesquisa, portanto, como parte no desenvolvimento da própria atividade de risco.

Nesse sentido é que o supra-referido enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil se mostra vulnerável. Dever-se-ia ter, com respaldo no Código de Defesa do Consumidor, estendido o conceito de vítima para pessoa ou grupo determinado ou determinável, sob o

³¹¹ Tome-se o exemplo dos estudos contra a malária feitos nas comunidades ribeirinhas de São Raimundo do Pirativa e de São João do Matapim, no Amapá, coordenados pela Fiocruz (Fundação Instituto Oswaldo Cruz), pela Universidade de São Paulo e pela Funasa (Fundação Nacional de Saúde), e elaborado pela Universidade da Flórida, mediante financiamento de US\$ 1 milhão por parte do Instituto Nacional de Saúde dos Estados Unidos. De acordo com uma das conselheiras do CNS (Conselho Nacional de Saúde), não houve informação às pessoas usadas como cobaias (submetidas, diariamente, a picadas de 100 mosquitos, em troca do recebimento de valores entre R\$ 12 e R\$ 20 reais) sobre os reais riscos que corriam, sendo certo que levantamentos demonstram que algumas chegaram a contrair a malária. O problema foi levado, em audiência pública, pelo CNS ao Ministério Público para que se tomassem as providências legais necessárias, quer no campo da prevenção, quer no sancionatório, mediante o pagamento de indenizações às pessoas envolvidas. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/imprime_noticia.php?idNoticia=25035>. Acesso em: 13 fev. 2006. Imagine-se, nesse caso, se as pessoas contaminadas acabassem sendo picadas por outros mosquitos, do meio em que viviam, que, por sua vez, viessem a picar outros membros de sua família e comunidade. Não estaríamos em uma situação de danos a pessoas indeterminadas? Entendemos que sim, e aí é que reside a potencial e providencial interpretação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil em prol dos lesados. Logicamente, a prova do nexo causal seria mais difícil, mas não impossível, ante o mapeamento da doença, no caso, feito pelo próprio Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www.cives.ufrj.br/informacao/malaria/mal-iv.html>>. Acesso em: 26 mar. 2007. Outro caso memorável e que serviu de base para o livro *O jardineiro fiel*, de John Le Carré, foram os testes feitos pela indústria farmacêutica Pfizer, no Estado de Kano, na Nigéria, África, em 1996. As autoridades nigerianas ajuizaram uma ação reparatória em face daquela indústria alegando que foram usados 200 bebês e crianças, já vítimas de uma epidemia de meningite. Metade deles era usada em testes de um novo medicamento (Trovan), e a outra metade recebia um medicamento produzido por um laboratório concorrente (Hoffman-La Roche), mas em quantidade menor, de modo a, falsamente, demonstrar que o seu (Trovan) tinha melhores resultados. Os riscos envolvidos nos testes não eram esclarecidos à população testada. Saliente-se que o FDA, agência regulatória norte-americana, havia aprovado, em 1997, o uso do citado medicamento (Trovan) em adultos, mas não o liberou para aplicação em crianças. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/clipping/ler_noticia.php?idNoticia=38517>. Acesso em: 3 jun. 2007; e <http://www.migalhas.com/mostra_noticia.aspx?cod=40276>. Acesso em: 11 jun. 2007.

enfoque de que o importante é a ocorrência do dano e do nexos causal entre ele e a atividade desenvolvida, e, conseqüentemente, a obrigação de indenizar³¹².

Na tentativa de delimitar quem seria o “outrem”, é interessante o extrato de texto de Miguel Reale intitulado “O espírito da nova lei civil”, inserido em um de seus livros a respeito do novo Código, no qual o autor, ao fazer menção à teoria objetiva da responsabilidade civil, afirma que ela se enquadra nas situações em que a “atividade desenvolvida pelo autor do dano já implica grandes riscos para quem dela participa”³¹³.

Nessa parte final da frase, teria o autor tentado expressar que tão-somente aqueles que têm alguma ligação com a atividade teriam possibilidade de sofrer os danos? Acreditamos que não, pois, em sendo assim, estar-se-ia regredindo no campo da responsabilidade civil, que visa ao elastério das reparações com o intuito de minimizar prejuízos sem a devida indenização.

O mais sensato será interpretar tal assertiva no sentido de que quem, de alguma maneira, estiver ligado à atividade antes, durante ou depois de seu desenvolvimento, ainda que como empregado, como já destacado, ou ligado apenas aos seus efeitos, terá condições de pleitear a reparação de danos que dela lhe advenham.

Logicamente, trata-se de um esforço intelectual baseado em um trecho literal das palavras do autor em que se busca sua real intenção, sendo que elas bem podem ter sido emitidas sem grandes ponderações técnicas. Não obstante, servem de algum suporte para demonstrar que, em certo ponto, não se deve interpretar o termo “outrem” de maneira restritiva, como quer conduzir o Superior Tribunal de Justiça.

A partir do texto do enunciado 38, pode-se depreender, de maneira consentânea com a realidade e a *mens legis*, que sempre haverá uma determinabilidade no sentido de saber qual o universo dos lesados sem, necessariamente, ter em mira a sua identidade ou individualização. Por isso, para uma maior segurança jurídica, o mais correto seria se o dispositivo sob análise tivesse falado em pessoas determinadas e determináveis, essas últimas enquanto pertencentes a um grupo ou coletividade, nos moldes preconizados pelo Código de Defesa do Consumidor.

De qualquer modo, em havendo a demonstração da origem dos danos (quais os agentes que desempenharam a atividade geradora dos prejuízos) e o nexos de causalidade, é

³¹² Esse ponto de vista guarda estreita ligação com o Código Civil, que tratou, como se sabe, de forma autônoma as figuras do ato ilícito (arts. 186 e 187) e da reparação de danos (arts. 927 e ss.), dando ênfase à reparabilidade (tendência à minimização de danos sem reparação), pois a responsabilidade civil desfocou-se do elemento intencional (culpa *lato sensu*) para o elemento dano.

³¹³ História do novo Código Civil, p. 208.

possível que mesmo um universo amplo de atingidos consiga a reparação, pois o que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil dispõe é que se prove quer o dano, quer o nexo, não havendo barreiras para a quantidade de lesados.

Após a análise minudenciada dos termos utilizados pelo legislador na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, mister que se avalie a possibilidade de aplicação de eximentes de responsabilidade, como sói acontecer em situações de responsabilidade civil, o que será feito no subitem a seguir.

3.2.5 Excludentes de responsabilidade

No que tange à responsabilidade civil objetiva genérica, a doutrina aceita as excludentes³¹⁴ como ponto de neutralização entre a passagem da responsabilidade civil subjetiva para aquela. O que se busca ponderar neste tópico é a sua aplicabilidade aos casos dispostos na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

As eximentes mais conhecidas e aceitas no campo da responsabilidade civil são o caso fortuito, a força maior, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima.

É cediço que os conceitos de caso fortuito e força maior sempre foram objeto de estudo de diversos juristas, e, apesar das divergências quanto a sua delimitação, acabou por se desenvolver uma linha tradicional de separação entre ambos calcada nos elementos inevitabilidade e imprevisibilidade. A força maior corresponderia ao fato previsível mas inevitável, ao passo que o caso fortuito seria aquele que, por ser já imprevisível, torna-se inevitável³¹⁵.

Contudo, de acordo com o que dispõe o parágrafo único do art. 393 do Código Civil, o legislador pátrio preferiu não operar uma distinção conceitual entre as duas expressões, mantendo como elemento comum o fator inevitabilidade³¹⁶ relacionado à conduta humana. Evitável é o fator que pode ser barrado por ato do agente o qual, em assim não agindo, é tido por culpado.

No campo da responsabilidade objetiva assentada no risco das atividades, por ser o risco um fator intrínseco àquelas, não há que se perquirir da evitabilidade ou não, haja

³¹⁴ Clara noção do que sejam as excludentes nos é trazida pela jurista PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*, p. 2, como sendo “as *causas externas e alheias* ao agente, as quais têm o condão de romper o nexo causal ou ostentar a inexistência deste entre o dano e o ato indicado para aquele” (itálicos da autora).

³¹⁵ Nesse sentido, ver PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*, p. 94-98.

³¹⁶ Como afirma GONÇALVES, Carlos Roberto. *Teoria geral das obrigações*, p. 357, “inevitabilidade é estar o fato acima das forças humanas”.

vista que aqui não se discute a conduta do agente, mas apenas o desempenho dessas atividades geradoras de danos. Como já analisado, o risco é inato ao desenrolar das atividades.

Para tanto, desenvolveu-se a doutrina do fortuito interno e fortuito externo³¹⁷.

O fortuito interno é aquele elemento que já faz parte do desenrolar da atividade, ao passo que o externo não³¹⁸, pois corresponde a “causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, [que] excluiria a responsabilidade, principalmente se esta se fundar no risco”, o que não ocorre na hipótese do fortuito interno, conforme Carlos Roberto Gonçalves. E reforça: “a teoria do exercício da atividade perigosa, adotada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, não aceita o fortuito como excludente da responsabilidade”, pois aquele que “desfruta dos cômodos, deve suportar os incômodos”³¹⁹.

O critério muda de foco. Deixa-se de ponderar sobre a evitabilidade ou não, e a análise passa a ser da ótica da origem ou conexão do fato com o desempenho da atividade. Quando o fato estiver fora do círculo de geração de risco e de sua potencialização, teremos a eximente. Não há utilidade em se valer da tradicional divisão entre os conceitos de força maior e caso fortuito³²⁰, pois o que interessa é ser o fato ligado (interno) ou não (externo) à

³¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 64, relata que a teoria do fortuito externo foi “desenvolvida no âmbito das relações de consumo” e que faz parte do fenômeno maior da relativização do nexo de causalidade, neste caso, por reduzir o campo de atuação das eximentes de causalidade, ou seja, mantém a responsabilidade onde até um certo tempo a doutrina aceitava sua exclusão. ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 330, conceitua o fortuito externo como força maior, ao passo que o caso fortuito seria o acontecimento interno, que tendo ligação com a pessoa do lesante ou devedor não pode ser usado como argumento para exonerá-lo da responsabilidade nas hipóteses de responsabilidade assentada no risco.

³¹⁸ Entendemos que o fortuito externo deve assim ser entendido, apesar da definição conferida por CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 195, qual seja, o que “não guarda relação de causalidade com a atividade” porque não potencializa os riscos inerentes à atividade. Assim, um raio que caia em um rio onde deságuam efluentes químicos de uma empresa farmacêutica, provocando a explosão de tudo o que estava em um raio de 50 quilômetros, é um fortuito interno, não porque guarde relação de causalidade com a atividade, visto que é estranho à atividade farmacêutica como um todo, mas porque potencializa os riscos de danos inerentes a ela. Situação diversa é a de um raio que caia em uma empresa de tecelagem e que gere um incêndio que se alastre por quilômetros. Nesta hipótese, não parece que a atividade da empresa fosse de risco. O raio representa um fortuito externo, não porque não guarde relação com a atividade, mas porque não potencializou nenhum risco a ela inerente. Na segunda hipótese, a empresa poderá responder por apuração de culpa, por exemplo, na hipótese de não ter pára-raio.

³¹⁹ *Teoria geral das obrigações*, p. 356.

³²⁰ Alguns acabam por equiparar o fortuito externo à força maior. Temos julgado do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “assalto à mão armada dentro de coletivo constitui força maior a afastar a responsabilidade da empresa transportadora pelo evento danoso daí decorrente para o passageiro”, não havendo que se falar em fortuito interno como decidira o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na instância anterior (REsp. 215.618/SP, 3ª T., STJ, rel. Min. Castro Filho, j. 29.11.2005, v.u., in *LEXSTJ*, 198:56). Ver, ainda, REsp. 866619/TO, Decisão monocrática, STJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.9.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=>

atividade. Como afirma Fernando Noronha, trata-se de externidade, que preferimos nominar de externalidade³²¹.

No que tange ao fato de terceiro³²², quer na responsabilidade civil subjetiva, quer na objetiva, o problema não é de fácil resolução, como aponta Carolina Bellini, pois, além da “dificuldade de entendimento [exato] do que seja o terceiro na relação jurídica”, resta a delimitação do seu papel de rompimento do nexa causal³²³.

No entanto, não nos parece que no campo da responsabilidade civil objetiva pelo desempenho de atividade de risco seja tão complexa a fenomenologia do fato de terceiro como excludente, pois a questão volta-se, uma vez mais, para o dito fortuito externo ou interno.

Uma atitude de terceiro fisicamente estranho ao desempenho da atividade pode ser potencializadora dos riscos inerentes a tal atividade, por exemplo, numa situação de uma pessoa que esteja parada em um posto de gasolina, acenda um cigarro e leve o posto aos ares, mediante a combustão dos gases ali emanados.

Trata-se, na verdade, de um fato interno, pois, apesar de ter sido praticado por alguém de fora, estranho à atividade desenvolvida no posto, potencializou os riscos de danos inerentes a tal atividade. Não há como assemelhá-lo a uma externalidade. Diversa é a situação de uma bomba jogada sobre uma área enorme que inclua um posto de gasolina e que leve tanto o posto quanto a vizinhança aos ares: aqui temos um fato

fortuito++e+externo&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=28>. Acesso em: 22 mar. 2008; REsp 431.091/SP, 3ª T., STJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.6.2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=culpa++e+de+e+terceiro+e+excludente&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>>. Acesso em: 22 mar. 2008. Isso, pois, apesar de se poder afirmar que a empresa de ônibus tem como um de seus pressupostos o transporte incólume das pessoas, o assalto não potencializa os riscos de sua atividade, quais sejam, os acidentes envolvendo os passageiros e o meio de transporte. Os riscos do assalto ou roubo ficam fora do círculo de atuação da empresa, não potencializam seus riscos inerentes, que são os riscos do deslocamento. Nessa linha vai o entendimento manifestado pelo mesmo tribunal em REsp 168.985/RJ, 4ª T., STJ, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.5.2000, v.u., in *RT*, 784:197, em que um acidente em coletivo, provocado por combustão de material explosivo, portado por passageiro, corresponde a fato “previsível e inerente à atividade empresarial”, pois o “ingresso se deu, excepcionalmente, pela porta da frente [embrulho volumoso], mediante prévia autorização do motorista”. A situação potencializa os riscos da atividade, que deve ser a de um transporte seguro, sem acidentes.

³²¹ *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, p. 637.

³²² Esse terceiro deve ser pessoa completamente estranha ao agente, e não ser a vítima, pois neste caso estaríamos diante de outra excludente (culpa exclusiva da vítima) ou redutora da responsabilidade (culpa concorrente da vítima).

³²³ *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*, p. 107-108.

externo, alheio aos riscos da atividade, pois em qualquer lugar tal atitude geraria danos de grande monta³²⁴.

Assim, mesmo que o terceiro seja, de alguma maneira, estranho à atividade desenvolvida, pode ser potencializador dos riscos, na medida em que sua atitude tem conexão com a atividade. Portanto, entendemos que o fato de terceiro, no campo do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, por si não é eximente.

Relativamente à culpa da vítima, assim como em legislação esparsa se entende que apenas a sua culpa exclusiva é que elide a responsabilidade do agente³²⁵, o mesmo ocorre no caso de aplicação da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Em não sendo exclusiva, haverá a divisão de responsabilidades, uma assentada no risco e outra na conduta, culposa ou não, como veremos melhor no item 3.5, com base no art. 945 do Código Civil.

Percebe-se que é possível e necessária a aplicação de eximentes de responsabilidade para as hipóteses aventadas nas atividades de risco do parágrafo único do art. 927 do Código Civil³²⁶, mas com as ressalvas aqui feitas, em razão das diferenças entre as responsabilidades subjetiva e objetiva.

Mas qual a teoria do risco seguida pelo Código Civil? É o que será analisado no item a seguir.

3.3 DIVERSAS CONFIGURAÇÕES DO RISCO. O CÓDIGO CIVIL SEGUE, REALMENTE, ALGUMA?

Conforme aponta o jurista Caio Mário, a corrente objetivista foi se fragmentando em teorias ou configurações distintas, sendo certo que, no seu sentir, o “conceito de *risco*

³²⁴ Nesse sentido, ver COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Código Civil na visão do advogado: responsabilidade civil*, p. 206-207. Ressalte-se que, quanto à responsabilidade do transportador, não se deve mais entender que objetos atirados no veículo sejam fato de terceiro, pois a atividade de transporte, se, por um lado, já é configurada como provedora de responsabilidade objetiva (ver art. 735 do Código Civil), por si também mostra-se como atividade de risco. Assim, em qualquer dos ângulos, não se deve mais falar desses fatos de terceiros como excludentes, porém, antes, como potencializadores do risco da atividade. Nesse sentido, julgado como o proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, de que “o arremesso de objeto, de fora para dentro do veículo, não guarda conexão com a atividade normal do transportador”, deve ser revisto (REsp 231.137/RS, 3ª T., STJ, rel. Min. Castro Filho, j. 29.10.2003, in *RT*, 823:158).

³²⁵ Ver art. 6º da Lei 6.453/77 (atividades nucleares), o qual permite que apenas a conduta exclusiva da vítima que cause danos a si mesma é que seja considerada eximente da responsabilidade daquele que desempenha a atividade nuclear, já que, para os danos daí advindos a terceiros, mantém-se a responsabilidade do explorador da atividade nuclear. O Decreto legislativo 2.681/12 também trata da exclusão da responsabilidade por conduta exclusiva da vítima.

³²⁶ Como assevera PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*, p. 149, “não se concebe um instituto jurídico sem defesas, sem excludentes”.

que melhor se adapta às condições de vida social” é o que se assenta no fato de que quem coloca em funcionamento alguma atividade deve responder pelos danos que dela advenham, o que configura a ‘*teoria do risco criado*’³²⁷.

Fazendo um histórico a respeito, Sílvio Venosa alerta que foi ao final do século XIX que apareceram as “primeiras manifestações ordenadas da teoria objetiva ou teoria do risco”³²⁸.

De acordo com o contexto em que se apurar o risco, ele assumirá uma forma distinta e, dessa maneira, justificará a responsabilização do lesante. Para a professora Giselda Hironaka, trata-se de uma “pluralidade de razões [de aplicação da teoria do risco]” que atesta o fato de a responsabilidade civil contemporânea não aceitar mais um só fundamento [absoluto] “como se pensou ser a culpa”³²⁹.

Analisaremos nos itens seguintes cada uma das formas mais comuns de risco, de modo a verificar qual ou quais delas o legislador do Código Civil tentou seguir a partir do parágrafo único do art. 927.

3.3.1 Risco-proveito

A teoria do risco-proveito assume a posição de que aquele que obtém benefícios, diretos ou indiretos, com o exercício de sua atividade deve reparar os danos dela advindos. Trata-se de uma contrapartida aos lucros ou benefícios auferidos pelo empreendedor, a qual nada mais significa do que aplicação de uma regra de equidade³³⁰.

A dificuldade, como bem enumera Sílvio Venosa, está justamente em se “evidenciar o proveito decorrente da atividade, que nem sempre fica muito claro”³³¹, porque se acaba atrelando o dever de reparar ao pressuposto da vantagem.

Fernando Noronha não usa essa terminologia, mas parece querer dizer a mesma coisa quando lista, como uma das hipóteses dos riscos de atividade compreendidas na responsabilidade objetiva, a do risco de empresa, o qual corresponde ao que deve ser assumido pela pessoa que “exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços”, quer resulte em danos inerentes ao

³²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. III, p. 366, e *Responsabilidade civil*, p. 269-270.

³²⁸ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 13.

³²⁹ *Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura*, p. 590.

³³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, p. 345; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p. 270.

³³¹ *Responsabilidade civil*, p. 106.

“processo produtivo ou distributivo”, quer em danos causados aos seus funcionários em geral³³².

Essa modalidade de risco tem por fundamento próximo a idéia de solidariedade, na medida em que não se permite, por uma questão de respeito ao outro e de igualdade de tratamentos, que quem se beneficia de uma atividade seja isento de, conseqüentemente, arcar com uma indenização pelos danos advindos da sua prática. É um mecanismo para alcançar a justiça distributiva.

De qualquer modo, o conceito de proveito não é fácil de se alcançar, não restando definido se é sinônimo de lucro, proveito econômico ou algum outro tipo de benefício, como uma projeção pessoal que não redunde em incremento financeiro.

Nesse sentido, como o parágrafo único do art. 927 do Código Civil não exige qualquer tipo de resultado financeiro ou lucrativo da atividade dita de risco, pode-se afirmar que o enfoque no risco-proveito pode ser conferido ao citado dispositivo legal.

O único inconveniente de utilizar o risco-proveito é o de que, apesar de o lesado precisar apenas demonstrar o nexos causal entre a atividade e o dano, ao argüir que aquele que detém o controle da atividade de risco deve responder porque auferiu benefícios ou proveitos pelo seu desempenho, acaba por chamar para si a demonstração do proveito, o que se tornará, por vezes, mais difícil do que se tivesse que demonstrar a culpa daquele.

Com base nesse entendimento é que se pode aceitar que a teoria do risco criado surgiu, em benefício do lesado, como um alargamento da teoria do risco-proveito, como veremos a seguir.

3.3.2 Risco criado

Essa vertente considera que, em razão do risco criado pela atividade, a pessoa que o propiciou e acabou por gerar danos a outrem deverá ser responsabilizada.

O risco criado é a modalidade de risco mais aceita como adequada à hipótese da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, e, nos dizeres de Sílvio Venosa, deve ser usada como “denominador para o juiz definir a atividade de risco no caso concreto”³³³.

³³² *Direito das obrigações*: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil, p. 485.

³³³ *Direito civil*: responsabilidade civil, p. 14. O mesmo autor, *Responsabilidade civil*, p. 107, afirma que essa é a teoria para interpretação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Ver, ainda, SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Comentários aos arts. 927 a 954 do Código Civil*, p. 820; GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen

Caio Mário afirma que, dentre “as modalidades de risco, eu me inclino pela subespécie que deu origem à teoria do risco criado. Como já mencionei, ao elaborar o Projeto de Código das Obrigações de 1965³³⁴, defini-me por ela, no que fui seguido pelo Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B). Depois de haver o art. 929 deste Projeto [atual art. 927] enunciado o dever ressarcitório fundado no conceito subjetivo, seu parágrafo único espousa a doutrina do risco criado (...)”³³⁵.

Na verdade, confrontando-se esta modalidade com a do risco-proveito, parece-nos que o risco criado poderia ser identificado como um tipo mais abrangente, na medida em que englobaria quer atividades geradoras de lucro, quer possíveis atividades que não tenham esse escopo mas que venham a ocasionar danos, sem cairmos nas dificuldades de delimitar qual o tipo de proveito.

Corroborando o entendimento majoritário, é possível vislumbrar esse tipo de risco a partir da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, já que a palavra “implicar” significa ter por conseqüência, criar, gerar a partir do desempenho da referida atividade os danos a terceiros.

Indo mais além, o risco criado deve significar não somente o risco ínsito a determinada atividade, pois, como veremos mais à frente, todas as atividades trazem certo risco. Deve compreender, ainda, o risco que não é inerente, mas que é criado em razão do emprego dos meios para o seu desempenho³³⁶.

Imagine-se uma empresa que fabrica óleo comestível do bagaço da soja, atividade que, por si, não pode ser concebida como de risco, pois não se vislumbra o perigo. Mas se essa empresa utilizar meios não atestados tecnicamente ou não certificados que venham a

Juris, 2004, p. 72-73 e 93; LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*, p. 204; GOMES, Luiz Roldão de Freitas. A responsabilidade civil subjetiva e objetiva no novo Código Civil, p. 457; CABRAL, Fernando Marques de Campos. Breves anotações sobre a responsabilidade da administração pública. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*, p. 120.

³³⁴ O referido projeto dispunha sobre essa teoria no art. 935, conforme citado no subitem 3.2.2. supra, nota 297, e no relatório da comissão elaboradora ficou assentado que se tratava da “aceitação da teoria do risco criado, a mais segura das modalidades de fixação da responsabilidade objetivamente considerada, pois que não recorre a nenhum subterfúgio, antes considera a realidade da vida cotidiana, em que a proliferação de perigos a que todos se expõem é tal, que se torna imprescindível dispensar a última de provar a culpa do agente, sem descambar para o plano oposto de reconhecer sempre ao lesado uma reparação ainda que não atribuível ao fato de alguém (ALVINO LIMA, DE CUPIS, VENIAMIN, CUNHA GONÇALVES, COVIELLO, BINDING, EMILIO BETTI, FERRARA, SALEILLES, JOSSERAND, WILSON MELLO DA SILVA, AMILCAR DE CASTRO)”.

³³⁵ Ver obra *Responsabilidade civil*, p. 274 e 284.

³³⁶ Nesse sentido é a interpretação conferida por FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva*, p. 146, conforme jurisprudência italiana sobre o art. 2.050 do Código Italiano.

gerar danos, poderá ser responsabilizada com fulcro no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Nesse sentido, importante que o citado dispositivo legal sofra uma adequação para que carregue essa forma de criação de risco, ou melhor, de perigo, como veremos nas considerações finais deste trabalho.

3.3.3 Risco profissional

Outro desdobramento da teoria do risco responde pelo nome de risco profissional, em que o dever de reparar os danos advém do desempenho de uma atividade laborativa por parte do próprio lesado, caracterizando-os como inevitáveis. É a hipótese desenvolvida na vertente dos acidentes de trabalho e que corresponde à idéia de uma contrapartida ao poder ou autoridade do patrão sobre seus funcionários.

Caio Mário, ao apontar sua posição, acaba por tratar o risco profissional como sinônimo do risco criado, informando que tal risco advém da prática “de mera atividade ou profissão do lesante”³³⁷. Com a devida vênia, parece-nos que esse jurista acabou, na verdade, por destacar os elementos que distinguem ambas as linhagens de risco.

Enquanto o risco profissional está atrelado à prática de uma atividade por aquele que a exerce na qualidade de trabalhador ou funcionário, o risco criado advém da propriedade dos meios de produção organizados para a consecução de determinada atividade-fim. Desse modo, a nomenclatura variará a depender da ótica em que seja analisada a ocorrência ou potencialidade de ocorrência do risco: relacionada com o lesante (risco criado pela atividade) ou com o lesado (risco pelo desempenho profissional de determinada atividade controlada por outrem).

Nesse sentido, essa modalidade de risco também se encaixaria na interpretação da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil³³⁸, justamente pela ausência de determinabilidade de quem seja o outrem lesado, independentemente do disposto no inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal, por ser medida que vai ao encontro dos novos princípios que envolvem a responsabilidade civil e que já foram estudados no item 3.1 e seus subitens.

³³⁷ *Responsabilidade civil*, p. 270.

³³⁸ Apesar de não fazer qualquer digressão a respeito do enquadramento dos acidentes laborais no referido dispositivo civil, LOPES, Rénan Kfuri. *Panorama da responsabilidade civil*, p. 269, identifica esta modalidade de risco a partir da interpretação do referido parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

3.3.4 Risco exacerbado ou risco integral

No campo das atividades nucleares, ficou assente a prevalência do risco exacerbado³³⁹ ou excepcional³⁴⁰ ou agravado³⁴¹, já que a sua prática implica a criação de riscos desmesurados que precisam ser reparados ainda que ausente umnexo causal, ou seja, ainda que em hipóteses como a do caso fortuito ou força maior, haja vista que estas excludentes são minimizadas ante a gravidade do risco e do potencial dano de tal atividade³⁴².

Essa modalidade de risco não cabe na hipótese do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, pois nesta há possibilidade da ocorrência de eximentes da responsabilidade justamente pela quebra do nexocausal, como foi analisado no subitem 3.2.5 supra.

3.3.5 Risco administrativo

Locução usada por autores pátrios³⁴³, como Fernando Noronha³⁴⁴, para expressar a teoria que prepondera em termos de relações com entes públicos e que diz com o risco que corre um ente público (pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos) ao desempenhar determinada atividade para a coletividade, independentemente de os danos virem a ser gerados apenas sobre um indivíduo, visto que há a redistribuição dos danos por toda a coletividade, ainda que de maneira indireta. É uma espécie da teoria do risco criado.

Trata-se, portanto, de uma modalidade de risco específica do campo das relações administrativas, em que uma das partes envolvidas é, obrigatoriamente, uma entidade

³³⁹ Denominação usada por BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria & prática*, p. 52.

³⁴⁰ Denominação usada por VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 14.

³⁴¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, p. 642, entende que mais apropriada seria essa designação, em vez de risco integral, pois a responsabilidade é excepcionalíssima, ocorrendo em determinadas situações em que, frente a um risco específico de determinada atividade, os casos fortuitos ou de força maior, bem como o fato de terceiro que tiver alguma vinculação com a atividade (“que puderem ser considerados riscos típicos da atividade”), não servirão como excludentes da responsabilidade.

³⁴² A Lei brasileira 6.453/77, em seus arts. 6º e 8º, permite que algumas excludentes sejam utilizadas para que se desfaça nexocausalidade entre a atividade e o dano.

³⁴³ Ver CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 252-253; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 800; CABRAL, Fernando Marques de Campos. *Breves anotações sobre a responsabilidade da administração pública*, p. 106; LOPES, Rénan Kfuri. *Panorama da responsabilidade civil*, p. 270; GOMES, Rogério Zuel. *Responsabilidade civil do Estado e a denúncia da lide ao funcionário público*. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sérgio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*, p. 324 e 338.

³⁴⁴ *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, p. 485.

estatal e que, por conta disso, tem uma disciplina específica, como apontam o § 6º do art. 37 da Constituição Federal e o art. 43 do Código Civil.

3.3.6 Risco-perigo

Conforme doutrina o autor Fernando Noronha³⁴⁵, o risco-perigo decorre da prática de atividades que colocam em perigo quer um, alguns ou toda a coletividade. Para o autor, esse último tipo de risco, apesar de ter precedido todos os demais, acabou por “assumir um papel meramente complementar”³⁴⁶.

Como se depreende das ponderações já feitas, diversos autores utilizam a expressão atividade de risco como sinônimo de atividade perigosa. Compulsando-se o dicionário, encontramos o verbete perigo como sinônimo de risco³⁴⁷. Juridicamente, no entanto, nos parecem distintas, como já apontado no subitem 3.2.2 supra.

Partindo dessa premissa, consideramos que a terminologia apresentada pelo jurista Fernando Noronha ajusta-se ao disposto na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, pois, como referimos linhas atrás, engloba as duas anteriores, a do risco-proveito e a do risco criado, na medida em que estas conceituam riscos em abstrato decorrentes da atividade criada ou proveitosamente desenvolvida³⁴⁸.

Assim, pelo que expusemos, esta concepção teria a vantagem de não se desvirtuar da já desenvolvida e arraigada teoria do risco no campo da responsabilidade objetiva, ao mesmo tempo em que retomaria a idéia original de perigo no desenvolvimento da atividade.

A frase de Eugène Gaudemet, para quem “toda manifestação de atividade implica em um risco”, cuja conseqüência é que “cada um deve suportar o risco de dano causado por um fato seu”³⁴⁹, parece propender para esse entendimento, em que o risco de dano seria, na verdade, o risco-perigo ou perigo concreto, ora exposto, já com o dano perpetrado.

³⁴⁵ *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, p. 485.

³⁴⁶ Neste exato sentido, BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*, p. 85-92.

³⁴⁷ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 564.

³⁴⁸ Como bem grifou a professora Giselda Hironaka, *Responsabilidade pressuposta*, p. 106, a palavra risco significa “ousar, arriscar” e, nesse sentido, quem ousa ou arrisca deve suportar os ônus decorrentes.

³⁴⁹ *Théorie generale des obligations*. Paris: Sirey, 1965, réimpression de l'édition publiée en 1937, p. 311, sendo que o requisito é que se trate de uma atividade exercida livremente e de forma razoável.

3.3.7 Risco do desenvolvimento

A idéia de inserir este tema aqui e não na parte em que tratamos das eximentes de responsabilidade dos que desempenham atividades de risco se deve ao fato de que entendemos que não se trata de uma espécie de excludente, mas, sim, de uma forma de risco que incrementa quer a do risco criado, quer a do risco-proveito³⁵⁰, apesar de delas se diferenciar, já que reforça a idéia de que, desde a fase de idealização até a de efetivo desenvolvimento das atividades, o seu responsável deve arcar com os danos daí advindos, bem como o fato de que o conceito de risco é relativo.

Nas claras palavras do jurista Zelmo Denari, os riscos do desenvolvimento³⁵¹ são aqueles “que correm os fornecedores por defeitos que somente se tornam conhecidos em decorrência dos avanços científicos posteriores à colocação do produto ou serviço no mercado de consumo”³⁵².

O referido autor traça um belo estudo sobre tais riscos, trazendo exemplos de produtos que, em virtude dessa limitação cognoscitiva, acabaram gerando danos de grandes proporções à saúde de inúmeras pessoas, e afirma que “entre os países europeus tem prevalecido a exclusão de responsabilidade na hipótese de riscos do desenvolvimento”, mesmo caminho trilhado pela experiência norte-americana³⁵³.

Como bem ressalta Sergio Cavalieri Filho, no campo das relações de consumo, não há unanimidade quanto a aceitar tal teoria como eximente da responsabilidade dos fornecedores, justamente porque, nessa situação, quem acabaria por pagar a conta seria o consumidor, que ficaria sem a possibilidade de reparação de danos advindos da aplicação de técnicas que, até onde se sabia, não eram fontes de riscos³⁵⁴.

Acolher tal eximente vai na contramão da nova perspectiva que se quer impingir à teoria da responsabilidade civil, que é a de minimização de danos e de situações irressarcidas, com lastro no princípio da solidariedade e no dever de segurança inculpidos

³⁵⁰ No sentido de que o risco do desenvolvimento encontra-se dentro da idéia de risco-proveito, ver TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, v. 2. (Série Concursos Públicos), p. 362.

³⁵¹ A respeito de algumas dissensões quanto ao uso dessa terminologia, ver o excelente trabalho do jurista CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, p. 175-176, e nota 270.

³⁵² DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 163, 1999, p. 140-210.

³⁵³ DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos, p. 187 e 199.

³⁵⁴ *Programa de responsabilidade civil*, p. 515.

constitucionalmente como obrigações estatais e, portanto, da sociedade em geral³⁵⁵, e no princípio da prevenção ou precaução³⁵⁶.

Reforçando sua preocupação, o jurista Sergio Cavalieri afirma que “os riscos do desenvolvimento devem ser enquadrados como *fortuito interno* – risco integrante da atividade do fornecedor”, o que implica sua não-exoneração pelos danos oriundos³⁵⁷, e que, nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, tanto no § 2º do art. 12³⁵⁸ quanto no § 2º do art. 14³⁵⁹, não traz referência a essa teoria.

Saliente-se que a corroborar esse entendimento há o enunciado 43 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, que compendiou a posição da doutrina majoritária sobre a interpretação do art. 931 do Código Civil – entendido como ampliação do conceito de fato do produto constante no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, conforme enunciado 42 da I Jornada de Direito Civil – no sentido de que “a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”³⁶⁰.

Na verdade, quando o referido artigo dispõe que um produto ou serviço não pode ser considerado defeituoso³⁶¹ pelo simples fato de ter sido posto no mercado outro de melhor qualidade ou desenvolvido com melhores técnicas, o legislador não tratou do risco do desenvolvimento, pois este corresponde a um defeito de concepção que ocasiona um “acidente de consumo por falta de segurança”³⁶².

³⁵⁵ Art. 3º, inciso I, e art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

³⁵⁶ Ver item 3.1.3 supra do presente trabalho. Especificamente no que tange à aplicabilidade dessa eximente no campo das relações de consumo existentes nos transportes, ver MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, p. 479 e 491.

³⁵⁷ *Programa de responsabilidade civil*, p. 515. Nesse sentido, ver ainda MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, p. 33.

³⁵⁸ “Art. 12 . (...) § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.”

³⁵⁹ “Art. 14 (...) § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.”

³⁶⁰ Cfr. NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*, nota 2 ao art. 931, p. 490.

³⁶¹ Segundo o Código de Defesa do Consumidor, tanto o produto (§ 1º do art. 12) quanto o serviço (§ 1º do art. 14) são considerados defeituosos quando não oferecem a segurança que deles legitimamente se espera, considerando-se as circunstâncias relevantes, entre as quais a época em que foram colocados em circulação ou fornecidos, respectivamente.

³⁶² CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, p. 246-247, segue a mesma idéia afirmando que os citados dispositivos legais propugnam pela preservação da segurança do consumidor na medida em que se referem a “riscos apresentados pelo produto [mas que] foram participados aos consumidores”, sendo certo que sua não-informação corresponde a um defeito que gerará a responsabilidade objetiva do fornecedor. Na hipótese de riscos “desconhecidos pela ciência e, em consequência, também pelo consumidor” que sejam descobertos posteriormente (riscos do desenvolvimento), houve violação da expectativa de segurança ensejadora de igual responsabilidade do fornecedor. Ressalva, apenas, que a terminologia usada para “o enquadramento dos riscos do desenvolvimento como hipótese específica de defeito (defeito do

Desse modo, conclui, “os avanços tecnológicos não tornam defeituosos os [produtos ou serviços]” introduzidos no mercado anteriormente aos que já trazem tais melhorias técnicas, sob pena de, em se admitindo o inverso, “condenar ao obsoletismo nosso parque industrial, pois estaria tolhendo todos os avanços tecnológicos próprios de uma saudável economia de mercado”, conforme nos aponta com grande exatidão o jurista Zelmo Denari³⁶³.

Contudo, esse último autor corrobora o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor não traz dispositivo na linha de uma teoria do risco do desenvolvimento, como preconizada pela Comunidade Econômica Européia na já tão estudada Diretiva CEE 374/85³⁶⁴, justamente porque tal solução não seria condizente com os novos tempos, em que se busca minimizar danos sem reparação, e isso com lastro profundo no princípio da dignidade da pessoa³⁶⁵.

Uma coisa é o lesante demonstrar que buscou cercar-se de todas as pesquisas e cuidados necessários para que o produto ou serviço posto à disposição do mercado não fosse defeituoso, outra é o dano em si concretizado em razão de técnicas ultrapassadas e que não pode passar irressarcido.

Saliente-se que essa modalidade de risco guarda, como não poderia deixar de ser, estreita ligação com as dos risco-proveito, uma vez que o fornecedor agrega lucros advindos da comercialização dos produtos ou serviços, e do risco criado, evolução desta, e que fundamenta a responsabilidade objetiva pela simples criação do risco, conforme doutrina Marcelo Junqueira Calixto³⁶⁶.

desenvolvimento), ou como hipótese já subsumida em uma das três espécies de defeito aceitas pela doutrina (defeito de concepção, defeito de informação e defeito de fabricação), fica em segundo plano”.

³⁶³ Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos, p. 164.

³⁶⁴ Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos, p. 163-164. Conforme aponta CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, p. 184, a referida diretiva propôs a não-responsabilização do fornecedor por danos derivados de produtos sob risco de desenvolvimento, mas permitiu que cada Estado-membro da CEE possa manter ou introduzir em sua legislação interna dispositivo em sentido contrário. O mesmo autor, na nota 287 de seu livro, informa que há um parecer da Comissão do Meio Ambiente, da Saúde Pública e da Política do Consumidor, de 26.1.2000, aprovado pela maioria, que, além de propor a revogação da referida excludente, advoga a “presunção do nexo causal entre defeito e dano ocasionado pelo produto” sujeito aos riscos do desenvolvimento, o que vem ao encontro de uma nova perspectiva de danos dentro da teoria da responsabilidade civil denominados danos intergeracionais ou transgeracionais, os quais, justamente pela evidência do nexo causal, acabariam por torná-lo presumido, bastando aos lesados a comprovação da ocorrência dos danos, como veremos mais à frente.

³⁶⁵ Nesse sentido, MIGUEL, Alexandre. *A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 809, p. 12-13, mar. 2003, p. 11-27, ressalva que já há julgados de tribunais europeus que em situações de risco à vida e saúde têm acolhido a responsabilidade do produtor, sem a eximente do risco do desenvolvimento.

³⁶⁶ *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, p. 249.

Diversamente das outras modalidades de risco, esta traz um componente que a diferencia: sua origem. O perigo pode ou não estar embutido no produto ou serviço, podendo ou não redundar em risco ou perigo concreto aos que dele se utilizarem em época posterior à sua colocação no mercado, em virtude de não se ter, nessa época, exata dimensão ou cognição de sua insegurança.

Já para as demais modalidades de risco, é a própria atividade em si que traz aparentes os perigos de riscos ou riscos de danos. Podem ou não ocorrer por uma questão meramente fática, mas que independe de qualquer avanço no estado da técnica aplicada ao produto ou serviço, ou técnica aplicada no desempenho de determinada atividade.

Esse risco apenas reforça o que falamos anteriormente no sentido de que a atividade deve ser considerada de risco em razão da análise temporal e espacial: apesar de até certa época não ser considerada de risco por conta de não se terem concretizados os riscos, quando estes se materializarem mediante o perigo gerado ela passará a ser considerada como “atividade normalmente desenvolvida”.

E, a partir dessa particularidade é que, com a devida vênia, questionamos o posicionamento do jurista Marcelo Junqueira Calixto, no sentido de que se deve firmar um prazo pelo qual o fornecedor ficará responsável por eventuais manifestações danosas oriundas da concretização do perigo advindo de produto ou serviço conforme atestado pelo desenvolvimento da técnica aplicada *a posteriori*.

Pelo que foi relatado, os riscos do desenvolvimento assemelham-se, em certa medida, a vícios ocultos, pois somente após certo tempo da utilização do serviço ou do produto é que vieram a aflorar os males geradores de danos.

Utilizando o raciocínio aplicado aos vícios ocultos (ou redibitórios), seria plenamente aceitável que o prazo para eventual demanda indenizatória só tivesse por termo inicial a ocorrência do dano cujo nexos causal deve ser, obrigatoriamente, o produto, o serviço ou a técnica defeituosa.

Nesse sentido, mister seja realizada uma alteração legislativa para se aplicar a teoria do risco do desenvolvimento, não como eximente³⁶⁷, mas, antes, como reforço da

³⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de direito civil*, t. II, entende que se deve operar uma alteração legislativa, em particular no Código de Defesa do Consumidor, de modo que ele disponha, expressamente, sobre o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade (p. 115), pois “as excludentes, como forma de temperar o risco do negócio, assumido, por força de lei, pelo empresário, ou defluem do sistema, ontológica ou logicamente vinculadas à própria existência do nexos causal; ou deverão ser previstas em lei” (p. 114), uma vez que “no sistema da responsabilidade objetiva, o dever de reparar decorre da qualidade inerente à atividade, consubstanciada no risco que lhe é próprio” (p.114). Apesar de não concordarmos com a conclusão do referido autor de que se deve manter o risco do desenvolvimento como eximente de responsabilidade,

idéia de responsabilidade, a partir dos arts. 927 e 931 do Código Civil, pela impossibilidade de usar por analogia o art. 441 do mesmo diploma legal, uma vez que aí não encontramos o resultado danoso como qualificativo do vício oculto.

Tal modificação deve dispor a respeito tanto do termo inicial para a contagem do prazo prescricional³⁶⁸ quanto do termo final, este, sim, necessário para se evitar a eternização da responsabilidade do fornecedor “por danos causados por produtos defeituosos [por riscos do desenvolvimento] lançados no mercado”, preocupação adequadamente externada pelo jurista Marcelo Junqueira Calixto³⁶⁹.

A sugestão modificativa será feita ao final deste trabalho.

O risco do desenvolvimento, portanto, pode ser usado para se interpretar a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil com a visão de que se trata de um braço do risco criado: todo aquele que, pela cadeia de desenvolvimento de sua atividade, possa tê-la como geradora de danos, ainda que em razão de situações posteriormente geradas e não previstas na época da condução das atividades, deve repará-los com base na criação de riscos, previstos ou não. Lembremos que nem mesmo a imprevisibilidade de fatores externos elide a responsabilidade, caso ela venha a ativar os riscos já inerentes, desencadeando o perigo e o conseqüente dano, conforme apontamos no subitem 3.2.5 supra.

Após a análise dos tipos de risco, veremos se é possível falar em imputação de risco a determinada atividade.

3.4 IMPUTAÇÃO NA TEORIA DO RISCO

Como já estudado, na responsabilidade objetiva não se apura a existência de culpa por parte daquele que desempenha atividade que venha a gerar o dano, colocando em discussão a questão de se poder ou não usar o termo imputabilidade.

A imputabilidade é um elemento que se contém na idéia de responsabilidade, pois, como assevera Miguel Maria de Serpa Lopes, enquanto esta última corresponde ao “fato de

como afirma ser tendência nos países da União Européia, é com base na idéia de que as atividades de risco têm este elemento como algo inerente, que não pode ser extirpado, que defendemos a idéia de que tal risco não pode ser usado como excludente de responsabilidade, mas deve sofrer limitação temporal para a sua utilização como argumento embasador da responsabilidade objetiva.

³⁶⁸ Quanto ao prazo prescricional, entendemos que deve ser o disposto na regra geral inculpada no inciso V do § 3º do art. 206 do Código Civil, qual seja, de três anos, não havendo a necessidade de ser aumentado para a profícua sugestão feita pelo jurista CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, p. 250, pois, até que seja concretizado o perigo, podem ter passado anos.

³⁶⁹ *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, p. 249.

alguém responder perante outrem”, a imputabilidade é a “possibilidade de se fazer referir um ato a qualquer atividade de uma pessoa”³⁷⁰.

A partir dessa distinção, é possível separar imputabilidade de culpabilidade. Sergio Cavalieri Filho³⁷¹ doutrina que a primeira corresponde à possibilidade ou capacidade de uma pessoa (física ou jurídica, acrescemos) vir a responder por danos que gerou na medida em que poderia e deveria ter agido para evitar tais danos. E conclui que a imputabilidade é pressuposto da responsabilidade geral³⁷².

Já a culpabilidade é elemento presente apenas na responsabilidade subjetiva e compreende uma atitude ou conduta voluntária do lesante, intencional ou não, no sentido de gerar danos a outrem.

Alvino Lima aceita a voluntariedade como elemento da culpa e afirma que por esse motivo, “grande número de tratadistas” doutrina que a culpa comporta dois elementos: “um objetivo, que consiste na *omissão de diligência comum* do *bonus pater familias*; e outro subjetivo, que consiste na *consciência do ato, no poder querê-lo, livremente podendo ou devendo prever as suas conseqüências*”³⁷³. A culpa, portanto, refletiria uma imputabilidade moral do autor do dano, já que serão apreciados suas condições subjetivas e seu estado de consciência ao atuar lesivamente³⁷⁴.

Antes, contudo, o autor fala em “fato violador do direito” como elemento da responsabilidade, o qual pode ou não vir acompanhado da culpa. Nessa última hipótese, entendemos que se configura a responsabilidade objetiva, remetendo o leitor à idéia de imputabilidade no conceito de Sergio Cavalieri, pois prescinde da análise do elemento volitivo e intencional da atitude do agente lesante³⁷⁵.

Analisando a questão das atividades provocadoras de risco ao direito de outrem, entendemos que o fato violador seria a própria atividade cujo desempenho é imputado ao sujeito que a desenvolve. Em virtude da ausência de demonstração de culpabilidade, em havendo danos a terceiros, a responsabilidade torna-se objetiva: basta a prova do nexo causal ou elo de ligação entre o desempenho da atividade que lhe é imputada e o dano propriamente dito.

³⁷⁰ *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, v. V, p. 163.

³⁷¹ *Programa de responsabilidade civil*, p. 49-54.

³⁷² Nesse sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade civil*, p. 140.

³⁷³ *Culpa e risco*, p. 67.

³⁷⁴ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 69, conceitua a culpa como “um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato”.

³⁷⁵ *Culpa e risco*, p. 53.

Como ponto de partida, tomem-se as palavras de Fernando Noronha³⁷⁶, que trata da imputabilidade de maneira genérica (nexo de imputação) como um dos pressupostos da responsabilidade civil. Assim, na subjetiva, o dano seria imputado ao agente como decorrência de sua atuação culposa (*lato sensu*)³⁷⁷, ao passo que na objetiva a imputação adviria tão-somente da prática da atividade realizada no seu interesse.

Prosseguindo, esse autor esclarece que o nexo de imputação corresponde ao “elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este”³⁷⁸. Trata-se da imputação pelo risco e que se encontra expressa no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Ela guarda um aspecto subjetivo, na medida em que se liga ao agente que desempenha a atividade, mas que em nada se relaciona com o elemento culpa.

Não há que se confundir, portanto, a imputabilidade, que, apesar de se referir ao sujeito do ato lesivo (e, neste aspecto, pode ser configurada como subjetiva), é ato neutro, sem qualquer alusão à subjetividade da conduta do autor do dano (se agiu pela sua vontade consciente ou não), com a culpabilidade, que exige essa adjetivação da conduta de modo a se perquirir se agiu com culpa *stricto sensu* ou dolo³⁷⁹.

Mesmo porque, pensando-se na redação anteriormente sugerida para o atual dispositivo do Código Civil, observa-se que foi extirpada a parte que tratava da exoneração da responsabilidade se demonstrado que o autor tomou todas as medidas para evitar o dano (não-omissão de diligência), o que configuraria a hipótese não como uma responsabilidade objetiva, mas como mera presunção de culpa, com a conseqüente inversão do ônus probatório.

Ressalte-se que, na responsabilidade objetiva agravada, não é possível encontrar o elemento imputabilidade, já que a pessoa é obrigada a reparar danos independentemente de eles serem conseqüência de alguma atitude sua. Como pondera Fernando Noronha, são danos “simplesmente acontecidos”³⁸⁰ no decorrer da prática da atividade, e que podem até mesmo advir da atitude de um dos próprios lesados. Veja-se o exemplo da atividade nuclear.

³⁷⁶ *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, p. 467.

³⁷⁷ Esta é a posição defendida por GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 11-12, a qual entendemos parcialmente correta, posto que, como abordamos acima, a imputabilidade não se subsume na culpabilidade, existindo também na responsabilidade objetiva.

³⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 471.

³⁷⁹ Como bem afirma DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 589, “a imputabilidade se determina com abstração de qualquer idéia de culpa”.

³⁸⁰ *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, p. 467.

Plenamente possível, portanto, falar em imputabilidade da conduta como meio de se atribuir a responsabilidade lastreada na ocorrência do evento danoso a partir da atividade desenvolvida, e sem que isso se confunda, ainda, com o nexo de causalidade, que, na hipótese, corresponde ao elo entre a prática da atividade que gerou o risco – já legalmente delimitado, ou a receber uma configuração judicial – e o dano, como veremos no item seguinte.

3.5 NEXO DE CAUSALIDADE E CONCORRÊNCIA DE RISCOS

Para que exista e se configure a obrigação de reparar, é imprescindível que entre o dano e a conduta ofensiva haja um liame, uma relação causal ou, simplesmente, um nexo de causalidade, o qual deve ser provado na ação de indenização movida pelo lesado em face do lesante, quer no campo da responsabilidade subjetiva, quer no da responsabilidade objetiva.

Jairo Gomes traduz esse elemento como sendo “uma relação imputacional em que um resultado é imputado a uma pessoa, a qual deverá por ele responder para fins de ressarcimento de dano verificado”³⁸¹. Com a devida vênia, acreditamos que tal conceituação mostra-se equivocada, haja vista que nexo causal não se confunde com imputabilidade, como já advertimos.

Serpa Lopes³⁸² afirma que o nexo causal correlaciona-se aos “elementos objetivos, externos” representativos da “atividade ou inatividade do sujeito” que venham a macular interesse ou direito de terceiro mediante a produção de um “dano material ou moral”, ao passo que a imputabilidade tem conteúdo meramente subjetivo, pois refere-se unicamente às características ou condições pessoais do sujeito que atingiu a esfera alheia, causando um prejuízo, e que serão avaliadas de maneira a se perquirir se ele poderá ou não ser responsabilizado³⁸³.

³⁸¹ *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 282.

³⁸² *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, p. 196-197 e 219. Ver, ainda, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 60-61.

³⁸³ Como exemplo, destaca-se o disposto nos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, que tratam da capacidade e que têm repercussão nos arts. 928 e 932, incisos I e II, do mesmo diploma legal a respeito da capacidade dos menores em responder por seus atos que venham a causar danos a outrem. Ver, ainda, COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. *Responsabilidad civil y relación de causalidad: responsabilidad por productos elaborados*. In: *Seguros y Responsabilidad Civil*, n. 5. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 1984, p. 28, que diferencia causalidade, que é a “imputação física ou fática do resultado, com apoio objetivado”, da culpabilidade, correspondente a uma “imputação com sentido subjetivo, pois entre a consciência do sujeito e o julgamento desse comportamento existe um amparo moral”, idéia reforçada pela doutrina de FACIO, Jorge Peirano. *Responsabilidad extracontractual*.

Concordamos, em parte, com tal assertiva. A imputabilidade tem, como visto, uma característica subjetiva por visar a demonstrar que determinada atividade ou atitude tem ligação com certa pessoa que a desenvolve ou a pratica. Mas não pode ser tomada como sinônimo de culpabilidade, uma vez que esta busca perquirir a real motivação do agente lesante: dolosa ou culposa.

Assim, nexu causal também não se confunde com imputabilidade. Enquanto aquele só surge com a ocorrência do dano e serve para demonstrar a ligação conseqüencial entre a atividade desempenhada e o evento danoso e, portanto, estipular quem deve ou não responder, a imputabilidade é mero juízo de atribuição de determinada atividade ou ato a alguém, independentemente da ocorrência ou não do dano. Sabe-se que determinada pessoa é a responsável pelo desempenho da atividade, mas daí a afirmar que essa atividade é geradora de danos mister que exista o liame, o nexu de causalidade.

Nos dizeres do jurista Caio Mário, o nexu causal é “o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil, e o mais difícil de ser determinado”³⁸⁴. Tanto isso é verdade que os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁸⁵ reconhecem que tal matéria é “mal compreendida”, inclusive pelos juízos e tribunais, gerando “posicionamentos confusos” em prejuízo da segurança e da certeza jurídicas.

Essa dificuldade é dividida por Gisela Sampaio da Cruz em duas frentes, relativas aos aspectos da prova e da identificação do fato que representa a verdadeira causa do prejuízo³⁸⁶.

No que tange à questão da prova, tem havido uma certa flexibilização para se tentar proteger o maior número possível de vítimas. Assim, a questão da inversão do *onus probandi*, nas situações de presunção de culpa, é um exemplo típico dessa flexibilização, em que “a probabilidade substitui o elemento de necessidade para se estabelecer a responsabilidade civil”³⁸⁷.

Montevideu: Barreiro y Ramos, 1954, p. 407, que acresce que ambos os conceitos são independentes, podendo um existir sem o outro.

³⁸⁴ *Responsabilidade civil*, p. 76. Nesse sentido, NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, p. 588, também o considera um ponto difícil. Já para CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 70-71, “trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades”.

³⁸⁵ *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, v. III, p. 96.

³⁸⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*, p. 27. Ver também VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 42.

³⁸⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*, p. 261.

Relativamente à identificação do fato que constitui a efetiva causa do dano, inúmeras teorias foram desenvolvidas³⁸⁸: a da equivalência das condições, da causa próxima, da condição mais eficiente, da preponderância e da causalidade adequada.

A teoria da equivalência das condições ou dos antecedentes causais ou da causalidade naturalística ou, simplesmente, *conditio sine qua non*, foi formulada no campo jurídico penal pelo magistrado do Tribunal Superior Alemão Von Buri, em 1860, influenciado pelo pensamento filosófico de Stuart Mill³⁸⁹, para quem “todas as forças que cooperam para a produção do resultado são igualmente essenciais, não podendo ser desprezadas”, conforme salienta José Jairo³⁹⁰. Essa foi a teoria acolhida pelo legislador do Código Penal Brasileiro, em seu art. 13³⁹¹.

Ocorre que seu maior inconveniente, na esfera civil, é que a ligação causal acaba sendo levada ao infinito (*regressus ad infinitum*), responsabilizando todos os envolvidos na cadeia de fatos, o que na prática é, no mínimo, injusto³⁹². Por isso, como afirma Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, “os cultores do Direito Civil não abraçaram essa teoria”³⁹³.

³⁸⁸ Ver LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*, p. 307-310; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 95; CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. III, p. 577-580; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, p. 36-53; GOLDENBERG, Isidoro H. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 1989, p. 15-43; FACIO, Jorge Peirano. *Responsabilidad extracontractual*, p. 410-426.

³⁸⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal (nova interpretação)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 33-34, é quem evidencia que Von Buri, interpretando a contrário senso a doutrina de Stuart Mill, para quem a causa seria qualquer das condições – negativas e positivas – que compõem a somatória da totalidade dos antecedentes causais, desenvolveu a idéia de que todas as condições que por um raciocínio posterior se conseguir demonstrar tenham sido necessárias à ocorrência do evento danoso serão consideradas equivalentes para a produção desse resultado e, portanto, devem ser consideradas causas. Von Buri desenvolveu essa teoria, segundo NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, p. 590, ao tentar esclarecer o porquê de o cúmplice poder ser responsabilizado em crimes cometidos por outrem (o autor real).

³⁹⁰ *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 283. Ver também GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 96-97.

³⁹¹ “Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.” Mas Fernando Noronha entende que mesmo no campo penal ela já está superada. Ver sua fundamentação em *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, p. 592-593. No campo civil Agostinho Alvim (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 345 e 373), ressalva que essa foi a teoria aceita no Anteprojeto de Código das Obrigações de 1941.

³⁹² Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 6, p. 6, abr./jun. 2001, p. 3-19; e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 538. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, p. 38, lembra que essa teoria não pode ser utilizada na esfera civil, pois há a responsabilidade objetiva, “em que sempre deve existir uma relação de causalidade para que nasça a responsabilidade”, ou seja, o dano deve estar conectado diretamente àquela causa certa e imediata.

³⁹³ *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 99.

A teoria da causa próxima, desenvolvida pelo filósofo Francis Bacon no século XVI, levava em conta o fator temporal: seria causa aquele evento ou ato que se encontrasse mais próximo ao resultado final (*proximate cause*). Nos dizeres de Gisela Sampaio da Cruz, essa teoria influenciou o direito francês, o italiano e, de certo modo, o brasileiro, que “limitaram a indenização devida aos danos que fossem consequência ‘direta e imediata’ da inexecução”³⁹⁴.

O equívoco dessa teoria é ater-se a um elemento só – o cronológico – sem considerar a causa real que poderia ser anterior àquele evento último, ou mesmo ser composta por concausas, o que também se mostrará, muitas vezes, injusto.

Já a teoria da condição ou causa mais eficiente ou mais adequada³⁹⁵, desenvolvida na Alemanha, entende por causa o “elemento ou ato que tivesse eficácia preponderante na produção do resultado”. O que importa é o acontecimento que “estabeleceu a relação causal de maior grau de eficiência no resultado”³⁹⁶. Haveria sempre um antecedente que, em razão de algum intrínseco poder, qualitativa ou quantitativamente apurado, seria a verdadeira causa do evento.

No que tange à teoria da preponderância ou da causalidade voluntária ou da causa preponderante, entende-se por causa tão-somente aquele fato ou evento que rompe com o equilíbrio das forças ou fatores favoráveis (condições positivas) e adversos (condições negativas) à produção do resultado danoso. É necessário identificar o ato que, rompendo com esse equilíbrio anteriormente estabelecido, imprime direção decisiva para a produção do prejuízo.

A dificuldade das duas últimas teorias – da causa eficiente e da causa preponderante – encontra-se em estabelecer, no caso concreto, qual das múltiplas causas seria a mais eficiente ou preponderante para ocasionar o dano. Por esse motivo, ambas caíram no desuso, estando ultrapassadas.

Por fim, a teoria da causalidade adequada³⁹⁷, formulada em 1871 na Alemanha pelo filósofo Von Kries, tem um viés subjetivo, pois, para se verificar a adequação da

³⁹⁴ *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*, p. 54.

³⁹⁵ Para COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, p. 43-45, essa teoria “se encontra muito unida e vinculada à da causa adequada sendo que ambas devem ser apreciadas *in abstracto*”.

³⁹⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*, p. 58.

³⁹⁷ O Código Civil Argentino vale-se dessa teoria para solver os problemas relacionados ao nexa de causalidade, conforme informa ROSAS, Cristian Patricio. *Daños derivados de actividades riesgosas*, p. 61, ressaltando que “a adequação da consequência à causa se julga em relação à previsibilidade em abstrato, ou seja, ao que é previsível para um homem médio dotado de uma inteligência normal” (tradução livre).

causa, faz-se um “juízo retrospectivo de probabilidade”³⁹⁸, questionando-se se a ação ou omissão analisada é, por si, apta ou adequada a produzir normalmente aquele dano específico (a relação entre causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza).

A avaliação é feita, portanto, em abstrato, de acordo com as leis da natureza, com base na experiência de vida. “Considera-se como tal [causa] aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea para gerar o evento”, conforme Sergio Cavalieri³⁹⁹.

Nesse sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho resume que, por essa teoria, “para se considerar uma causa ‘adequada’, esta deverá, abstratamente, e segundo uma apreciação probabilística [de acordo com a experiência do julgador], ser apta à efetivação do resultado”⁴⁰⁰.

A crítica feita pelos citados autores, com a qual estamos de acordo, é que tal teoria acaba deixando à discricionariedade judicial a avaliação, abstrata, do fato narrado como sendo ou não apto a causar o resultado danoso, o que pode levar o intérprete a se afastar por demais do caso posto sob seu julgamento.

Independentemente das diferentes vertentes adotadas em cada uma das teorias, o que importa, em todos os casos de responsabilidade civil, “é estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe um nexos causal. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir”, uma vez que se trata de uma “*quaestio facti*”, nos dizeres de Caio Mário⁴⁰¹.

Como afirma Sergio Cavalieri Filho, “os nossos melhores autores” entendem que, no campo da responsabilidade civil, a teoria da causalidade adequada é a que melhor explica o nexos causal, em que o fato mais adequado e idôneo a produzir o dano será a causa determinante da responsabilidade⁴⁰².

Esse mesmo autor afirma que no atual Código Civil não há dispositivo específico sobre o nexos causal, mas, por força do entendimento doutrinário e jurisprudencial, o art. 403, que espelha fielmente o antigo art. 1.060 do Código Civil de 1916, pode ser usado para tanto⁴⁰³.

³⁹⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*, p. 64.

³⁹⁹ *Programa de responsabilidade civil*, p. 73; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. Responsabilidad civil y relación de causalidad, p. 45-53.

⁴⁰⁰ *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 99.

⁴⁰¹ *Responsabilidade civil*, p. 82.

⁴⁰² *Programa e responsabilidade civil*, p. 73.

⁴⁰³ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 96, afirma que, “em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1060 do Código Civil [atual art. 403], a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal”. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, n. 226, p. 370-371, afirma que a “teoria da necessariedade da causa não tem o condão de resolver todas as dificuldades

Pode-se afirmar que o art. 403 do Código Civil de 2002 baseou-se no art. 1.223 do Código Civil Italiano⁴⁰⁴ (de 1942), o qual dispõe que o ressarcimento do dano por inadimplemento ou pelo atraso deve compreender quer a perda sofrida pelo credor, quer o lucro não auferido, enquanto sejam deles consequência imediata e direta. Interpretando esse artigo, De Cupis esclarece que, nesse sentido, os danos diretos e imediatos serão sempre indenizados posto suscitarem um nexo de condicionalidade⁴⁰⁵.

Contudo, tal teoria não permitia que os danos indiretos e mediatos fossem ressarcidos, ante uma interpretação mais restrita do art. 1.223 do Código Civil Italiano, justamente para se evitar que “o ressarcimento assumisse proporções exageradas”⁴⁰⁶. De Cupis desenvolveu, assim, a Teoria da Regularidade Causal, a qual segue, com poucas alterações, a mesma linha da Teoria da Causalidade Adequada, e que propugna como causa a condição que de modo regular concorre para a produção de efeitos⁴⁰⁷.

No entanto, como esclarece Gisela Sampaio da Cruz, a citada teoria “não costuma ser tratada pela doutrina especializada com autonomia, pois é considerada apenas uma variante, ora da Teoria da Causalidade Adequada, ora da Teoria do Dano Direto e Imediato”, e a própria jurista também entende que a causa regular se aproxima, ontologicamente, da causa adequada⁴⁰⁸.

Gisela ressalta a confusão conceitual feita, no Brasil, entre essas teorias e a atribui à falta de um estudo doutrinário aprofundado do tema. Para tanto, extrai trechos da obra já citada de Sergio Cavalieri, em que o autor aproxima as teorias da causa adequada e a do dano direto e imediato sem considerar suas diferenças, tal como a preocupação com a interrupção do nexo causal que é objeto de estudo da teoria do dano direto e imediato, mas não o é da causa adequada (esta teoria destaca a multiplicidade de fatores causais, o que, no curso normal, provocaria o dano)⁴⁰⁹.

práticas que surgem, mas é a que de modo mais perfeito e mais simples cristaliza a doutrina do dano direto e imediato”.

⁴⁰⁴ “Art. 1223 Risarcimento del danno. Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta” (tradução livre). R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile. (Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942 Código Civil Italiano. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 3 nov. 2008.

⁴⁰⁵ *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, 2. ed., v. 1, Milano: Giuffrè, 1966, p. 201. (p. 200) (tradução livre).

⁴⁰⁶ *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, p. 200 (tradução livre).

⁴⁰⁷ “O responsável responderá também pelos danos indiretos, mas somente enquanto sejam verificados segundo o curso ordinário das coisas; não responde, ao contrário, se decorrerem de fatos que sejam divergentes da normalidade” (tradução livre) (p. 202).

⁴⁰⁸ *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, p. 77.

⁴⁰⁹ *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, nota 156, p. 85.

A teoria de De Cupis, na verdade, não é a que serviu de fundamento para a redação do art. 403 do Código Civil (correspondente ao antigo 1.060 do Código Civil de 1916), mas, antes, a teoria do dano direto e imediato (ou teoria da interrupção do nexo causal), assim entendida de acordo com grande parte de nossos doutrinadores, como afirma Gisela Sampaio da Cruz⁴¹⁰.

Várias subteorias ou escolas surgiram para tentar elucidar as dúvidas decorrentes da interpretação e/ou aplicação da citada teoria, como a escola da causalidade jurídica⁴¹¹, a de Coviello⁴¹², e a da necessariedade da causa. De qualquer modo, não foram novas teorias, mas apenas “variantes doutrinárias” da teoria do dano direto e imediato.

Das citadas escolas, a que ganhou mais projeção e teve o mérito de melhor esclarecer o sentido do dano direto e imediato foi a da necessariedade. Assim, o dano deve ser aquele necessariamente advindo do ato ou fato ou atividade. Não se trata da causa mais próxima (não se considera o fator temporal), mas, sim, da que necessariamente causou o dano a ser reparado. Surgindo outra causa, esta romperá o nexo causal.

E não somente com a interposição da conduta de terceiro ou do credor é que se romperá a causa mas também quando a “causa necessária for um fato natural”, na medida em que “o legislador, no art. 403 do Código Civil, se recusou a sujeitar o autor do dano a todas as nefastas conseqüências do seu ato, quando já não ligadas a ele diretamente”, nos dizeres de Gisela Sampaio da Cruz⁴¹³.

Como leciona a mesma autora, não obstante ser a citada subteoria da necessariedade da causa a que melhor explicita o sentido do art. 403 do Código Civil de 2002, ela não chega a resolver todos os problemas, não servindo, por exemplo, quando há duas ou mais causas que, isoladas, explicariam o mesmo dano com exclusividade (causas concomitantes). Nesse caso, imprescindível valorar a preponderância de cada uma das causas, excluindo-se aquelas não tão eficazes para a produção do resultado. Sendo

⁴¹⁰ *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, p. 107; ver, em particular, nota 192, que menciona diversos autores nacionais.

⁴¹¹ Criada por Tomaso Mosca, que entende que, se, numa complexidade de elementos naturais e voluntários da qual decorre um evento danoso, existe um fato ilícito, este é juridicamente a causa daquele evento e os demais elementos, meras condições. Havendo mais de um fato ilícito, deve-se considerar como causa relevante apenas o último.

⁴¹² Essa escola visava às situações em que o devedor já se encontrava em mora e, nesse período, restava impossível o cumprimento da obrigação por caso fortuito ou força maior. Nesse caso, Coviello doutrinava que, se afastando a conduta do agente ainda permanecia o dano, então rompido estaria o nexo de causalidade. O art. 957 do Código Civil de 1916 continha dispositivo nesse sentido, o qual foi reproduzido no art. 399 do Código Civil de 2002.

⁴¹³ *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, p. 105-106.

impossível estipular qual a causa necessariamente preponderante, reparte-se o dever de indenizar com respaldo na culpa concorrente.

Após um levantamento jurisprudencial⁴¹⁴, a citada autora conclui que a teoria do dano direto e imediato, lastreada na escola da necessariedade, é a que tem sido utilizada pelos nossos tribunais para o estabelecimento do nexo causal nas causas de responsabilidade civil, não obstante a confusão terminológica existente.

De qualquer modo, cada caso de responsabilidade civil exigirá do julgador um exercício de adequação dos fatos, estabelecendo a possível relação de causa e efeito existente entre eles, sem necessariamente pensar, antes, em qual das teorias irá aplicar. O que importa é que a causa encontrada seja apta a produzir o prejuízo a ser reparado (existência da relação imputacional)⁴¹⁵.

Como asseverou Gisela Sampaio⁴¹⁶, “nenhum código de princípios causais, entretanto, irá determinar as respostas para todos os problemas”, sendo certo que o nexo causal, sempre que possível, deverá ser apurado no exame do caso concreto, a partir de juízos de valor com base nas normas existentes.

Assim, sem adentrar na diferenciação feita pelas diversas teorias, entendemos que se pode afirmar que a causalidade deve ser determinada com base em critérios razoáveis, que atestem que uma dada causa é mesmo a determinante do evento danoso.

Apenas para evidenciar a dificuldade em se precisar uma resposta para o tema, transcrevemos extrato de texto do professor Gustavo Tepedino⁴¹⁷, que conclui:

“A despeito das teorias nominalmente adotadas pelos Tribunais brasileiros, prevalece amplamente a *investigação do nexo causal necessário* para a definição do dever de reparar. Em termos práticos, chegam a resultados substancialmente idênticos, na jurisprudência brasileira, os autores da teoria da causalidade adequada e da teoria da interrupção do nexo causal, empenhados em identificar o liame de causalidade necessária entre uma causa remota ou imediata – desde que se trate de causa relativamente independente – e o resultado danoso.”

⁴¹⁴ *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, p. 122-150.

⁴¹⁵ Nesse sentido, CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 71-72 e 77, é claro ao afirmar que as teorias fornecem um “roteiro mental” em busca da “melhor solução”, e o julgador sempre poderá usar sua “criatividade”, desde que observe os “princípios da probabilidade, da razoabilidade, do bom senso e da equidade”. E conclui afirmando que o nexo causal deverá ser “examinado e determinado caso a caso”, exigindo-se do julgador “alta dose de bom senso prático e da justa relação das coisas”. Ver RE-AgR481110, 2ª T., STF, rel. Min. Celso de Mello, j. 6.2.2007, v.u., in *RCJ* v. 21, n. 134/91: “A comprovação da relação de causalidade – qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário – revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar”.

⁴¹⁶ *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, p. 152-153.

⁴¹⁷ Notas sobre o nexo de causalidade, p. 10.

Ainda dentro do nexos causal, imprescindível que se avalie a conjugação de condutas das partes envolvidas a fim de analisar se é possível, em sede de responsabilidade objetiva, falar em divisão ou concorrência de riscos.

O Código Civil traz expresso em seu art. 945⁴¹⁸, para as hipóteses de responsabilidade subjetiva, o “princípio da indenização proporcional nos casos de responsabilidade concorrente”, embasado na teoria da causalidade adequada, conforme esclarece Neri Tadeu Camara Souza⁴¹⁹, em que cada parte assume sua parcela na geração do dano, arcando com a obrigação ressarcitória na medida de sua atuação.

Ocorre que, como se pode perceber em alguns julgados⁴²⁰, anteriores ou posteriores à entrada em vigor do atual Código Civil, em casos envolvendo acidentes em estradas férreas, em que se considerou haver parcela de culpa por parte da vítima, seja esta transportado ou terceiro, o julgador acabou por aplicar a referida teoria, justamente por entender que ambas as partes contribuíram para a ocorrência do evento lesivo.

Não obstante, na época em que foi publicada a legislação aplicável às estradas de ferro, entender-se que seus dispositivos materializavam a aplicação da teoria da presunção da culpa, a doutrina veio se consolidando no sentido de afirmar que tal legislação corresponde, na verdade, à teoria da responsabilidade objetiva⁴²¹.

Para o presente trabalho importa analisar a responsabilidade do transportador perante os terceiros, não passageiros, haja vista que atualmente, para a primeira situação, há regra específica disposta no art. 734 do Código Civil.

⁴¹⁸ “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

⁴¹⁹ Teoria da culpa no erro médico. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=614>>. Acesso em: 20 out. 2005.

⁴²⁰ REsp 778.466/SP, 3ª T., STJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 16.5.2006, v.u., in *Revista da Associação dos Advogados de São Paulo* (AASP) 2516, p. 1-2; REsp 437.195/SP, 4ª T., STJ, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 19.6.2007, v.u.. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=culpa++e+concorrente&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15>>. Acesso em: 17 maio 2008.

⁴²¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ausência de responsabilidade civil do transportador. Culpa de terceiro. Inexistência de nexos causal. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, nova série, ano 4, n. 7, p. 191-205, jan./jun. 2001, p. 194, afirma que se trata de “responsabilidade contratual objetiva, por culpa presumida”, enquanto VENOSA, Silvío de Salvo. Debates no período da tarde..., afirma que o referido decreto já trazia em seu bojo a responsabilidade civil objetiva. Verifica-se que, no início do século passado, em virtude das transformações sociais que repercutiam no campo da responsabilidade civil, ela era entendida como uma “responsabilidade de culpa presumida”, mas, posteriormente, definida como objetiva, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, pelo motivo esclarecido por CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 318-319: não se tratava de presunção de culpa, mas, sim, de real responsabilidade objetiva, haja vista que não existia no texto da lei possibilidade de o transportador, invertendo o ônus probatório, demonstrar que não agiu com culpa. Apenas poderia alegar e provar a exclusão do nexos causal pela culpa exclusiva da vítima ou ocorrência de caso fortuito ou força maior. Trata-se de presunção de responsabilidade.

Assim, analisando uma situação em que houve acidente férreo, a par da responsabilidade objetiva do transportador pelo desempenho de atividade de risco, pode haver, do lado da vítima, um comportamento que tenha desencadeado o dano.

Esse fenômeno, que tem respaldo no art. 945 do Código Civil, é o da concorrência de causas⁴²². A responsabilidade de cada uma das partes envolvidas é distinta: para o transportador, por força de lei, não se irá indagar da prova da sua culpa. Bastará a verificação e prova do dano, bem como do nexa causal, para que se confirme sua responsabilidade. Já à vítima poderá o juiz, com embasamento na argumentação trazida pelo lesante, atribuir parcela de responsabilidade, assentada na culpa *lato sensu*⁴²³.

Neste ponto, interessante destacar o entendimento esposado pelo professor Agostinho Neves de Arruda Alvim – jurista que compôs a Comissão elaboradora e revisora do Código Civil, presidida por Miguel Reale, e que ficou responsável pela parte sobre o direito das obrigações – ao comentar sobre o parágrafo único do art. 969⁴²⁴ do anteprojeto revisto em 1973. Entendeu ele que “a responsabilidade (pelo risco) não coincide inteiramente com a responsabilidade que independe de culpa”, sob o fundamento de que podem existir casos em que a culpa da vítima será questionada e, portanto, apesar de ainda ser caso de responsabilidade objetiva do agente, não se poder falar em responsabilidade pelo risco⁴²⁵.

Perspicaz e de total inteligência a observação do ilustre jurista. Assim, mesmo em sendo o risco ínsito a determinada atividade, caso a conduta exclusiva da vítima seja a única desencadeadora dos danos, deve-se excluir a responsabilidade daquele que desempenha dita atividade de risco, sob pena de se estar frente a frente com a

⁴²² Nesse sentido, ver CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 66-68 e 82; GONÇALVES, Carlos Roberto. Parte especial: do direito das obrigações, p. 523-524. CABRAL, Fernando Marques de Campos. Breves anotações sobre a responsabilidade da administração pública. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*, p. 109-110, cita um acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apel. Cível 2001.001.7806, em que ele atuou como desembargador e no qual foi aplicado o princípio da indenização proporcional. O autor entende que, na teoria da responsabilidade objetiva, pode-se sair por essa idéia que não corresponde a uma concorrência de culpas, mas de causas determinantes, havendo uma mitigação da responsabilidade do agente causador frente à atuação da vítima (atuação imprudente e descuidada, como no caso do transporte ferroviário).

⁴²³ PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*, p. 116, entende que, para apreciação da excludente em tela, não se faz necessária a prova da conduta culposa da vítima. Discordamos, pois se não está assente na responsabilidade objetiva, trata-se de responsabilidade subjetiva, em que se deve atestar a culpa em sentido amplo do co-autor dos danos.

⁴²⁴ “Art. 969 (...) Parágrafo único. Todavia, haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas” (*Código Civil: anteprojetos*, v. 5, t. 2, p. 233).

⁴²⁵ *Código Civil: anteprojetos*, v. 5, t. 2, p. 52.

responsabilidade objetiva integral, esta limitada a situações legalmente regradas, como a atividade nuclear.

Em situação diversa, quando a conduta da vítima não for a que exclusivamente causou o dano, poderá ocorrer uma divisão de responsabilidades, com base no art. 945 do Código Civil, podendo haver o risco ou a culpa de qualquer dos lados, agente e lesado⁴²⁶.

Trata-se de justiça distributiva que implica o afastamento ou, ao menos, o tangenciamento do argumento de alguns juristas que vêm no parágrafo único do art. 927 do Código Civil um óbice ao desenvolvimento de novas atividades, ou mesmo à manutenção de outras já existentes, por força da ampliação das situações de aplicabilidade da teoria da responsabilidade objetiva. De qualquer modo, a pretensa insegurança representada por tal dispositivo poderá ser minimizada ante a mitigação da reparação devida, com lastro no art. 944 do Código Civil, como veremos no item a seguir.

3.6 MITIGAÇÃO DO IMPACTO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 PELO ART. 944 DO CÓDIGO CIVIL

O art. 944 do Código Civil, ao dispor que a “indenização mede-se pela extensão do dano”, permite ao julgador, com base em seu parágrafo único, reduzir a indenização, de forma eqüitativa, caso haja desproporção excessiva entre a gravidade da culpa e o dano.

Não obstante tratar de culpa, o citado dispositivo pode e deve ser aplicado ao danos advindos da prática de atividades de risco, pois a idéia central é a de justamente tentar um equilíbrio entre o dano, a reparação e o elemento desencadeador do dano, que tanto pode ser a atitude culposa (*lato sensu*) ou a atitude de risco atrelada ao desenvolvimento de uma atividade.

Na culpa, tem-se um elemento que permite certa aferição na sua gradação, tomando-se por base a intenção ou não do agente, bem como as precauções para se evitar a ocorrência dos danos (afere-se se houve imprudência, imperícia ou negligência a partir das atitudes do agente). No risco, como visto, existe apenas a imputação do dano ao desempenho de determinada atividade. Mas pode haver uma gradação de riscos. E com base em quê?

⁴²⁶ Ver COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Código Civil na visão do advogado: responsabilidade civil*, p. 410-413. Essa posição mostra-se discordante com o que a maioria da doutrina propugna, como aponta PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*, p. 114-120, que também segue a corrente majoritária. Para a situação da conduta da vítima como excludente, remetemos o leitor ao subitem 3.2.5 do presente trabalho.

Na legislação pátria, existem graus de risco para as atividades a partir do código que a atividade possui na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) e que é usado pelo direito acidentário para medir a reparação a ser conferida ao funcionário que se acidenta no desempenho de suas funções.

O Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999, que regulamenta a Previdência Social (RPS), em seu art. 202⁴²⁷ dispõe sobre a contribuição da empresa destinada ao financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho, cujos percentuais variam de 1% a 3% a serem aplicados sobre qualquer remuneração paga ou creditada ao trabalhador, de acordo com o grau de risco apresentado pela atividade preponderantemente desempenhada e que se mede conforme o enquadramento na tabela referida como Anexo V⁴²⁸ ao citado diploma legal.

Saliente-se que a citada legislação reforça a existência de risco em todas as atividades humanas, algumas delas já estando regulamentadas em legislação própria⁴²⁹. Seu mérito para o presente estudo está em permitir que o julgador se valha de um ponto de partida para: se na esfera trabalhista⁴³⁰, graduar o risco envolvido e, portanto, aplicar ou não o art. 944 do Código Civil; se na esfera cível, ponderar o dano efetivo e o risco envolvido, averiguando se aquele decorre diretamente da atividade para, em caso positivo, aplicar a referida gradação, e, em caso negativo, não advindo o dano diretamente da atividade listada, não a caracterizar como de risco.

Tome-se o caso do serviço de táxi, com o código 4923-0/01 na tabela de atividades de risco anexada ao Decreto 6.042/2007, supracitado. Se o lesado for o

⁴²⁷ “Art. 202. A contribuição da empresa, destinada ao financiamento da aposentadoria especial, nos termos dos arts. 64 a 70, e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho corresponde à aplicação dos seguintes percentuais, incidentes sobre o total da remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, ao segurado empregado e trabalhador avulso:

I – um por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado leve;

II – dois por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado médio; ou

III – três por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado grave.”

⁴²⁸ O Anexo V, que traz a relação de atividades preponderantes e correspondentes grau de risco (conforme a Classificação Nacional de Atividades Econômicas), foi alterado pelo recente Decreto 6.042, de 12 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6042.htm>. Acesso em: 3 nov. 2008.

⁴²⁹ São as hipóteses de transportes aéreo, aquaviário interno, marítimo, férreo e terrestre de pessoas cuja responsabilidade, de acordo com o art. 734 do Código Civil, enquadra-se na modalidade objetiva, bem como todas as modalidades de comércio varejista que têm proteção ofertada pelo Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 12 dispõe ser a responsabilidade apurada independentemente da existência ou não da culpa.

⁴³⁰ No item 4.3. será analisado o alegado conflito entre o parágrafo único do art. 927 do Código Civil e o inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal.

transportado, aplica-se o art. 734 do Código Civil. Em sendo vítima pessoa estranha à relação de transporte, mas advindo o dano da referida atividade (uma vítima de atropelamento), aplicar-se-á a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do mesmo diploma legal, graduando-se a indenização com base na proporção entre o dano e o grau de risco da referida atividade.

No desempenho de atividades do comércio atacadista, sob as mais variadas modalidades, em havendo um dano a funcionário, aplica-se o referido dispositivo do art. 927, graduando-se a reparação com base no resultado entre dano/grau de risco. Sendo o lesado um terceiro qualquer, e não advindo o dano diretamente dessa atividade, não se aplica o citado dispositivo legal, partindo-se para a análise da culpa.

O que se quer reforçar é que existe um mecanismo legal de gradação de riscos das atividades que serve como elemento ou padrão para que o julgador possa, não exata e tão-somente listar quais as atividades de risco, mas antes graduar a reparação a ser conferida em razão do grau de risco apontado, mitigando-se o impacto da aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Ressalte-se que essa mitigação, quando aplicável, é relativa, pois incidirá apenas no valor a ser calculado como pretensão reparadora dos danos, haja vista que a imputação da responsabilidade resta integral, ou seja, não é pelo fato de ter o julgador reduzido o valor da reparação à equivalência equitativa dos danos causados que se pode afirmar que a responsabilidade foi mitigada. Esta permanece íntegra, apenas se permite adequação entre o dano verificado e as situações de culpa e risco.

Essa gradação de riscos será feita mediante análise do julgador quanto à adoção, por parte do agente que desempenhe tal atividade, de medidas que objetivem minimizar a ocorrência de danos.

A responsabilidade resta imputada àquele que desenvolve a atividade que gerou os danos, mas, a depender das atitudes que tomou no desempenho dessa atividade, o julgador poderá fazer um juízo de valor, reduzindo a reparação devida, sem que tal fato implique exclusão de sua responsabilidade. Outro elemento que poderia ser usado para a gradação dos riscos e, portanto, na medida do dano e da responsabilidade diz com uma análise matemática da ocorrência de danos a partir de determinadas atividades. Essa análise pode ser obtida de estudos desenvolvidos no campo do direito securitário (“técnica de controle e previsão de riscos”).

Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior, “o risco é um princípio de objetivação, à medida que permite conferir objetividade a certos elementos da vida, como

o acidente”, e que é medido por “tábuas biométricas” que são elaboradas com cálculos atuariais aplicados nas relações de seguro⁴³¹.

Apesar de esses cálculos avaliarem o risco relacionado a um grupo, coletividade ou população, conforme relata o citado autor, é possível determinar o risco individual, se assim for necessário.

Por certo poderão ocorrer hipóteses em que, não obstante tenha o lesado provado ter sofrido danos de grande monta, venha o lesante pleitear que haja a gradação da reparação ante aplicação do art. 944 supra, alegando, comparativamente ao grau de risco da atividade, que era o menor possível, e que houve excesso. Não entendemos que o acolhimento da redução seja injusto, pois não obstante a responsabilidade objetiva ter surgido com a idéia de não deixar danos sem reparação, ela não foi criada para gerar desequilíbrio entre as partes, muito menos insegurança jurídica.

A atitude de equidade do juiz no caso da proporcionalidade da reparação deverá ser bem ponderada e avaliada, sob pena de trazer tanta injustiça quanto se alega que o trará a aplicação sem limites do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Após uma detalhada avaliação da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, resta-nos ponderar sobre uma questão: o citado dispositivo contempla hipóteses que já encontram guarida na regulamentação do Código de Defesa do Consumidor ou ainda restam caminhos a serem trilhados pelo julgador afora as situações regidas em tal diploma legal? É o que veremos no último item deste capítulo.

3.7 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PONTO FINAL?

Não parece correta a assertiva de que praticamente não restam muitas atividades de risco para além das possivelmente enquadradas pela Lei 8.078/90⁴³², pois, ainda que esta trate, como realmente o faz, de atividades que pelo seu desempenho gerem produtos ou serviços lesivos ao consumidor (por perigos ou riscos inerentes, como já visto anteriormente), tais atividades guardam um vínculo contratual (ou pré-contratual) entre as partes envolvidas, além de se referirem a uma relação específica, entre consumidor e fornecedor⁴³³.

⁴³¹ *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 72.

⁴³² Entendimento apresentado por VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade civil*, p. 104.

⁴³³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4. ed., rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 222, afirma claramente que “o Código de Defesa do Consumidor representa o mais novo e mais amplo grupo de normas cogentes, editado com o fim de disciplinar as

Diversamente, as atividades que o legislador ordinário visou a regradar através do parágrafo único do art. 927 do Código Civil não exigem o vínculo contratual entre agente lesante (que desempenha a atividade) e o lesado. Bastam a ocorrência do dano e o nexo causal entre este e a atividade para que se configure o dever de reparar. Como afirma Ruy Rosado de Aguiar Júnior, é um “ilícito absoluto”⁴³⁴.

O Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado a essas situações de responsabilidade extracontratual objetiva, tão-somente com caráter subsidiário, no que couber, e desde que não contrarie o Código Civil, uma vez que, conforme doutrinam Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem “o CC/2002 aplica-se prioritariamente às relações interempresariais e meramente civis”⁴³⁵.

Nesse sentido, impraticável, por exemplo, usarmos, por analogia, a figura do consumidor por equiparação (art. 2º, parágrafo único, e art. 17, ambos do CDC)⁴³⁶, criando a dos “lesados por equiparação”, visto que nas relações civis, para fins de aplicação da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, mister que o lesado demonstre o nexo causal entre seu dano e o agente, não podendo haver suposição de quem ele seja, não obstante o princípio da solidariedade social e o dever de proteção e segurança assentados constitucionalmente⁴³⁷ serem os novos horizontes que se divisam no campo da responsabilidade civil.

Sergio Cavalieri Filho aponta que “o Código [de Defesa do Consumidor] esposou a *teoria do risco do empreendimento* (ou empresarial), que se contrapõe à *teoria do risco do consumo*”, pois “todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa”⁴³⁸.

relações contratuais entre fornecedor e consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual”. Mais à frente a citada autora destaca que existe uma doutrina conhecida como dos maximalistas, que entende que o Código de Defesa do Consumidor é um diploma de aplicação “para a sociedade de consumo” (p. 254), ou seja, pode ser aplicado para “todos os agentes de mercado” (p. 255), independentemente de serem pessoas físicas ou jurídicas, estas últimas com ou sem intuito lucrativo. Ver, nesse sentido, LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 161. De qualquer modo, o que deve estar presente é uma relação contratual entre as partes, o que não existe, repita-se, na intenção da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do CC.

⁴³⁴ O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência, p. 17.

⁴³⁵ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 111.

⁴³⁶ “Art. 2º (...) Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”; “Art. 17. Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”, ambos da Lei 8.078/1990.

⁴³⁷ Arts. 3º, inciso I, e 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

⁴³⁸ *Programa de responsabilidade civil*, p. 497. LOPES, Rénan Kfuri. Panorama da responsabilidade civil, p. 282, a nomina, diversamente, de “teoria do risco da atividade”. NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de

Não obstante se poder afirmar que tal teoria é um desdobramento da teoria do risco, como tantas outras o foram, mais especificamente da teoria do risco criado, ela guarda correlação especial com o campo restrito para sua aplicação, qual seja, o das relações de consumo. No campo de atuação das relações civis extracontratuais não a usaremos.

Ante o exposto, apesar de a assertiva do jurista Sergio Cavalieri Filho apontar no sentido de que “hoje, tudo ou quase tudo tem a ver com o consumidor”⁴³⁹, fica a brecha existente que pode, perfeitamente, ser preenchida pelas situações que vierem a se adequar ao disposto na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil e que não “envolvam relação de consumo”, conforme asseverado pelo mesmo autor linhas antes⁴⁴⁰.

Como já ponderado, a responsabilidade civil só existe ante as necessidades humanas de reparar danos, os quais, por sua vez, brotam das relações sociais, cada vez mais complexas e múltiplas, sem sabermos onde e quando irão esgotar-se, motivo bastante para justificar a existência do dispositivo supra-referido. Ele visa a evitar o engessamento do Código Civil⁴⁴¹, que, apesar de ser um modelo legislativo originariamente criado para fechar todas as questões ao seu redor, hoje em dia adota outra conotação: a de ser um diploma aberto às ricas e variadas experiências humanas que não se cansam de ocorrer diuturnamente.

Após essa análise detalhada da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, vejamos o que nos legou a jurisprudência existente na temática da responsabilidade civil objetiva nas atividades de risco.

Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*, nota 11 ao art. 927, p. 489, entendem que o parágrafo único do art. 927 trata da responsabilidade pelo “risco da atividade” e fazem referência aos arts. 6º, inciso VI, 12, 14 e 18 do Código de Defesa do Consumidor, o que pode significar que esses autores tendem a acreditar que o referido dispositivo legal restará pouco utilizado, ante a regulamentação conferida pelo Código de Defesa do Consumidor.

⁴³⁹ *Programa de responsabilidade civil*, p. 487.

⁴⁴⁰ *Programa de responsabilidade civil*, p. 188-190.

⁴⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. I, p. 119 e ss., afirma que, após o legislador ter “transformado os costumes em leis, parte para ambição mais elevada: reunir em texto único e conexo todo o direito em vigor. Trata-se da criação de um código”, ideário que foi “ambição de quase todos os governantes, desde Hamurabi até Justiniano, Carlos Magno, Napoleão e outros”. E conclui o autor, ao tratar dos novos rumos da codificação, que “nenhum jurista de nosso sistema vê nos Códigos a única fonte de Direito”.

4

**ANÁLISE DE JULGADOS NA BUSCA POR PARÂMETROS PARA
DEFINIR ATIVIDADE DE RISCO**

Na esteira da intelecção do jurista Louis Josserand de que “a história da responsabilidade é a história e o triunfo da jurisprudência, e também, de alguma forma, da doutrina; é, mais geralmente, o triunfo do espírito, do senso jurídico” que advém do juiz, “artífice laborioso”⁴⁴², nossa opinião é de que somente do trabalho do intérprete e aplicador da lei é que se extrairá a verdadeira razão de ser da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, concretizando os ideais visados pelo legislador ordinário.

Incansável e infundável será esse trabalho, uma vez que o movimento pendular da sociedade exige cada vez mais a constante atualização do jurista para fazer frente às mais diversas demandas sociais no campo da responsabilidade civil, as quais, regra geral, deságuam no Judiciário por não conseguirem as partes chegar a uma conclusão.

Assim, tentar delimitar caminhos a seguir nessa etapa de descortino da real dimensão do supracitado dispositivo legal na prática diuturna do operador do direito, bem como quais os resultados que serão alcançados, não é tarefa simples, mesmo porque ainda estamos albergados em um sistema jurídico em que a responsabilidade civil é sempre encarada ou pensada na ótica subjetivista da demonstração da culpa⁴⁴³.

A idéia central do presente trabalho é encontrar mecanismos de auxílio ao julgador no momento em que tiver em mãos demanda na qual se pleiteia a aplicação da responsabilidade civil objetiva de lesante que desempenhe atividade de risco não regulamentada em lei específica, para que o julgador se sinta confortável e seguro em, aplicando a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, afastar-se dos caminhos da apuração desnecessária e indevida da culpa.

A lógica jurídica a ser implementada no trabalho de interpretação do citado dispositivo legal é aquela que mui acuradamente nomina o mestre Goffredo Telles

⁴⁴² Evolução da responsabilidade civil, p. 63.

⁴⁴³ Como afirma COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Código Civil na visão do advogado: responsabilidade civil*, p. 37, no campo da responsabilidade civil ainda somos orientados “por parâmetros culpabilísticos. Falta-nos coragem para quebrar a concha da culpa”.

Junior⁴⁴⁴ como a “lógica do razoável”, em que o jurista procura alcançar um entendimento do preceito o mais razoável possível e que condiga com “uma justa e humana solução”, a qual deve estar “atenta às variegadas condições de cada caso concreto”.

As inúmeras situações que vão surgindo nesse complexo mundo social, de avanços tecnológicos antes imprevisíveis e de atividades as mais variadas geradoras de riscos e danos, atuais e futuros, exigirão essa argúcia por parte do jurista que agora depara com o paradigma do caso concreto, como já estudamos no Capítulo 2 deste trabalho.

Antes, mister que se pondere a questão tormentosa de saber se é verdadeira a assertiva de que, ao pôr em prática a referida determinação legal, o julgador estará criando responsabilidade objetiva e, portanto, tomando, indevida e ilegalmente, o lugar do nosso legislador pátrio, o que veremos no item 4.1 infra.

4.1 CRIAÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELOS JULGADORES

A maior discussão que se trava sobre a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil diz respeito à possibilidade de os julgadores, com suas decisões, estabelecerem novas hipóteses de atividades que causem riscos aos direitos de outrem e às quais se aplicaria a responsabilidade objetiva.

Giselda Hironaka entende que somente o legislador pode estabelecer responsabilidade objetiva, “sob pena de se criar, para a responsabilidade objetiva, uma vala comum onde tudo tenha abrigo, independentemente de causa, de conseqüência, de prejuízo e da invariável e prévia fixação legal”⁴⁴⁵.

O professor Álvaro Villaça Azevedo, na linha desse pensamento, entende que, ao se manter a parte final do parágrafo único do art. 927 do Código Civil – “ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” –, permitiu-se a “criação de responsabilidade objetiva pela jurisprudência, pois em toda atividade humana há germe de um ilícito civil ou penal”, o que, no seu sentir, não está correto, já que se deveria permitir que apenas o legislador pudesse dispor sobre as hipóteses em que haverá a responsabilidade objetiva pelo risco da

⁴⁴⁴ *Palavras do amigo aos estudantes de direito: bosquejos extra-curriculares*, proferidos no escritório do Professor, em 2002. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 36-38.

⁴⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura*, p. 579-595. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 11, entende que, ao transferir para a jurisprudência a tarefa de conceituar atividade de risco, o legislador abriu o caminho para “um perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa”.

atividade, assim como já constam de nossas leis especiais, conferindo-se, desse modo, a necessária segurança social⁴⁴⁶.

A preocupação com as conseqüências da transformação legislativa, mediante a introdução de uma regra geral bem ampla sobre o dever de indenizar por atribuição meramente objetiva, já vem de épocas quando tramitava, ainda, o projeto do atual Código Civil, como demonstra João Baptista Villela⁴⁴⁷.

Ante a evolução frenética de todas as ciências humanas e da geração de novas atividades e mecanismos que podem causar danos aos que deles se utilizam, certamente haverá uma dificuldade imensa em não se enquadrar uma atividade como potencial produtora de riscos aos direitos de outrem.

Nesse sentido, é compreensível a preocupação dos ilustres juristas em que se deixe à mercê do Poder Judiciário a tarefa árdua de delimitar os âmbitos de tais atividades, sob pena de se prejudicar a busca da segurança jurídica, aclamada em nossos dias como nunca.

Contudo, nada melhor do que voltarmos os olhos para a filosofia do direito no aspecto que trata das fontes do direito, de modo a enxergarmos a imprescindibilidade do papel do magistrado na aplicação da responsabilidade objetiva.

Miguel Reale conceitua fonte do direito como “o conjunto de pressupostos de validade que devem ser obedecidos para que a produção de prescrições normativas possa ser considerada obrigatória, projetando-se na vida de relação e regendo momentos diversos das atividades da sociedade civil e do Estado”⁴⁴⁸. Assim, segundo esse autor, quando uma decisão judicial for produzida observando-se todas as formalidades legais, ela se consubstanciará em uma verdadeira fonte de direito.

Segundo ainda Reale, “a fonte de direito é uma estrutura normativa capacitada a instaurar normas jurídicas em função de fatos e valores, graças ao poder que lhe é inerente”, o que acaba por excluir as simples manifestações comunitárias, por exemplo,

⁴⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Anotações sobre o novo Código Civil. *Revista do Advogado. Novo Código Civil. Aspectos relevantes*. Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, n. 68, p. 16, dez. 2002, posição referendada nos pareceres Ausência de responsabilidade civil do transportador. Culpa de terceiro. Inexistência de nexos causal, p. 193, e Jurisprudência não pode criar responsabilidade objetiva, só a lei, p. 113. Essa opinião de que deve ficar sob a competência restrita do legislador a definição de quais são as atividades de risco também é defendida por DE LÉON, Luis Díez-Picazo Ponce. Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual. In: PANTALEÓN, Fernando (Coord.). *La responsabilidad en el derecho*, p. 166.

⁴⁴⁷ VILLELA, João Baptista. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: Informações Objetivas Publicações Jurídicas. 2ª Quinzena de novembro de 1991, n. 22/91, p. 489.

⁴⁴⁸ *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*, p. 14.

normas morais de conduta, do rol de fontes de direito, sem que isso faça com que o direito perca o contato com a realidade⁴⁴⁹.

Vê-se que o conteúdo da fonte de direito “são as *regras jurídicas* por ela enunciadas” que servirão para disciplinar as diversas realidades sociais. Pensando-se na segunda parte do parágrafo único do art. 927, o julgador, ao decidir ser uma determinada atividade produtora de riscos aos direitos de outrem, estará nada mais do que criando uma regra jurídica que regrará parcela da realidade social, com implicações futuras, uma vez que outros julgadores tomarão por base essa decisão para solução de casos futuros similares.

Por isso, a discussão sobre se é possível à jurisprudência criar responsabilidade objetiva perde seu fundamento, na medida em que a atividade jurisdicional torna-se fonte do direito sempre que observadas todas as formalidades e prescrições legais para a sua perfeita formação (observância das normas do devido processo legal que dita as regras que o julgador deve seguir para que produza o provimento final consequente).

Como já ponderado no Capítulo 2, o julgador sempre estará, ao interpretar e aplicar o enunciado normativo (texto de lei), criando uma norma, já que esta representa a concretização daquele e, a depender do caso, será viável a criação de diversas normas jurídicas. O que será inviável é, ao aplicar o enunciado, o julgador excluir o único possível entendimento que esteja de acordo com todo o sistema e, em especial, com a Constituição, pois, nesta hipótese, estaria, sim, criando um novo preceito e extrapolando suas funções e adentrando nas do legislador.

Valendo-se da abertura conferida pelo legislador, o julgador aplica a lei para decidir o caso concreto de modo a atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, como ponderado por Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁴⁵⁰, mas não se arroga a função estrita de legislador⁴⁵¹, especificamente na hipótese de conceitos indeterminados, pela ótica já estudada no Capítulo 2, particularmente no item 2.6, para onde remetemos o leitor.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil não traz essa única resposta possível à luz do texto constitucional, o que, a contrário senso, permite afirmar que o

⁴⁴⁹ Miguel Reale se contrapõe às idéias de Jürgen Habermas, para quem as normas se formariam “livremente através da vida comunitária sem o ‘mal do normativismo’”. Reale entende que o direito “não pode resultar de mero fluxo do *ius vivens*. HABERMAS Jürgen. *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurs theorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt/M., 1992. Apud REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*.

⁴⁵⁰ *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 318-319.

⁴⁵¹ Como já destacado em nota 185, Ricardo Lorenzetti afirma, com certa razão, que o julgador não deixará de exercer, temporariamente, uma função de legislador, haja vista que o juiz deixou de ser o mero aplicador autômato da lei. Importante consignarmos que, não obstante a flexibilidade jurisprudencial trazida pelo uso da técnica das cláusulas gerais, a lei continua a ser a fonte principal do Direito.

juiz tem margem para decidir ponderadamente de maneira a concluir pelo enquadramento ou não de determinada atividade como geradora de riscos.

De qualquer modo, o que pode ainda persistir na análise da questão nessa ótica diz respeito aos limites a serem observados por esse juiz ao proclamar uma atividade como de risco, e não propriamente ao fato de a atividade jurisdicional produzir ou não regras jurídicas que caracterizem determinada atividade como tal.

É neste ângulo da questão que entram em análise os quatro valores que giram ao redor da temática das fontes do direito, a saber: certeza, segurança, liberdade e ordem. Os aspectos da segurança e certeza são alcançados pela existência de um número limitado de fontes de direito⁴⁵², evitando-se o extremo de se entender que toda a realidade social, em suas múltiplas facetas, torna-se fonte de direito.

No que pertine ao valor da ordem, entende-se que as fontes do direito procuram criar um determinado ordenamento jurídico, não no sentido estático, das meras disposições legais, mas em um aspecto mais dinâmico e, por isso, além da lei existem a jurisprudência, os costumes e os negócios jurídicos, todos decorrentes de seus respectivos poderes: o jurisdicional, o social e a vontade humana⁴⁵³.

A autonomia conferida ao juiz ao definir se uma atividade deve se enquadrar na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil não é fruto de arbitrariedade, mas, sim, de liberdade guiada por ideais maiores de solidariedade e eticidade que se fundem no citado diploma legal e que conferem uma maior aeração no campo jurídico, trazendo benefícios a todos aqueles que dele se servirem, reforçando o caráter humanístico do direito de nosso século: “desde as novas figuras criadas no campo do Direito das Obrigações até a disciplina da atividade empresarial; desde a preferência dada às ‘cláusulas abertas’, propiciadoras de ampla compreensão hermenêutica e de maior interferência do juiz na solução dos conflitos, até as novas regras sobre responsabilidade objetiva; (...), é toda uma nova atmosfera normativa que surge no mundo do Direito, com paradigmas de renovado humanismo existencial”⁴⁵⁴.

Silvio Rodrigues, por exemplo, entende adequada a oportunidade conferida pelo legislador ao aplicador da lei, uma vez que se “abre uma porta para ampliar os casos de

⁴⁵² REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*, p. 16, fala em *numerus clausus*.

⁴⁵³ Ver REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*, p. 12.

⁴⁵⁴ Discurso por época da promulgação do Código Civil de 2002, proferido pelo professor Miguel Reale, in: *Retrospectiva 2002: os melhores momentos do mundo jurídico em 2002*.

responsabilidade civil”, entendendo que o juiz, prudentemente, deverá decidir com base não apenas no “direito estrito”, mas “indiretamente, por equidade”⁴⁵⁵.

Conforme assevera Luís Roberto Barroso, o papel do juiz ou intérprete não é o de mero adaptador dos fatos à letra da lei, mas de “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”⁴⁵⁶.

Mister, contudo, que se ofertem elementos ou caminhos para que o julgador tenha material, ainda que mínimo, para lhe servir de balizas quando for tomar suas decisões. Já apontamos, no Capítulo 3, alguns indícios que podem ser acolhidos pelo julgador quando tiver que interpretar a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Complementa a busca por padrões a análise da jurisprudência pátria. Apesar de ser plausível a assertiva feita por Sílvio Venosa de que haverá “pouca margem” ao julgador para que estabeleça uma nova atividade como geradora de risco, já que “a maioria das atividades sociais de risco já possuem normas especiais coroando a responsabilidade objetiva”⁴⁵⁷, a evolução social trará situações que exigirão a aplicação do supracitado dispositivo, em especial no campo das ciências biológicas⁴⁵⁸.

Os julgados trazidos à colação não indicam elementos para classificar como de risco determinada atividade; eles servem como parâmetros para que o jurista possa utilizar quando de sua fundamentação, por terem ou não similitude com o caso posto sob seu julgamento. Vejamos alguns julgados.

4.2 ATIVIDADES BANCÁRIAS

Carlos Alberto Bittar doutrina que “aquele que exerce atividade de que retira resultado econômico deve suportar os respectivos riscos que insere na sociedade. Fundada

⁴⁵⁵ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 162.

⁴⁵⁶ Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, p. 3. Esse papel criador do direito pelas mãos dos juízes também é externado por COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Código Civil e o seu completamento pela jurisprudência, p. 327, o qual afirma que os juízes devem “encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais”, desde que sejam “capazes de questionar as idéias cristalizadas, encarar o futuro e trilhar novos caminhos”.

⁴⁵⁷ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 14.

⁴⁵⁸ Como afirma MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Biotecnologia e segurança: a alternativa democrática. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 154-161, “quanto maiores os avanços da biotecnologia e da biomédica mais assustadoras são as suas possíveis utilizações em um mundo de exclusão, concentração de riquezas e criminalidade organizada”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais de responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 189-206, 2001, p. 199, cita “os interesses relacionados aos produtos industrializados ou os produtos derivados da informática”.

nas idéias de justiça distributiva e de completa proteção da vítima – como centro de preocupação do Direito, no respeito à pessoa humana – essa diretriz tem imposto o sancionamento civil às empresas nos danos decorrentes de suas atividades apenas em função do risco (...)”⁴⁵⁹.

No que tange ao disposto no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, não obstante entendermos que o risco ali disposto não requer que a atividade tenha intuito lucrativo, importante frisar-se que, como já ponderado, tal risco deve ser aquele inerente, insito (*in re ipsa*) à atividade.

Desse modo, nas atividades bancárias, pode-se pensar no risco sob duas vertentes: a do risco econômico ou do empreendedor para com seu cliente (responsabilidade contratual) e a do risco relacionado à segurança no uso das práticas e das instalações bancárias para com terceiros, advindo da atitude de seus funcionários (responsabilidade extracontratual).

Na primeira hipótese deparamos com um risco contratual que, por si, é absoluto, posto que assentado em um princípio de não-lesar os interesses do cliente, e que, após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi referendado como estando incorporado a uma relação de consumo⁴⁶⁰.

Trata-se de um risco do negócio, que deve assumir o gestor dessa atividade, de modo a manter o pactuado com o seu cliente, risco esse que, como já definido em sede jurisprudencial, envolve uma relação de consumo e, como tal, tem sua responsabilidade assentada no Código de Defesa do Consumidor e escapa da aplicação da responsabilidade objetiva estabelecida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil⁴⁶¹.

A outra espécie de risco está relacionada com o desenvolvimento da atividade em si, pelos funcionários. Trata-se de responsabilidade pelo fato de outrem, conforme dispõe o art. 932, inciso III, do Código Civil, em que o empregador responde pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos. Trata-se de responsabilidade objetiva, nos termos do art. 933 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, as instituições financeiras podem gerar danos aos direitos de terceiros, não-clientes, por conta do risco do empreendimento, por exemplo, no protesto de

⁴⁵⁹ Responsabilidade civil dos bancos na prestação de serviços. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 614, ano 75, p. 34, dez. 1986.

⁴⁶⁰ Nesse sentido, ver Ap. Cív. 0396061-0, 9ª Câm. Cível, TJPR, rel. Des. Sérgio Luiz Patitucci, j. 17.4.2008, v.u. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=30&TotalAcordaos=500&Historico=1>>. Acesso em: 22 maio 2008.

⁴⁶¹ Nos termos do que doutrina DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 491, trata-se de “risco profissional” que não se “confunde com o risco, doutrina objetiva de responsabilidade civil”.

duplicata repassada por endosso-mandato e na inscrição de devedores no cadastro restritivo de crédito, ainda que não seja seu correntista⁴⁶².

Assim, não obstante já existir decisão que entende ser a relação entre o cliente e a instituição bancária típica relação de consumo (quer no enfoque dos riscos econômicos e de gestão, quer no dos riscos relacionados à segurança)⁴⁶³, ela não alberga os terceiros estranhos a essa relação que venham a sofrer danos ocasionados, além dos casos citados, pela falta de ou má-segurança, os quais poderão pleitear reparação com base no art. 933 do Código Civil.

Desse modo, as atividades bancárias não podem ser conceituadas como atividades de risco para fins de enquadramento no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, contrariamente à decisão encontrada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁴⁶⁴, pois, como visto, ainda que se trate de danos gerados a terceiros em razão dessas atividades, há dispositivo específico no Código Civil.

4.3 RELAÇÕES TRABALHISTAS

Há julgados do Tribunal Superior do Trabalho que entendem que, em havendo vinculação dos danos com a atividade desempenhada pelo funcionário, deve o agente responder objetivamente, pois “o risco no qual se expõe o trabalhador (em razão de sua

⁴⁶² Ver AI 2003.029706-5/0000-00, TJSC, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. 11.3.2004, v.u. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/seções/verjur.asp?art=180>>. Acesso em: 21 maio 2007, e a Ap. Cív. 206.001.12627, 4ª T., TJERJ, rel. Des. Roberto Felinto, j. 6.6.2006, v.u. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=27848&PROCESSO=200600112627>>. Acesso em: 22 maio 2008. Em sentido diverso, entendendo que no caso de endosso-mandato caracteriza-se atividade de risco (parágrafo único do art. 927 do Código Civil), ver Ap. 70006915490, 9ª. Câmara Cív., TJRS, rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. 17.12.2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 3 ago. 2008.

⁴⁶³ Nesse sentido, ver REsp 273.089, 4ª T., STJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.9.2005, v.u., in *Jornal do Advogado*, OABSP, ano XXXI, n. 299, out. 2005, em que se decidiu pela responsabilidade da instituição financeira pelo roubo das jóias que lhe haviam sido entregues para guarda, com base no Código de Defesa do Consumidor, bem como ADI 2591, Pleno, STF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 14.12.2006, maioria. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2591&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22 maio 2008.

⁴⁶⁴ Apesar de o julgado Ap. Cív. 2005.030870-5, 3ª Câmara Cív. Direito Civil, TJSC, rel. Des. Jorge Henrique Schaefer Martins, j. 31.10.2005, v.u. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/VerIntegra.do?p_id=AAAG5%2FAAHAAACuIAAU&p_query=responsabilidade+objetiva&corH=FF0000>. Acesso em: 22 maio 2008, decidir que nas hipóteses de danos gerados tanto a clientes quanto a terceiros a instituição financeira é responsável objetivamente em razão do risco criado (parágrafo único do art. 927 do CC), entendemos que tal fundamentação não serve sequer para as situações envolvendo terceiros, pois existe dispositivo específico no Código Civil.

função prevista no contrato de trabalho) é maior do que para o homem médio”⁴⁶⁵, em contraposição a posicionamento dessa mesma corte no sentido de que, por se tratar de relação contratual – de emprego –, deve-se manter a norma do art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição, além do fundamento de que se trata de hierarquia de normas, não podendo prevalecer a infraconstitucional⁴⁶⁶.

Não bastando a divergência jurisprudencial, o enunciado doutrinário 377 da IV Jornada de Direito Civil⁴⁶⁷ determina: “O art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco”.

A compatibilização das posições é possível. Quando o dano advém de ato culposo ou doloso do empregador, a responsabilidade será subjetiva, ao passo que sendo um dano advindo ao trabalhador em razão do próprio desempenho da atividade, aplicar-se-á a responsabilidade objetiva, compatibilizando-se o inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal⁴⁶⁸ com a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Mesmo porque uma interpretação que tolhesse a possibilidade de aplicação da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil a danos advindos aos empregados em razão do desempenho das atividades de risco do seu empregador implicaria uma contradição dentro do sistema legal, uma vez que o inciso III do art. 932 do Código Civil dispõe que o empregador responderá, independentemente de culpa, pelos danos que seus empregados, serviçais e prepostos gerarem a terceiros no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele, não podendo ser diferente quando ocorrer um dano ao empregado advindo do exercício das atividades de risco do empregador⁴⁶⁹.

O problema se mostra no pleito em si. Por certo, o lesado, empregado, sempre se valerá da alegação de risco profissional, ao passo que, para o empregador, competirá a prova de que não se trata de risco da atividade e que, por certo, também não laborou em culpa ou dolo para a geração dos danos ao empregado.

⁴⁶⁵ AIRR 92/2006-015-04-40, 6ª T., TST, rel. Mauricio Godinho Delgado, j. 28.5.2008; AIRR 458/2003-067-03-40, 6ª T., rel. Mauricio Godinho Delgado, j. 28.5.2008, disponíveis em: <<http://www.tst.gov.br/basesjuridicas/>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

⁴⁶⁶ RR 831/2005-003-20-00.4, 4ª T., TST, rel. Min. Barros Levenhagen, j. 12.9.2007. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/basesjuridicas/>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

⁴⁶⁷ Promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos dias 26 e 27 de outubro de 2006.

⁴⁶⁸ “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”

⁴⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 246-247.

De qualquer modo, as análises que deverão ser empreendidas em situações de danos envolvendo relações trabalhistas terão por base o caráter ínsito do risco em relação à atividade e ao perigo ou risco materializado que, como visto no Capítulo 3, corresponde a uma potencialidade danosa acima do risco naturalmente existente em qualquer atividade humana.

4.4 TRANSPORTES E ACIDENTES COM TERCEIROS ESTRANHOS À RELAÇÃO CONTRATUAL

A responsabilidade do transportador para com os terceiros estranhos à relação de transporte é extracontratual e, com fundamento na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, será objetiva, pois corresponde a uma atividade geradora de riscos, independentemente da forma como realizada.

No transporte aéreo⁴⁷⁰, por exemplo, o art. 268 da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (“Código Brasileiro de Aeronáutica”)⁴⁷¹, dispõe ser objetiva a responsabilidade por danos causados a terceiros na superfície, ou por aeronave em vôo ou manobra.

Referida responsabilidade será elidida na hipótese de ausência do nexo causal se o dano resultou de mera passagem da aeronave pelo espaço aéreo dentro das normas que regulam o tráfego; se a aeronave era pilotada por terceiro estranho (não preposto) que tenha iludido a “moderada” vigilância exercida sobre o aparelho; ou, então, se houve culpa exclusiva do prejudicado⁴⁷².

Interessante decisão, anterior ao Código Civil atual, já tratava da questão da atividade de transporte que gera danos a terceiros estranhos à relação contratual. No caso em apreço, decidiu-se que “a atividade de transporte de valores cria um risco para

⁴⁷⁰ MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, p. 258 e 275-276, nota 58; apesar de toda a evolução técnica pela qual passou a aviação, com aumento nos níveis de segurança, é ainda fato que tal atividade continua sendo de risco. Ver, também, p. 462 do referido autor.

⁴⁷¹ “Art. 268. O explorador responde pelos danos a terceiros na superfície, causados, diretamente, por aeronave em vôo, ou manobra, assim como por pessoa ou coisa dela caída ou projetada. § 1º Prevalece a responsabilidade do explorador quando a aeronave é pilotada por seus prepostos, ainda que exorbitem de suas atribuições.”

⁴⁷² Nos termos do “Art. 268. (...) § 2º Exime-se o explorador da responsabilidade se provar que: I – não há relação direta de causa e efeito entre o dano e os fatos apontados; II – resultou apenas da passagem da aeronave pelo espaço aéreo, observadas as regras de tráfego aéreo; III – a aeronave era operada por terceiro, não preposto nem dependente, que iludiu a razoável vigilância exercida sobre o aparelho; IV – houve culpa exclusiva do prejudicado”. Trata-se das hipóteses de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro estranho ao empreendimento exercido e força maior extrínseca, como esclarece MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, p. 486-487.

terceiros”, devendo “os danos econômicos serem suportados por quem retira proveito do empreendimento e não pelo terceiro inocente”⁴⁷³.

Trata-se de um caso que reflete o risco naturalmente existente na atividade de transporte de valores. Mas será que no caso de um táxi ou mesmo de um transportador de frutas que gerem um acidente que cause danos a terceiros, completamente estranhos à relação contratual do transporte, também há responsabilidade objetiva assentada no risco? Entendemos que sim, justamente, porque o perigo, como já estudado, é elemento que ronda tal atividade, concretizando o risco naturalmente existente⁴⁷⁴.

Ressalte-se que, nessas situações, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pois os terceiros vítimas não podem ser equiparados a consumidores, já que tal posição esvaziaria o sentido e a aplicação do disposto na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, conforme já relatado no item 3.7 deste trabalho.

⁴⁷³ REsp 185.659, 3ª T., STJ, rel. designado Min. Nilson Naves, j. 26.6.2000, maioria, *RSTJ* 150/262. Referido julgado, inclusive, por conta de ausência de fundamento legal adequado em nosso ordenamento jurídico, usou do direito comparado, mais especificamente, o art. 2.050 do Código Italiano, para expor a responsabilidade objetiva daquele que desenvolve atividade de risco.

⁴⁷⁴ Neste sentido, Recurso Cível 71000538827, 3ª T. recursal dos Juizados Especiais do TJRS, rel. Juiz Eugênio Facchini Neto, j. 13.7.2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 3 ago. 2008, que no caso de atropelamento de um pedestre entende ser o transportador da carga (caminhão) responsável com fundamento no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

5

DANOS NAS ATIVIDADES GERADORAS DE RISCO

Quer na responsabilidade civil subjetiva, quer na responsabilidade civil objetiva, o dano é o elemento imprescindível, pois sem ele não há que se falar em responsabilidade, ressarcimento ou indenização. O que se busca “é escolher quem deve suportar o dano”⁴⁷⁵.

Particularmente no campo da responsabilidade objetiva, em razão da inexistência da necessidade de ilicitude do ato do agente, o dano torna-se o elemento central de análise, uma vez que será pela ótica do lesado e do dano por ele sofrido que se configurará a existência ou não da responsabilidade. Nesse sentido, a apuração do dano depende de uma avaliação prévia, por parte do magistrado, com foco na fase anterior à sua ocorrência.

Deverá o julgador se valer de fontes sociológicas, filosóficas, sociais, econômico-financeiras, entre outras, para apurar em que medida o *status quo ante* era resguardado pela sociedade em geral, pois o dano, por si, não pode ser mensurado como justo ou injusto sem que seja contextualizado política, social, econômica e, até mesmo, religiosamente.

Não é excessivo exigir esse exercício do aplicador da lei, sob pena de, assim não atuando, circunscrever a avaliação da existência do dano a uma mera análise parcial, posto que realizada sobre período de tempo posterior à ocorrência do próprio dano, o que desfoca a questão e não fornece a devida medida da sua ocorrência e gravidade.

Mister que tal avaliação, quando da apuração da responsabilidade objetiva, em que o elemento culpa *lato sensu* não é exigido, seja ainda mais percuciente a fim de que se consiga visualizar com maior nitidez o real impacto das atitudes do agente lesante, já que as apurações do dano e do nexa causal são os únicos fatores determinantes para a definição da responsabilidade do agente.

Superada a fase de cognição quanto às dimensões do dano em comparação com o passado anterior à sua ocorrência, de modo a demonstrar a efetiva lesão a interesse legalmente protegido (a certeza da existência do dano), o julgador há que partir para uma segunda etapa em que fará a apuração do tipo de dano vislumbrado.

⁴⁷⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 56.

5.1 TIPOS DE DANOS

Na teoria da responsabilidade civil existem distinções doutrinárias entre os danos que podem advir da prática lesiva, como danos individuais e coletivos, materiais, patrimoniais ou econômicos, e danos morais, extrapatrimoniais ou não-econômicos.

Não obstante a diversidade de danos possíveis e a variada nomenclatura a respeito, o que importa é saber que, ocorrido e demonstrado o dano, deve ele ser reparado dentro do princípio de que ninguém deve lesar a ninguém, como bem ressalva Carlos Alberto Bittar⁴⁷⁶, haja vista que tácita a idéia de prejuízo ou lesão a interesse alheio, independentemente de ser a responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Esse autor, de maneira clara e prática, distingue os tipos de danos de acordo com o bem lesado: a) pessoais – afetam a pessoa em sua integridade orgânica (física) e em sua personalidade (psiquismo); b) morais – atingem a esfera “valorativa intrínseca” da pessoa e seus reflexos na sociedade; e c) patrimoniais – referem-se aos aspectos materiais (bens e direitos) da pessoa⁴⁷⁷.

Mas o próprio autor, mais à frente, destaca que existe outra classificação que os separa em danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais, englobando esses últimos tanto os morais quanto os pessoais. Como destaca, os primeiros “afetam o patrimônio diretamente, ou por via reflexa”, ao passo que o segundo tipo atinge a “personalidade do lesado, em sua veia sentimental ou afetiva, com ou sem conseqüências patrimoniais”⁴⁷⁸.

Neste trabalho preferimos o uso da terminologia danos patrimoniais e extrapatrimoniais em vez de danos morais, pois entendemos que esta não expressa a real dimensão dos danos extrapatrimoniais, que se relacionam à violação de quaisquer direitos pessoais, como a dignidade, a moralidade, a honra subjetiva, entre outros.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil não nomeou os danos passíveis de serem perpetrados por aqueles que desempenham atividades de risco. Contudo, tal fato não impede que se depreenda de tal dispositivo a intenção legislativa de que todo e qualquer dano diretamente⁴⁷⁹ advindo da prática da atividade de risco e que seja efetivamente

⁴⁷⁶ *Responsabilidade civil: teoria & prática*, p. 25. Logicamente, como ressalvado nessa obra, os danos provindos de forças da natureza e do acaso, desde que não associados a fatos de terceiros, não são reparáveis, sob pena de se configurar enriquecimento ilícito, salvo quando se tratarem de fortuito interno.

⁴⁷⁷ *Responsabilidade civil: teoria & prática*, p. 22.

⁴⁷⁸ *Responsabilidade civil: teoria & prática*, p. 23.

⁴⁷⁹ Entendemos, com respaldo na argumentação desenvolvida no item 3.5 deste trabalho, que apenas os danos diretamente resultantes do desempenho das atividades, conforme disposto no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, é que poderão ser ressarcidos. A divisão de danos indiretos aqui não se aplica, pois estes correspondem a danos que advêm em cascata (gerou-se uma situação e dela adveio outra

provado venha a ser reparado, na medida em que vigem os princípios da solidariedade social e da redução das desigualdades, aliados ao dever geral de segurança, e que se encontram, reitere-se, insculpidos nos incisos I e III do art. 3º e no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Nesse contexto, entendemos que, a par dos danos patrimoniais, é viável a ocorrência de danos morais em razão do desempenho de atividade de risco que gere perigo, com base na principiologia da dignidade humana, pois, como já visto no subtópico 3.1.1 do Capítulo 3, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil insere-se na nova modelagem legislativa de preocupação com os valores da solidariedade e da eticidade que compõem o da dignidade⁴⁸⁰.

E, com base na readequação que propusemos na sábia divisão elaborada pelo professor Álvaro Villaça entre responsabilidade objetiva pura e impura, facilmente passaremos a aceitar os danos morais na primeira, haja vista que se deixa de focar tal divisão na possibilidade ou não do exercício do direito de regresso, mas, antes, tão-somente no fato de ter a atividade o risco ínsito assegurado pelo perigo iminente⁴⁸¹.

Relativamente à extensão dos danos, concepção ligada ao número de pessoas por eles alcançadas, importante analisarmos se a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil aceita a existência do chamado dano difuso ou social, para além do mero indivíduo ou pessoa determinados.

5.2 DANOS DIFUSOS OU SOCIAIS: UMA NOVA CATEGORIA

O professor Antonio Junqueira⁴⁸² propõe uma nova categoria de dano, o dano social, repercussão de um ato culposo ou doloso e que corresponde à violação ao dever de segurança, pois representa “diminuição da tranqüilidade social ou quebra da confiança”. Tal tipo de dano seria causa de “indenização punitiva”.

situação igualmente danosa) e, nesse sentido, afrontariam o que dispôs o legislador pátrio no referido dispositivo de lei, em combinação com o que aportou no art. 403 do mesmo Código Civil.

⁴⁸⁰ O pensamento de JUNKES, Sérgio Luiz. A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*, p. 413, ilustra a preocupação em não se deixar a dignidade lesada, pois “há uma forte tendência de privilegiar a recomposição do dano sofrido pela vítima em detrimento do próprio elemento culpa. Ou seja, seguindo-se o espírito da Constituição, cada vez mais se preocupa em não deixar qualquer dano injusto sem reparação, em proteger a pessoa da vítima, do que com o fato de não deixar impune o causador do dano”.

⁴⁸¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 281, não aceita os danos morais na responsabilidade objetiva pura, pois não há que se falar em culpa do agente.

⁴⁸² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 214, jul./set. 2004.

O que propomos é – sem considerar o aspecto punitivo da reparação, uma vez que não concordamos possa ele existir no campo da responsabilidade objetiva sob pena de regressão – a possibilidade de vislumbrarmos essa modalidade de dano como reflexo do desempenho das atividades de risco, já que seus atos colhem não apenas indivíduos isolados, mas como seres participantes de um grupo, coletividade, comunidade ou sociedade.

Não obstante a acepção do termo cunhado pelo renomado jurista, encaramos a expressão dano social como um sonoro sinal de que determinadas atividades podem causar danos para além daqueles setorizados em indivíduos, grupos ou coletividades determinadas, atingindo uma sociedade como um todo, aqui e agora, ou no futuro, em gerações do porvir.

Nesse sentido, a concepção de danos sociais é plenamente visível a partir do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, pois, como analisado linhas atrás, o “outrem” que consta do citado dispositivo como aquele lesado pode ser uma pessoa, um grupo ou a própria sociedade. Basta a demonstração do dano e de seu nexos de causalidade com a atividade praticada.

Uma seara que se abre para essa modalidade de danos é a da biotecnologia. Em que medida os estudos avançados das ciências médicas gerarão danos para diversas pessoas ou grupos de pessoas, indiscriminadamente? Para essa pergunta ainda não há respostas, mas acreditamos que o supracitado dispositivo legal é uma porta para as reparações que venham a ser pleiteadas nesse sentido e poderá ser usado como ponto de partida.

Desse modo, tomando de empréstimo a expressão cunhada pelo professor Junqueira, faremos, nas Considerações Finais, mais uma sugestão de adaptação da segunda parte do citado dispositivo do Código Civil, de modo a que tal dispositivo venha a albergar lesões à coletividade

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já analisado, a abertura conferida pelo legislador pátrio, através do uso da técnica legislativa das cláusulas gerais, na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, apesar de em um primeiro momento trazer desconforto ao jurista, mostra-se necessária para que possamos concretizar o ideal de mitigação das situações de danos sem reparação quando se deixa ao critério subjetivista a apuração da responsabilidade.

Trazendo à colação o que apontamos no Capítulo 3, podemos, resumidamente, reafirmar que a palavra “risco”, no citado dispositivo, porta-se como um termo indeterminado, uma vez que já traz em si a resposta à atitude lesiva imputada à atividade desempenhada pelo agente lesante, qual seja, sua responsabilização de forma objetivada pelos danos gerados.

Nesse sentido, concluímos que esse dispositivo se coaduna com o paradigma do sistema jurídico aberto, o qual não julgamos ultrapassado, visto que, de certo modo, permite, através do juiz, definir casos que poderão vir a ser usados como padrões de decisões futuras em termos de responsabilização objetiva pelos riscos das atividades.

Não julgamos inconveniente a intenção positivada pelo legislador, devendo o julgador lançar mão de uma interpretação, o mais próxima possível da realidade, para fim de definir os termos que fazem parte de tal disposição legal. Para tanto, deverá trilhar caminhos pelos campos da filosofia, economia e sociologia com equipamentos trazidos do campo jurídico, no sentido de minimizar os impactos negativos dos danos advindos da prática de atividades intrinsecamente arriscadas e que concretizem o perigo. Nesse caminho usará, como norte, os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da precaução ou prevenção, da liberdade no desempenho de atividades e da função social, que estão no ápice do sistema jurídico, o qual, como visto, comporta além do ordenamento jurídico, os seus agentes e as relações entre eles (*inputs-outputs*).

Nesse trilhar de caminhos pelas sendas da interdisciplinaridade, entendemos que o termo “atividade” usado pelo legislador corresponde a uma estrutura organizada inserida na economia e pode ter o objetivo que for: produção, industrialização, comercialização, prestação de serviço, com natureza lucrativa ou não, e que, desempenhada em certas

condições de tempo e espaço pode ser considerada de risco por conta da frequência na geração do perigo, elemento que corresponde à concretização daquele risco ínsito a determinada atividade e que não decorre de erro ou culpa ou dolo por parte daquele que a desempenha.

No que tange às possíveis eximentes de responsabilidade, entendemos que, quando o fato estiver fora do círculo de geração de risco e de sua potencialização, teremos a eximente, não havendo sentido em usarmos a tradicional divisão entre os conceitos de força maior e caso fortuito, pois o que interessa é ser o fato ligado (interno) ou não (externo) à atividade.

Já o fato de terceiro, ainda que, de alguma maneira, estranho à atividade desenvolvida, poderá ser potencializador dos riscos, na medida em que sua atitude tenha conexão com a atividade, podendo, então, ser ou não fator eximente a depender dessa interconexão.

Se os danos advierem por culpa exclusiva da vítima, não há que se falar em responsabilização do agente. Mas se houver concorrência de atos – culpa e risco – haverá divisão de responsabilidades, com base no art. 945 do Código Civil, podendo haver o risco ou a culpa de qualquer dos lados, do agente e do lesado.

Contudo, como já ponderamos, a imputação da responsabilidade ao agente lesante poderá ser mitigada ante a gradação dos risco e dos danos gerados, de acordo com a aplicação do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, como medida para tentar-se manter o equilíbrio da decisão no tecido social.

Como visto, portanto, trata-se de um dispositivo que sofrerá mutações de interpretação, haja vista que os conceitos de risco e perigo, em particular, são relativos, e, como já apontamos, distintos, variando de acordo com a época em que se encontre o estado da técnica e da ciência. Por isso definimos o “risco do desenvolvimento” como um conceito que deve estar atrelado ao do risco criado, este último normalmente entendido como fundamento da segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, conforme apontado no Capítulo 3, devendo ambos os conceitos serem usados pelo intérprete na aplicação do citado dispositivo.

Essa ligação entre o “risco criado” e o “risco do desenvolvimento” poderia ser refletida no texto do parágrafo único do art. 927 do Código Civil com a inserção de limites ao exercício do direito de pleitear a reparação de danos advindos de atividade que, em razão da evolução das ciências e das técnicas, se descobriu como geradora de danos, tal como ocorre com os vícios redibitórios.

A par do acréscimo da teoria do risco do desenvolvimento, o mais importante é que se consiga sempre delimitar o perigo criado pelo risco da atividade, uma vez que todas as atividades humanas trazem, para mais ou para menos, algum risco. O perigo será a medida maior que auxiliará o jurista a aplicar ou não a responsabilidade objetiva pelo risco.

Nesse sentido, sugerimos a separação entre os conceitos de risco e perigo, de forma a poder entender seus limites e, assim, reforçar que somente quando os dois forem encontrados em dada atividade é que poderá ser aplicado o supra-referido dispositivo legal.

Outro aspecto que se mostra relevante é assegurar a uma maior amplitude de lesados por situações de perigo a possibilidade de reparação, o que implica trazer conceitos já acolhidos no Código de Defesa do Consumidor, quer no que tange à determinabilidade do outrem, quer no que tange aos tipos de danos, bem como tomarmos de empréstimo a expressão “danos sociais” no sentido de firmar a possibilidade da extensão dos danos para toda a sociedade.

Importante destacarmos que, não obstante o referido dispositivo possa comportar, com a adequação abaixo sugerida, responsabilização por danos coletivos, não vemos a possibilidade de que haja a indeterminabilidade de sujeitos lesantes, na medida em que o legislador exige a identificação daquele que desempenha a atividade para fins de responsabilização. Pode haver uma coletividade de lesantes, mas desde que seja determinada e se consiga identificá-la como a responsável pela(s) atividade(s) de risco.

Materializando e compendiando todas as idéias apontadas neste trabalho, podemos dizer que:

a. Além dos casos já dispostos em lei, haverá obrigação de reparar o dano por parte daquele que, em razão do desempenho de uma atividade, seja ela lucrativa ou não, criar um perigo a pessoas determinadas ou determináveis, sejam indivíduos, grupos, coletividades ou mesmo a própria sociedade, independentemente de apuração da culpa.

b. Somente a partir da geração do dano advindo do desempenho da atividade perigosa é que se permitirá o início da contagem de qualquer lapso temporal para o exercício do direito à sua reparação, mesmo que o risco da atividade tenha sido apurado muito tempo depois do início de seu desenvolvimento, em razão da alegação de estado da técnica ou da ciência nela empregadas.

c. Caso fato externo ao desempenho da atividade tenha gerado danos a terceiros, aquele que desempenha a referida atividade não será responsável pela reparação dos mesmos.

d. Fatos de terceiros estranhos ao desempenho da atividade, que com ela não guardem nenhuma conexão, e que tenham, por si sós, gerado os danos eximem de responsabilidade aquele que desempenha a referida atividade.

e. Aplica-se nas situações de responsabilidade independentemente de apuração da culpa (responsabilidade objetiva) aqui relatadas o quanto disposto no parágrafo único do art. 944 e no art. 945 do Código Civil Brasileiro.

A par dos pontos aqui indicados, os ajustes finos na disciplina da responsabilidade objetiva disciplinada com base no parágrafo único do art. 927 do Código Civil serão ofertados por uma jurisprudência que pondere os novos casos com aqueles já julgados, e que colha da doutrina elementos para as decisões.

De qualquer modo, concluímos por todo este trabalho que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, apesar das dificuldades que traz em termos de definições de seus termos, não é a resposta final no campo da responsabilidade civil, que sempre estará em mutação graças às vicissitudes no tecido social, exigindo do jurista um esforço cada vez maior no sentido de interpretar e ajustar os termos indeterminados dos textos legais aos casos *sub judice*, posto estarem aqueles sempre defasados em relação aos fatos que se lhe põem à frente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. Palestra realizada no Seminário *EMERJ debate o Novo Código Civil – o Novo Código Civil e o consumidor*, realizado no Fórum Central do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 11.4.2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/574/3/O_Novo_C%C3%B3digo_Civil_e_o_C%C3%B3digo_de_Defesa_do_Consumidor.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2007.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 382-408.

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007. 113 p.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. aument. São Paulo: Saraiva, 2003. 206 p.

ALVES, José Carlos Moreira. A responsabilidade extracontratual e seu fundamento – culpa e nexos de causalidade. *Revista Doutrinária*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 1-22, ago. 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. O projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 61, p. 24-34, nov. 2000.

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

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 640 p.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão: Francesco Vallardi, XLI, p. 1-20, 1943.

ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Editorial Ariel, 1993.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Anotações sobre o novo Código Civil. *Revista do Advogado. Novo Código Civil. Aspectos relevantes*, Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, n. 68, p. 16, dez. 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ausência de responsabilidade civil do transportador. Culpa de terceiro. Inexistência de nexos causal. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, nova série, ano 4, n. 7, p. 191-205, jan./jun. 2001.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Jurisprudência não pode criar responsabilidade objetiva, só a lei. Análise das Súmulas 341, 489 e 492, do Supremo Tribunal Federal, e 132 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 743, p. 109-128, set. 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura, algumas hipóteses e responsabilidade civil no Código de Processo Civil. *Revista do Advogado de São Paulo*, São Paulo, n. 44, p. 7-19, out. 1994.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade civil e correção monetária. In: CHAVES, Antônio (Coord.). *Estudos de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 217-238.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade civil em sede de poluição. Culpa do Poder Público. Ausência de nexos causal, na atividade das poluidoras, e de solidariedade entre elas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 722, p. 84-98, dez. 1995.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade civil. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.3-29.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3-24.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, ano 89, p. 11-17, maio 2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 25-37.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 55-63.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 211-218, jul./set. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 1º abr. 2007.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Danos à saúde provocados por medicamentos e substâncias tóxicas. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 271-289.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8632/3/A_Responsabilidade_Civil.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil dos bancos na prestação de serviços. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 614, ano 75, p. 33-37, dez. 1986.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. 1982. Tese (Concurso de Livre-Docente para o Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria & prática*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOFF, Leonardo. A ética e a formação de valores na sociedade. *Reflexão*, Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, São Paulo, ano 4, n. 11, out. 2003.

CABRAL, Fernando Marques de Campos. Breves anotações sobre a responsabilidade da administração pública. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 101-122.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995. 679 p.

CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven and London: Yale Univ. Press, 1970. 340 p.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 267 p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 111-120.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 99-125.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. 584 p.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. III.

CHIARETTI, Daniela. Pelos corredores de uma usina que se esconde. *Valor Econômico*, São Paulo, Caderno Fim de semana, EU &, p. 4-9, 27 jul. 2007.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. Responsabilidade civil. In: *Seminário O Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2003, p. 143-152.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. II.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Código Civil e o seu completamento pela jurisprudência. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 325-334.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. Responsabilidad civil y relación de causalidad: responsabilidad por productos elaborados. In: *Seguros y Responsabilidad Civil*, n. 5. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 558, p. 33-40, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 63, ano XXV nova série, p. 71-79, jul./set. 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 374 p.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Código Civil na visão do advogado: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 3.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. 1.

DE LÉON, Luis Díez-Picazo Ponce. Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual. In: PANTALEÓN, Fernando (Coord.). *La responsabilidad en el derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 4 (2000). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2001. p. 153-166.

DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Código de Defesa do Consumidor*

comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 140-210.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. atual. e ampl. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1148 p.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XI.

DWORKIN, Ronald M. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. 371 p.

ENCINAR, Abraham Sanz. El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho. In: PANTALEÓN, Fernando (Coord.). *La responsabilidad en el derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 4 (2000). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2001. p. 27-55.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.

ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Tradução de Juan José Gil Cremades. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ESSER, Joseph. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valenté Fiol. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961.

FACIO, Jorge Peirano. *Responsabilidad extracontractual*. Montevideu: Barreiro y Ramos, 1954.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA, José Eduardo; LOPES, José Reinaldo de Lima. Pela democratização do Judiciário. In: _____. (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 159-166.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, Folha de S. Paulo, 1995.

FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva: II. Il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli*. Itália: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1995.

FREITAS, Augusto Teixeira. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983. 350 p.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. III.

GAUDEMET, Eugène. *Théorie generale des obligations*. Paris: Sirey, 1965, réimpression de l'édition publiée en 1937. 508 p.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. 813 p.

GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOLDENBERG, Isidoro H. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 1989.

GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela: a superação do paradigma da modernidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 255 p.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 390 p.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. A responsabilidade civil subjetiva e objetiva no novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 451-458.

GOMES, Rogério Zuel. Responsabilidade civil do Estado e a denúncia da lide ao funcionário público. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Parte especial: do direito das obrigações, artigos 927 a 965. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11, 587 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Teoria geral das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. II, 404 p.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Federal, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceito e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. *Revista Semestral Novos Estudos Jurídicos* do Curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí, v. 8, n. 3, p. 579-595, set./dez. 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais de responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 189-206, 2001.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; MELLO FRANCO, Francisco Manoel de. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. 907 p.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção Professor Agostinho Alvim, coordenada por Renan Lotufo). 132 p.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, fasc. 454, p. 52-63, jun. 1941.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000.

JUNKES, Sérgio Luiz. A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 409-422.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 167-184.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. 371 p.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LAUFER, R. S.; BENGTON, V. L. Generations, aging, and social stratification: on the development of generational units. *Journal of Social Issues* 30, 1974.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Novas tendências e possibilidades do direito ambiental no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 181-292.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed., rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 350 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIA, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Podivum, 2007. p. 21-36.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. V.

LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 384 p.

LOPES, Rénan Kfuri. Panorama da responsabilidade civil. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 267-293.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil. In: *Revista dos Advogados de São Paulo, Novo Código Civil: aspectos relevantes*, n. 68, p. 19-30, dez. 2002.

LOTUFO, Renan. Da responsabilidade civil. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998. 397 p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Biotecnologia e segurança: a alternativa democrática. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 154-161.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1109 p.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1311 p.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 47-58, 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. Direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

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

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: constituindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23-39.

MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 809, p. 11-27, mar. 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-60.

MORIN, Gaston. *La loi et le contrat – La décadence de leur souveraineté*. Paris: Félix Alcan, 1927. 159 p.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. 522 p.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). *Questões de direito civil e o novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. p. 36-45.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 3-21.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, 710 p.

PASCHOAL, Frederico A.; SIMÃO, José Fernando (Org.). *Contribuições ao estudo do novo direito civil*. São Paulo: Nucleojur – Millenium, 2004. p. 21-27.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Atlas, 2007. 159 p.

PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. *Normas jurídicas individualizadas: teoria e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. III.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 350 p.

QUINTANA, Luciana Hernández. A responsabilidade civil objetiva no Código Civil: a teoria do risco criado prevista no artigo 927, parágrafo único. *Revista do Advogado. O novo Código Civil: 1 ano de vigência*. Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, n. 77, p. 25-29, jul. 2004.

RANGEL, Leyla Castello Branco (Consolidação, notas e índice). *Constituição da República Federativa do Brasil; Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, e as alterações*

feitas pelas Emendas Constitucionais ns. 2/72 a 27/85. 10. ed. Brasília: Senado Federal, 1986. 406 p.

RANGEL, Leyla Castello Branco (Coord.). *Código Civil: anteprojetos*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989. v. 3, 4 e 5, t. 1 e 2.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal (nova interpretação)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. 2. ed. rev. Campinas: Bookseller, 2000.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. História do novo Código Civil. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, 272 p.

REALE, Miguel. *Questões de direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

REALE, Miguel. *Retrospectiva 2002: os melhores momentos do mundo jurídico em 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002 (Disponível em CD).

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSAS, Cristian Patricio. Daños derivados de actividades riesgosas. In: GHERSI, Carlos A. (Dir.). *Responsabilidad: problemática moderna*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996. t. 1, p. 39-97.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano

eficiente. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 127-154.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 198-236.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. 349 p.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentários aos arts. 927 a 954 do Código Civil. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). 3. ed., atual. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 831-874.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexos causal. Fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. A prova. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-32.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Ed. Bernardo Álvares, 1962. 378 p.

SOTO, Ricardo Alonso. Responsabilidad civil y seguro. In: PANTALEÓN, Fernando (Coord.). *La responsabilidad en el derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de La

Universidad Autónoma de Madrid 4 (2000). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2001. p. 193-204.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. Teoria da culpa no erro médico. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=614>>. Acesso em: 20 out. 2005.

STILGLITZ, Gabriel A.; ECHEVESTE, Carlos A. Las acciones por daños y perjuicios. Capítulo XXI. In: ITURRASPE, Jorge Mosset (Dir.) e CARLUCCI, Aida Kemelmajer de (Coord.). *Responsabilidad civil*. 2. reimp. Argentina: Hammurabi S.R.L., 1997. p. 507-549.

STOCO, Rui. Palestra proferida no Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no dia 27 de setembro de 2004, sob o título de *Responsabilidade Civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro (Estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil Francês)*. Disponível em: <http://conline1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portal/daeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco.doc>. Acesso em: 1º fev. 2007.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. v. 2 (Série Concursos Públicos), 478 p.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Palavras do amigo aos estudantes de direito: bosquejos extra-curriculares, proferidos no escritório do Professor, em 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 83-121.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 21-46.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexó de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. O novo e o velho direito civil. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 398-401.

TEUBNER, Gunther. *Le droit: un système autopoïétique*. Tradução de Gaby Maier e Nathalie Boucquey. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 162 p.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 362 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Debates no período da tarde do dia 4.6.2001, na Câmara dos Deputados, no seminário *Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/conheca/ouvidoria/seminarios/2partecodigocivil.html>>. Acesso em: 12 out. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. IV.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade civil. In: *Seminário O Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*. Câmara dos Deputados, Ouvidoria Parlamentar. Brasília: Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2003. p. 103-142.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. 153 p.

VILLELA, João Baptista. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: Informações Objetivas Publicações Jurídicas. 2ª Quinzena de novembro de 1991, n. 22/91, p. 489-490.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Reflexões sobre o novo Código Civil. *Revista dos Advogados de São Paulo, Novo Código Civil: aspectos relevantes*, n. 68, p. 31-48, dez. 2002.