

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ

BRUNO FERREIRA MONTENEGRO DUARTE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA COMO MECANISMO DE
REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: UMA ANÁLISE DO
ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL**

Belém

2009

BRUNO FERREIRA MONTENEGRO DUARTE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA COMO MECANISMO DE
REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: UMA ANÁLISE DO
ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Pastora do Socorro Teixeira Leal.

Belém

2009

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA

Montenegro Duarte, Bruno Ferreira

A responsabilidade civil objetiva como mecanismo de repersonalização do direito civil: uma análise do artigo 927, parágrafo único do Código Civil / Bruno Ferreira Montenegro Duarte; orientador, Pastora do Socorro Teixeira Leal. Belém, 2009.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2009.

1. Responsabilidade (Direito) . 2. Direito civil -I. Leal, Pastora do Socorro Leal. II. Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD: 346.8103

BRUNO FERREIRA MONTENEGRO DUARTE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA COMO MECANISMO DE
REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: UMA ANÁLISE DO
ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL.**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos.

Data de aprovação 30 setembro de 2009

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Pastora do Socorro Teixeira Leal – Orientadora
Universidade Federal do Pará (UFPA)

Prof.^a Dr.^a Rosita de Nazaré Sidrim Nassar
Universidade Federal do Pará (UFPA)

Prof. Dr. Georgenor de Sousa Franco Filho
Universidade da Amazônia (UNAMA)

A Deus eterno, por iluminar todos os meus dias e fazer deles um aprendizado único.

Aos meus pais, Henrique e Maria José, por estarem sempre ao meu lado em todos os momentos da minha vida.

Aos meus familiares, por me proporcionarem os ensinamentos de que preciso no meu caminhar.

Ao meu irmão Hugo, por fazer do meu dia um ambiente de companheirismo e união.

À minha namorada Marcela, por tudo aquilo que representa a palavra amor.

À minha madrinha de crisma, Graça Leal, por me ajudar fielmente nesta árdua caminhada.

À minha amiga e orientadora Pastora Leal, por me ensinar a lutar todos os dias de minha vida.

Agradecimentos:

A Prof^a. Dr^a. Pastora do Socorro Teixeira Leal, a quem expresso minha imensa admiração por sua história de luta na construção de um Direito Civil mais justo e humano.

Aos membros do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA que me compreenderam em todos os momentos.

RESUMO

Este trabalho busca estudar de forma aprofundada o instituto da responsabilidade civil sob o prisma do Novo Código Civil Brasileiro. Em um primeiro momento examina-se a constitucionalização do Direito Civil como base axiológica da atual responsabilidade civil. Em um segundo momento analisa-se o instituto da responsabilidade civil objetiva abordando-se sua origem, seu fundamento e suas teorias. Finalmente apresenta-se a teoria do risco no ordenamento civil brasileiro identificando a sua origem, suas hipóteses, seus conceitos, e a abordagem intensa do artigo 927 do Código Civil. Conclui-se pela importância da teoria do risco e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro como objetivo de justiça.

Palavras-chave: Novo Código Civil Brasileiro. Constitucionalização do Direito Civil. Responsabilidade Civil. Teoria do Risco.

ABSTRACT

This paper examine in depth the Office of liability under the prism of the New Civil Code. At first look at the constitution of civil law as axiological basis of the current liability. In a second review the Office of liability objective is addressing their origin, their foundation and their theories. Finally it presents the theory of risk in the Brazilian ranking civil identifying their origin, their assumptions, their concepts, and intense approach to Article 927 of the Civil Code. It is the real meaning of the theory of risk and its application in the Brazilian legal system as objective of justice.

Keywords: New Brazilian Civil Code. Constitutionalization of civil law. Liability. . Theory of Risk.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO COMO PRESSUPOSTO PARA O ENTENDIMENTO DO NOVO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 Dos aspectos centrais do Ordenamento Civil de 1916 como alicerce fundamental para a elaboração do Novo Código Civil e da atual concepção da Responsabilidade Civil	12
2.2 Da tensão do Direito Civil: um passo para sua repersonalização	21
2.2.1 A tensão das instituições do Direito Civil e o paradigma do Estado Democrático de Direito	22
2.2.2 A tensão da sistematização e a fragmentação em microssistemas	23
2.2.3 Da tensão ou crise da interpretação e as mudanças dos paradigmas hermenêuticos	27
2.3 Da constitucionalização do Direito Civil: os novos parâmetros do ordenamento privado	32
2.3.1 Das pautas axiológicas do Novo Código Civil: extensão do processo de constitucionalização	41
2.3.1.1 <i>Pautas axiológicas da República e despatrimonialização</i>	41
2.3.1.2 <i>A funcionalização do Direito e o seu sentido promocional</i>	43
2.3.1.3 <i>A socialização e a solidarização do Direito</i>	43
2.3.1.4 <i>O ser humano e sua dignidade: centro epistemológico do ordenamento jurídico</i>	45
2.3.1.5 <i>Nova técnica legislativa: cláusulas gerais</i>	46
2.4 A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas: consequência da constitucionalização do Direito Civil	48
3 COMENTÁRIOS PRELIMINARES ACERCA DA NOVA RESPONSABILIDADE CIVIL	58
3.1 Do conceito e função clássica da Responsabilidade Civil aos preceitos atuais	59
3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e a nova responsabilidade civil: breves reflexões	69
3.3 Os princípios informadores do Novo Código Civil e a responsabilidade civil	72
3.4 Do estudo das espécies de Responsabilidade Civil: criação da base metodológica para a análise da Responsabilidade Civil Objetiva e a Teoria do Risco	76
3.5 A Constituição de 1988 e os reflexos no instituto da	

responsabilidade civil: primeiro passo para a diferenciação de responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva	81
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	85
4.1 Do declínio da culpa como pressupostos da reparação	85
4.2 Do surgimento da idéia da Responsabilidade Civil Objetiva	88
4.3 Da iniciativa teórica da Responsabilidade Civil Objetiva no Código Civil de 2002	92
4.4 Da Responsabilidade Civil Objetiva no Código de 1916	93
4.5 Da Responsabilidade Civil Objetiva no Novo Código Civil	96
4.5.1 A Responsabilidade Civil Objetiva e o acesso à Justiça	99
4.5.2 Do sucinto estudo dos pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva no Novo Código Civil	102
4.5.3 Da Responsabilidade Civil Objetiva no artigo 927 do Novo Código Civil: fundamento preliminar para a análise da Teoria do Risco	109
4.5.4 Alguns artigos do Novo Código Civil que expressam a Responsabilidade Civil Objetiva e sua análise resumida	110
4.6 O fundamento da responsabilidade civil objetiva no ordenamento civil	114
4.6.1 O risco como fundamento da responsabilidade civil objetiva no ordenamento privado	115
4.6.2 O exercício de atividade periculosa como fundamento da responsabilidade civil objetiva	116
4.6.3 A lei como fundamento da responsabilidade objetiva	117
4.6.4 Conclusão acerca do fundamento da responsabilidade objetiva: o equilíbrio entre os patrimônios sob o prisma da solidariedade e o sistema legal	118
5 DO ESTUDO DA TEORIA DO RISCO NO ORDENAMENTO CIVIL BRASILEIRO	121
5.1 O individualismo jurídico	121
5.2 A insuficiência do individualismo e da culpa para a solução das lides de responsabilidade civil	121
5.3 Os motivos do surgimento da teoria do risco	123
5.4 Da Teoria do Risco no Código Civil brasileiro de 2002	125
5.4.1 Da cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 e a Teoria do Risco: estudo inicial	129
5.4.2 Teoria do Risco: artigo 927 e o parágrafo único do Código Civil de 2002	131
5.5 O papel do juiz na aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002	143
5.6 Da Teoria do Risco e suas externalidades	145
6 CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS	152

1 INTRODUÇÃO

O estudo do instituto da Responsabilidade Civil é de vital importância não só para o ramo do Direito Civil, mas para qualquer ramo da ciência jurídica, pois toda ela se encontra permeada pela idéia de manutenção da ordem pública e de proteção daqueles que sofrem os efeitos dos fatos danosos.

O presente trabalho tem como objetivo principal estudar e analisar os regramentos contidos na Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, mais conhecida como o Novo Código Civil Brasileiro, especificamente o instituto da responsabilidade civil objetiva e a teoria do risco.

Asseveramos que o presente trabalho não tende a convergir apenas para os aspectos doutrinários dos referidos institutos, mas sim evidenciar as suas conseqüências reais, a fim de permitir um estudo sobre a verdadeira aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva e da teoria do risco nos dias atuais.

O Direito Civil Brasileiro como será tratado posteriormente surgiu em um ambiente regado de preceitos individualistas que acabavam por culminar na superioridade dos bens patrimoniais em relação aos preceitos existenciais, logrando no egoísmo humano absoluto, sem o menor sentimento de solidariedade com próximo.

Este Direito Civil Brasileiro não obedecia a qualquer ordem de visão coletiva, seus institutos eram pautados no individualismo jurídico o que levava a degradação paulatina dos direitos fundamentais.

Foi neste campo temporal que nasceu o Código Civil Pde 1916, de grande influência européia, principalmente francesa, o mesmo trazia na essência de seus regramentos hipóteses humanas vazias quanto a soluções justas e pacificadoras, dentre elas a do próprio instituto da responsabilidade civil a qual apenas abarcava a responsabilidade civil subjetiva baseada na culpa.

Com o crescente desenvolvimento social e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizados pela introdução de máquinas, pela produção

de bens em larga escala e pela circulação de pessoas, aumentando os perigos à vida e à saúde humana levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização. Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a idéia de que todo o risco deve ser garantido, visando à proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova de culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade para que o prejuízo por ela criado seja indenizado.

Assim observando este novo paradigma e o ápice da eclosão da defesa dos direitos humanos garantidos pela promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a ter como epicentro o princípio da dignidade da pessoa humana, o Novo Código Civil foi elaborado com bases constitucionais principalmente naquilo que diz respeito à observância dos direitos fundamentais e a utilização dos princípios constitucionais como diretrizes na sua utilização.

Por consequência surgia a responsabilidade civil objetiva, foco principal desta dissertação de mestrado, a qual pauta-se em princípios e valores sociais como a boa-fé e a equidade que ganharam inegável reforço com o advento da Constituição Federal de 1988, na qual a proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) tornou-se fundamento do Estado Democrático de Direito. Esta teoria de responsabilidade objetiva é baseada na chamada teoria do risco.

Em suma esta nova responsabilidade civil de caráter objetivo tem como fundamento a teoria do risco conforme parágrafo único do artigo 927 do Novo Código Civil, obrigando a reparação do dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei e quando a atividade normalmente desenvolvida pelo agente implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outrem, o problema é justamente este, quando analisamos o elemento do risco podemos em um primeiro plano perceber que em duas ocasiões o novo Código Civil adotou uma responsabilidade baseada no risco, a primeira quanto aos casos previstos em lei, o que origina algumas hipóteses jurídicas taxativas em sua

aplicação, e na outra hipótese quando a atividade do agente implicar um risco, e este talvez seja o ponto mais importante de todas as mudanças no ordenamento civil brasileiro, pois por ser um conceito indeterminado e novo, o instituto do risco acaba por não ser conceituado corretamente o que acarreta na maioria das vezes por prejudicar aquele sujeito ofendido na relação e que não mais possui a chance de ver todos os seus direitos amparados na sua forma inicial.

Portanto, a descoberta do que seria o risco nas relações desenvolvidas pelos sujeitos jurídicos é de fundamental importância para chegar a real responsabilidade civil do ofensor e a correta reparação do dano sofrido pelo sujeito ofendido na relação jurídica, reconhecendo assim a garantia de um dos princípios basilares de nossa Constituição Federal de 1988, o princípio da segurança como um vetor para a teoria do risco no ordenamento civil brasileiro.

Assim sendo, o trabalho possui como objetivo central a tentativa de investigar a responsabilidade civil objetiva e a teoria do risco com o intuito de realizar uma interpretação que torne mais justa e efetiva a sua utilização como fonte solucionadora de qualquer questão prejudicial que necessite de sua aplicação.

Este, em suma, é o objeto do presente trabalho que partirá de um processo de constitucionalização do Direito Civil brasileiro com o objetivo de identificar bases axiológicas para a construção de um novo conceito de responsabilidade civil, passando em seguida à análise do instituto da responsabilidade civil objetiva e a teoria do risco.

2 DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO COMO PRESSUPOSTO PARA O ENTENDIMENTO DO NOVO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Dos aspectos centrais do Ordenamento Civil de 1916 como alicerce fundamental para a elaboração do Novo Código Civil e da atual concepção da Responsabilidade Civil

O Direito Brasileiro é filho de grande família jurídica com ramificações em todo mundo. Trata-se da família romano-germânica. Nos dizeres de René David “*os direitos da família romano-germânica são os continuadores do direito romano, cuja evolução concluíram*”.¹

O termo *Direito Civil* foi herdado do Direito de Roma. Os romanos chamavam de Direito Civil - *Ius Civile* - todo o Direito que regulava a sociedade romana, ou seja, a sociedade dos cidadãos romanos. Daí o termo Direito Civil, isto é, Direito da Cidade de Roma, aplicado aos cidadãos romanos.

Os romanos tampouco faziam qualquer distinção entre os ramos atuais do Direito. Para eles eram desconhecidos os termos Direito Penal, Constitucional, Direito do Trabalho, Comercial etc. Tudo isso era chamado de Direito Civil. Podemos concluir num paralelo que, para os romanos, Direito Civil soava da mesma maneira que, para nós soa Direito Brasileiro.

¹ Tradução do trecho de René David: “Les droits de la famille romano-germanique sont les continuateurs du droit romain, dont ils ont parfait l'évolution.”(DAVID. Lés grands systèmes du droit contemporains. 2. ed. Paris: Dalloz, 1966, p. 29 et seq.

Os romanos e germânicos elaboraram seus ordenamentos civis através de um movimento chamado de codificação², o qual influenciou a elaboração do nosso primeiro Código Civil referente ao ano de 1916.

Este movimento de codificação é fruto do jusracionalismo. Conforme lição de Francisco Amaral, a *codicização* pode ser resumida nas seguintes palavras:

Em senso estrito, significa o processo de elaboração legislativa que marcou os séculos XVIII e XIX, de acordo com critérios científicos decorrentes dos jusracionalismo e o iluminismo, e que produziu os códigos, leis gerais e sistemáticas.³

Sua causa imediata é a necessidade de unificar e uniformizar a legislação vigente em determinada matéria, simplificando o direito e facilitando o seu conhecimento, dando-lhe ainda mais certeza e estabilidade. Eventualmente, constitui-se em instrumento de reforma de sociedade como reflexo da evolução social. Seu fundamento filosófico ou ideológico é o jusracionalismo, que vê nos códigos o instrumento de planejamento global da sociedade pela reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica, pelo que se afirma que os códigos jusnaturalistas foram transformações revolucionárias.⁴

Esta codificação levada a efeito pelo Código Civil de 1916 foi sustentada por correntes sociais e impulsionada por alguns fatores estratégicos de cunho político, econômico e social.

O fator político estava atrelado ao fato de os soberanos enxergarem na promulgação de seus códigos nacionais um componente essencial para a implementação de políticas de unificação de seus Estados, que passavam a assumir a missão de garantir o bem estar de seus cidadãos.

Ao lado deste existia também uma questão de caráter econômico, a seu turno, revelava os códigos nacionais como resposta adequada às reivindicações por liberdade e responsabilidade da burguesia, uma classe média emergia e

² Codificação como um processo de organização, que reduz a um único diploma diferentes regras jurídicas da mesma natureza, agrupadas segundo um critério sistemático.

³ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 5. ed. Ver. Atual. E ampl. De acordo com o Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 122.

⁴ Ibid., p. 123.

lutava pela abolição das barreiras discriminatórias do feudalismo. Ademais, com o passar do tempo, o direito codificado provou ser um excelente instrumento para suprir as necessidades da economia capitalista do século XIX.

Para finalizar os fatores que influenciaram diretamente a codificação do ordenamento jurídico civil, devemos analisar o fator intelectual que se resumia à rejeição de velhos dogmas e tradições religiosas, no intuito de colocar o homem e seu bem estar no centro da filosofia iluminista. Novas concepções surgiram e a idéia de que o homem era um ser criado a imagem de Deus e colocado acima da natureza não se coadunava com as balizas do novo discurso científico.

Trilhando este caminho de codificação e sob todas essas influências o nosso país promulgou o Código Civil no ano de 1916. Esta codificação trouxe algumas vantagens ao ordenamento civil brasileiro, pois além de facilitar a visualização dos institutos jurídicos trouxe uma maior segurança jurídica nas relações privadas. Porém, carregou consigo algumas desvantagens, já que muitas vezes, estático que é, o código não consegue acompanhar as alterações pelas quais passa a sociedade e nem prever a multiplicidade de relações que dela podem emergir, este fato tornar-se-á nítido quando formos analisar o novo instituto da responsabilidade civil e suas tendências, pois antecipadamente pode-se dizer que a mudança latente em nossa sociedade impossibilita a resolução dos problemas entre particulares utilizando-se apenas a literalidade presente em nosso Código Civil Brasileiro, o que requer como será tratado em momento oportuno, uma nova visão dos institutos do direito civil, mais especificamente uma visão inseparável da nossa Constituição Federal de 1988.

A codificação civil de 1916 teve como marco histórico o movimento iluminista.

Percebe-se então que toda esta codificação civil apontava a busca por um ordenamento jurídico marcado pela unicidade e coerência, que assegurasse, acima de tudo o desenvolvimento racional da sociedade. De acordo com Francisco Amaral:

Ao Iluminismo ligava-se diretamente o racionalismo, a doutrina segundo a qual a única fonte do conhecimento seria a razão.

No campo jurídico, o racionalismo embasava a doutrina do direito natural, *rectius*, do jusracionalismo, que defendia a racionalização e a sistematização do direito, isto é, a reunião dos princípios e regras num corpo unitário e coerente, o sistema jurídico. A razão iluminista preconizava, assim, a idéia de sistema no direito, do que resultaram os códigos e as constituições do séc. XVIII e XIX. Diz-se, por isso, que a ligação do iluminismo com o jusracionalismo produziu a primeira onda de codificação moderna os códigos são a representação da sistematicidade do direito e levam ao desenvolvimento do pensamento sistemático na realização do direito.⁵

Os códigos representariam uma ruptura da velha ordem, pelo estabelecimento racional de uma nova. Seriam esperança de segurança jurídica, efetivada através de uma sequência ordenada e sistematizada de artigos, que tratassem de forma igualitária todos os cidadãos. Além disso, pareciam revelar um sistema jurídico autosuficiente, onde outros corpos normativos não seriam mais necessários.

Assim são as palavras de Gisele Hironaka:

Desta era – da era da racionalização da vida jurídica – resultou, como consequência imediata, a concepção do direito como um sistema. E, como tal, o processo de codificação se tornou imperioso, visando unificar e uniformizar a legislação vigente, emprestando-lhe um sistema, uma ordem, uma carga didática, uma possibilidade melhor, ou maior, de compreensão destas próprias regras e de comparação destas com outros povos. Esta foi a importante fase de *organização codicista*, que atendeu às necessidades e reclamos de uma época que visava superar a insegurança. E apresentou suas vantagens, entre elas – uma que desejo citar – a de traduzir-se, o código, em instrumental de garantia das liberdades civis.⁶

Toda esta codificação brasileira ocorreu paralelamente ao movimento da Revolução Francesa, que com seus ideais libertários e as efervescências culturais, artísticas, sociais, filosóficas, políticas etc. trouxe uma nova

⁵ AMARAL, Francisco. O Direito civil na pós-modernidade. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 68.

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 97.

consciência nos povos a partir da ocorrência de um sem-número de transformações. Instituíram-se, aí, a supervalorização do homem (individualismo, liberalismo) e a delimitação dos limites invasivos a que o Estado haveria de se circunscrever. Noutros termos, floresceu o Estado de Direito, com regras estatuídas previamente.⁷

O liberalismo da época apregoava a autosuficiência e o hermetismo do Direito emanado do Estado. Supunha-se a neutralidade dos preceitos que o jurista devia seguir. O ser humano era visto como um fim em si mesmo, sujeito ou titular de direito (aí a conotação patrimonialista), em grau de abstração que ia às últimas consequências. As noções de igualdade pressupunham isonomia meramente formal ou abstrata. Desse estado de coisas irrompeu a necessidade da adoção de filosofia diversa, menos individualista e mais funcional, pela qual a proteção da pessoa, individualmente considerada, só fazia sentido se dentro dos limites do razoável, isto é, desde que não se assentasse no egoísmo. Ora, o Direito não pode prestigiar o individualismo nem permitir que a esse título o forte se sinta legitimado a oprimir o fraco. Por isso, é antiga a censura ao individualismo.⁸

O Código Civil de 1916, a exemplo de todos os demais oitocentistas, veio à tona sob os influxos da época. Aliás, fiel à tradição romano-germânica, não só refletia a tendência de codificação, como trazia em si os matizes de então, em especial os valores individualistas, liberalistas, materialistas etc. Afinal, imperava – com todo vigor – a noção de Estado liberal. Por exemplo, as inúmeras disposições que originariamente nortearam o Direito de Família ilustram quanto o legislador se preocupou com os aspectos patrimoniais, a ponto de reservar diminuta atenção a questões de maior nobreza, como as pertinentes à pessoa dos cônjuges, ao seu estado civil, aos seus direitos e obrigações etc.

⁷ BATIFFOL, Henri. A filosofia do Direito: os positivismos; a orientação sociológica; o jusnaturalismo; a busca dos valores; direito e moral. Tradução de Eugénio Cavalheiro. Lisboa: Editorial Notícias – ENPC, [19- -]. P. 17 – 18.

⁸ DUGUIT, León. Las transformaciones del Derecho: público y privado. Tradução de Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Deditorial Heliasta S.R.L, [19- -]. P. 178.

Portanto, é importante ressaltar que a elaboração do nosso Código Civil de 1916 foi realizada para a aplicação a um determinado período de tempo, mas acabou por reger um momento político, histórico, econômico e social completamente distinto, fundado em princípios quase que opostos aos de sua feitura, baseado principalmente nos ideários do liberalismo e individualismo – um código que efetivou o ápice do egoísmo privado, não se preocupando de forma alguma com os aspectos sócias dos indivíduos.

O Código Civil de 1916 era um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionada pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela. Sendo a cristalização axiológica das idéias dominantes, detentores do poder político e social da época, por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais.

As preocupações deste código eram apenas os valores individualistas, liberalistas, materialistas etc., não destacando a menor importância à coletividade como um todo, atribuindo aos seus institutos inclusive o da responsabilidade civil a despreocupação com a essência e os direitos humanos, não vislumbrando de forma alguma qualquer possibilidade de humanização da possível reparação que deveria ser realizada para com aquele indivíduo que sofresse qualquer tipo de prejuízo.

O Código Civil de 1916 teve como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.

Com essa omissão, a ordem constitucional possibilitou aos Códigos Civis que haurissem *status* de "constituição" do Direito Privado, "constituição" do homem comum (e liberal, acresça-se). Essa hegemonia por vezes permitiu ilações de que a Constituição deveria ser interpretada segundo o Código Civil,

não o contrário. Logicamente, o tempo se encarregou de mostrar o erro dessa perspectiva.

Gustavo Tepedino relata:

O código civil, como se sabe, quando entrou em vigor, em 1917, refletia o pensamento dominante das elites européias do século XIX, consubstanciado no individualismo e no liberalismo jurídicos. O indivíduo, considerado sujeito de direito por sua capacidade de ser titular de relações patrimoniais, deveria ter plena liberdade para a apropriação, de tal sorte que o direito civil se estruturava a partir de dois grandes alicerces, o contrato e a propriedade, instrumentos que asseguravam o tráfego jurídico com vistas à aquisição e à manutenção do patrimônio.⁹

Este Código Civil de 1916 foi estruturado em um binômio fundamental que se resume aos elementos da propriedade e da autonomia de vontade. Revelava, como consignado, a ideologia liberalista representativa dos interesses da classe burguesa mercantil.

O diploma possuía inspiração estritamente individualista e garantia, por consequência, o direito de propriedade e de liberdade contratual, como frutos do liberalismo econômico dominante. O Código Civil Brasileiro de 1916, em suma é o espelho fiel do patrimônio como valor nuclear privado tradicional. O patrimônio é nele, uma esfera composta de coisas suscetíveis de apropriação e trânsito jurídico.¹⁰

O antigo Código Civil brasileiro – influenciado pela doutrinas voluntaristas – dava ênfase ao indivíduo, porém nos papéis de proprietário e contratante. Noutros termos, o legislador de 1916 ocupou-se mais das relações jurídicas patrimoniais que das relações jurídicas existenciais, dando relevo ao direito de propriedade.¹¹

⁹ TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. RJ-SP: Renovar, 2003. p. 116.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 69.

¹¹ LIMA, Taísa Maria Macena de. Princípios fundantes do Direito Civil atual. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 250.

Portanto, os valores existenciais foram relegados a segundo plano pelo Código Civil de 1916. Só começaram a assumir merecida posição de destaque com o advento da Constituição Federal de 1988 e a instauração do Estado Democrático de Direito, que erigiu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, momento em que os institutos jurídicos passaram a ser funcionalizados para a promoção do desenvolvimento pleno do homem, como estudaremos adiante.

Cezar Fiúza antecipa-se na explanação do tema e sintetiza:

Vive-se hoje no Brasil os alvares do Estado Democrático de Direito. Este é o momento da conscientização desse novo paradigma. Só agora assumem a devida importância os princípios e os valores constitucionais por que se deve pautar todo o sistema jurídico. Constitucionalização ou publicização do Direito Civil entram na temática do dia. O Código Civil não seria mais o centro do ordenamento civil. Seu lugar ocupa a Constituição, seus princípios e valores. Diz-se que os pilares de sustentação do Direito Civil, família, propriedade e autonomia da vontade, deixaram de sê-lo. O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômico. Este pilar está, por sua vez, enraizado na Constituição. Tudo isso, não há dúvidas, dá o que pensar.¹²

Percebe-se assim em um primeiro plano que a construção do ordenamento civil brasileiro excluiu qualquer possibilidade de um diálogo com os direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna, pelo contrário, em todo seu processo de elaboração através do movimento de codificação o ordenamento civil de 1916 trouxe à baila apenas preocupações com os aspectos patrimoniais e as vontades do indivíduo como um ser único sem proporcionar qualquer atenção com o prisma maior das relações jurídicas que é a coletividade.

Nesse diapasão surgiu a enorme influência positivista – segurança jurídica nas relações privadas contra os abusos que poderiam ser cometidos pelo Poder Público ou, até mesmo, apesar de absurdo, a predominância de

¹² FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 6. ed. rev. atual. ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 29.

algum direito público sobre o privado, criando uma esfera protetora do cidadão dentro da sua esfera privada.

A segurança jurídica, significando a estabilidade nas relações e a garantia de sua permanência, justifica o formalismo no direito e encontra no positivismo o seu principal fundamento teórico. Apresenta-se tanto como uma segurança de orientação, que se refere ao conhecimento que os destinatários têm das respectivas normas de direito, como também uma segurança de realização, ou confiança na ordem, que é a certeza do exercício dos direitos e do cumprimento dos deveres. Significa, portanto, a possibilidade de cada um compreender o que é e o que não é lícito, podendo, conseqüentemente, regular seus atos e seu comportamento. Constitui-se, por isso, no mais antigo valor, na premissa de todas as civilizações.

Assim, esse pensamento sistemático, onde o Direito é concebido como conjunto de normas jurídicas racionalmente elaborado, marcado pela unidade, plenitude, coordenação e subordinação de seus elementos, encerraria em si todas as soluções para os problemas surgidos na vida social.

A ideologia fundante do positivismo foi acirrada no *Normativismo* de Hans Kelsen, para quem o Direito se resumiria àquele colocado pelo Estado. A legitimidade dessas normas seria sempre uma outra, hierarquicamente antecedente, de maneira sucessiva, até se alcançar a *Norma Fundamental* que confere legitimidade a todo o ordenamento jurídico.

Portanto, fica fácil vislumbrar como o Direito, concebido sob a visão do positivismo jurídico, seria capaz de promover a tão perseguida segurança jurídica: através da exatidão e da previsibilidade. Os parâmetros para toda a esfera privada já estariam previamente traçados.

Tendo em vista a completude da norma, ao intérprete era atribuída tão somente a função de revelar seu conteúdo. Sua atividade hermenêutica era esvaziada, evitando soluções no caso concreto que não estivessem cabalmente enquadradas na letra da lei. Jurisprudência e doutrina não eram fontes válidas de Direito.

Contudo, existe uma realidade histórica por trás de toda essa ideologia, que sempre procurava se atracar em portos seguros, erigindo a segurança jurídica como prioridade absoluta. Giselda Hironaka a explicita muito bem:

Os paradigmas fundamentais que erigiram a modernidade foram paradigmas que precisaram se impor, primeiro, à face do absolutismo que marcou a finalização do período medievo e, depois, paradigmas que precisaram superar os horrores de uma Primeira Grande Guerra. Tempos de alterações profundas e de busca de uma superação de injustiças e desigualdades enormes, esses tempos foram aqueles em que a prioridade era a conquista da segurança jurídica, da preservação dos direitos, do estabelecimento das igualdades e da consideração máxima ao indivíduo”.

Por tudo isso e por isso mesmo, os paradigmas deste tempo pretérito foram os paradigmas da lei e da jurisdição, a significar que a segurança pretendida e ansiada devesse resultar de uma construção normativa que fosse suficientemente abstrata para ser universal, e que fosse suficientemente clara para ser abrangente de todas as hipóteses realizáveis.¹³

Acontece que, apesar da incessante busca por um sistema fechado, capaz de promover segurança jurídica, por meio do estabelecimento de ideais liberalistas e positivistas, a verdade é que esta estrutura não conseguiria se manter e não se sustentaria com o passar do tempo e diante da complexidade social. O sistema começou a ruir assim que foi instaurado.

Se observarmos o comportamento dos tribunais, através dos tempos, chegaremos à conclusão de que o sistema sempre foi aberto. O tratamento sempre foi casuístico. A interpretação sempre foi argumentativa. O medo da arbitrariedade de um judiciário sem freios e sem preparo técnico é que levou os juristas, em vão à tarefa de tentar fechar o sistema. Mesmo na época da Escola da Exegese, os Tribunais franceses não se fecharam às inovações hermenêuticas, baseadas em pura argumentação jurídica.

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.93.

Assim, a "crise" do Direito Civil, que analisaremos no tópico a seguir, vem ocorrendo há séculos. Na atualidade, perante os novos paradigmas que surgiram, sobretudo, com o advento do Estado Democrático de Direito, ela atinge seu ápice e nos força a questionar a dogmática que colecionamos com o tempo. César Fiúza acrescenta, concluindo nosso pensamento:

O temor da arbitrariedade judicial é absolutamente absurdo, em nossos dias, dados os mecanismos de segurança do próprio sistema jurídico. São limites impostos pela dogmática, pela Constituição, pelos valores e princípios vigentes, como o duplo grau de jurisdição. Ademais, a argumentação deve ser racional e jurídica. Isso significa que o intérprete partirá do sistema, adequando a norma ao caso concreto, com base em valores e princípios constitucionalmente aceitos, para que a justiça prevaleça no caso concreto.¹⁴

2.2 Da tensão do Direito Civil: um passo para sua repersonalização

O Direito é um fenômeno histórico e social. É mutante por natureza, pois reflete o ideário e as aspirações de um povo em um determinado espaço de tempo. A inércia, portanto, não deve integrar o seu conceito.

A constatação da existência de crise no Direito Civil moderno é inequívoca. Sua dogmática envelheceu, foi sucateada por nossa sociedade mutante. Mas, em primeiro lugar, imprescindível que pontuemos o conceito deste fenômeno.

Esta tensão vivenciada pelo Direito Civil não significa seu fim, pois não há como negar que a juscivilística constituiu o substrato do ordenamento jurídico de toda e qualquer sociedade.

O termo "tensão" pode ser compreendido simplesmente como superação de paradigmas que se revela na inadequação de institutos jurídicos do Direito moderno aos nossos tempos, resume:

¹⁴ FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 6. ed. rev. atual. ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 35.

Embora não seja unívoco, o termo paradigma vem aqui colacionado para simbolizar ruptura e transformação. É possível que não se tenha uma percepção exata do desenho desse novo fenômeno, mas, por certo, tais reflexões revelaram que aquela arquitetura anterior está corroída em pontos fundamentais. Esses pontos escolhidos não arbitrariamente, embora intencionalmente, foram o contrato, o patrimônio e a família. Centrada nesses vértices, a moldura do Direito Civil Clássico se revelou superada, embora seus novos contornos ainda não estejam definidos.¹⁵

Logo por estar sujeito a várias transformações decorrentes da evolução da própria sociedade, o Direito Civil possui alguns paradigmas que estão sendo superados e outros que são incorporados em sua essência com o objetivo de adequar o ordenamento às necessidades e exigências da sociedade.

Parte-se dos seguintes paradigmas: a tensão das instituições do Direito Civil, tensão da sistematização e tensão da interpretação.

2.2.1 A tensão das instituições do Direito Civil e o paradigma do Estado Democrático de Direito

A ideologia fundante do liberalismo - assim como o estado de coisas por ele definido no campo jurídico - se mantém intacta até fins do século XIX e início do século XX, quando surge, então, o denominado Estado Social em substituição ao Estado Liberal.

Através de um gradativo intervencionismo estatal na esfera privada - processo que se iniciou com o advento da 1ª Grande Guerra - o contrato e a propriedade sofreram impactos em sua estrutura e, assim, o sustentáculo fundamental do liberalismo sofre seu primeiro abalo.

A Revolução Industrial, oriunda da ideologia liberal, iniciada no século XVIII, gerou como subprodutos a massificação das relações e a concentração urbana. Tais fenômenos têm reflexos diretos na principiologia contratual e colocam em xeque a autonomia da vontade.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 222.

Como se pode concluir a mesma Revolução Industrial que gerou a principiologia clássica, que aprisionou o fenômeno contratual nas fronteiras da vontade, esta mesma Revolução trouxe a massificação, a concentração e, como consequência, as novas formas de contratar, o que gerou, junto com o surgimento do estado social, também subproduto da Revolução Industrial, uma checagem integral na principiologia do Direito dos Contratos. Estes passam a ser encarados não mais sob o prisma do liberalismo, como fenômenos da vontade, mas antes como fenômenos econômico-sociais, oriundos das mais diversas necessidades humanas. A vontade que era fonte passou a ser veio condutor.

Percebe-se uma maior presença da figura estatal a qual altera de maneira direta os preceitos e funções do Direito Civil principalmente quanto ao seu epicentro individualista, tratando a sociedade como um todo e não uma série de indivíduos egoístas por natureza. O Direito Privado começa a ser influenciado de forma concreta pelo Direito Público, seus princípios e instrumentos agora recebem uma carga axiológica das normas constitucionais, proporcionando a aplicação das mesmas nas relações privadas, concretizando aquilo que iremos tratar futuramente como a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas – um dos novos pressupostos para o real significado da responsabilidade civil e a teoria do risco.

Este fato é notório com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da instauração de um Estado Democrático de Direito, os quais efetivaram um novo panorama sobre o Direito Civil, logrando à sua Constitucionalização, ou seja, todos os institutos basilares do ordenamento civil como os contratos, a propriedade e a responsabilidade pouco citada estariam pautados e interpretados conforme as normas constitucionais sob pena de serem excluídos de nosso ordenamento devido à força normativa de nossa Constituição Federal como será tratado ao analisarmos a constitucionalização do Direito Civil.

Portanto, com a maior obediência das normas constitucionais, e estas por terem como fundamento central à dignidade da pessoa humana, o Direito Civil passou a ter como base principal o homem e a sua dignidade. Todos os seus

institutos inclusive a responsabilidade civil que é o objeto de análise de nosso estudo deverão estar condizentes com a promoção do desenvolvimento do ser humano em todos os seus aspectos.

2.2.2 A tensão da sistematização e a fragmentação em microssistemas

Como já estudamos, a codificação foi um movimento que representou ideais políticos, econômicos e históricos da sociedade moderna. Assim, dentro dessa ideologia, durante a vigência do Estado Liberal, o Código Civil era o núcleo do Direito Privado.

Contudo, uma vez estabelecidos os Estados Nacionais, a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, a prevalência dos ideais econômicos liberais e a conseqüente superação de todos esses modelos, os códigos começaram a se tornar obsoletos.

Isto porque estático que é o Código Civil não consegue acompanhar as alterações pelas quais passa a sociedade. Isso faz com que, ao lado da codificação privada, ocorra uma explosão legislativa, com o objetivo de suprir eventuais deficiências que emergem com o próprio surgimento da codificação.

A história nos demonstra a falibilidade do sistema codificado do Positivismo Jurídico, pois a sociedade humana é dinâmica, mutante, e força o Direito a acompanhar suas transformações.

A dinâmica é o movimento que gera sua própria vida e busca contemplar eventual transformação. Tal circunstância se dá quando a regra não cobre mais com sua juridicidade positivada todas as circunstâncias. Cogita-se, então, de relações contratuais de fato, para mostrar exatamente que há determinadas relações das quais emergem efeitos jurídicos e que não correspondem a um dado paradigma que foi tipificado ou codificado ao final desse processo de refinamento que a codificação opera. Esses espaços de "não-direito" geram fatos que, em certos casos, acabam se impondo ao jurídico, o que gera um a transformação naquilo que foi refinado pela ordem jurídica. Desta certa mudança

sem ruptura vem à nova ordem, e o ciclo produtivo das passagens se mantém. Lacunas convertem-se em regras

O Código Civil de 1916 teve sua ideologia fundante - completude, centralidade e unicidade - abalada com poucos anos de vigência. Já nas décadas de 20 e 30, começaram a surgir leis extravagantes, frutos do crescente intervencionismo econômico e do dirigismo contratual do Estado, no intuito de disciplinar matérias não dispostas no corpo codificado.

Disciplinas que, longe de estarem revestidas de qualquer caráter emergencial, tratavam simplesmente de matérias não previstas pelo legislador codificador. Uma legislação extravagante que regulava novos institutos – surgidos com a evolução da sociedade – e que possuíam alto grau de especialização, formando, paralelamente ao Código, um direito especial.

Com o tempo, essa legislação extravagante passou a ser conhecida como legislação especial e representou profunda alteração na dogmática do Código Civil.

Este movimento forçou, então, a abertura do sistema. Surgiram outros sistemas, menores e específicos, que, por sua vez, se tornaram o centro para cada um daqueles setores que passaram a regulamentar de forma interdisciplinar, pois traziam não só normas de direito civil, mas de direito penal, administrativo, etc. Paulo Lobo resume:

Proliferaram na década de setenta deste século, e daí em diante, as legislações sobre relações originariamente civis caracterizadas pela multidisciplinaridade, rompendo a peculiar concentração legal de matérias comuns e de mesma natureza dos códigos. Nelas, ocorre o oposto: a conjunção de vários ramos do direito, no mesmo diploma legal, para disciplinar matéria específica, não se podendo integrar a determinado código monotemático. Utilizam-se instrumentos legais mais dinâmicos, mais leves e menos cristalizados que os códigos – embora, às vezes, sejam denominados “códigos”, em homenagem à tradição, a exemplo do código do consumidor dotados de natureza multidisciplinar.¹⁶

¹⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 204.

Assim, gradativamente, o Direito Civil deixa de ser baseado só em uma lei codificada, mas em muitas outras leis específicas que se aplicam a diversos setores da ordem privada.

Ao redor do código surgem microssistemas, cujo surgimento se verifica em razão de instalação de nova ordem protetiva sobre determinado assunto, com princípios próprios, doutrina e jurisprudências próprias, autônomos ao Direito Comum.

Além disso, concomitantemente à expansão da legislação especial, os textos constitucionais passam, progressivamente, a definir princípios relacionados a temas de Direito Privado, dantes exclusivamente reservados ao Código Civil. Assim ensina Gustavo Tepedino:

função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do Direito Privado, passa a integrar uma nova ordem pública constitucional.¹⁷

E, assim, conforme Ricardo Luís Lorenzetti,

os códigos perderam a sua centralidade, porquanto esta se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais.¹⁸

Neste diapasão, Maria Celina Bodin de Moraes acrescenta:

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas,... [] é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 07

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 45.

Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.¹⁹

A Constituição Federal toma o lugar antes ocupado pelo Código Civil e passa a ser o estatuto central da sociedade civil e política. Seu advento significa o fim da centralidade sistêmica do Código Civil apesar de ainda existir relutância por parte da doutrina em admitir o necessário fim da dicotomia público-privado.

Assim, apesar da armadura imposta pela codificação, o Direito Civil foi forçado a acompanhar as transformações da sociedade contemporânea, superando a teoria liberal clássica. A própria codificação, trouxe em si, a semente para sua ruína ao tentar aprisionar a multiplicidade social dentro de um código engessado.

Hodiernamente, não podemos chegar à outra conclusão senão de que os códigos tornaram-se obsoletos e, mais grave, constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil e da sociedade. A complexa vida contemporânea não se coaduna com a rigidez imposta pelas regras codificadas.

2.2.3 Da tensão ou crise da interpretação e as mudanças dos paradigmas hermenêuticos

A "crise" do Direito na contemporaneidade operou verdadeira revolução nos paradigmas hermenêuticos utilizados até então, sobretudo, tendo-se em vista a superação da idéia de sistema fechado preconizada pelas escolas positivistas, com a conseqüente instauração da mentalidade de sistema aberto lecionada pelos pós-positivistas.

A crítica ao Positivismo reside, acima de tudo, neste fato: na pretensão de um controle cognitivo absoluto da realidade; na ousadia de tentar aprisionar o espírito humano dentro de um sistema fechado, enclausurado.

O Pós-positivismo possui traços característicos básicos. Trata-se de um conjunto de idéias plurais que ultrapassam os limites do legalismo estrito do

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In Revista dos Tribunais. São Paulo, nº 65, p. 21-32, jul/dez, 1993. p. 76.

positivismo e do normativismo, sem, contudo, recorrer à razão subjetiva do Direito Natural.

O chamado pós-positivismo consiste em um movimento de meados do século XX, que, contrapondo-se, principalmente, ao normativismo, acredita que o direito só existe de forma concreta na medida em que compõe interesses. Seu valor potencial, enquanto conjunto de normas abstratas e genéricas, não tem qualquer interesse prático, digno de ocupar o tempo do estudioso.

É marcado, ainda, pela ascensão dos valores, pelo reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos humanos fundamentais. A discussão ética volta ao centro do direito.

Surge, portanto, uma nova hermenêutica, fundada em um pluralismo epistemológico, onde está presente a reelaboração teórica, filosófica e prática do Direito.

Para dirimir as questões, os Pós-positivistas têm como ponto de partida o caso concreto. Ou seja, a lógica positivista é invertida: não se parte mais do sistema para o caso concreto.

Isso significa que a aplicação da lei não se consistem mais em enquadrar em sua moldura estreita, as particularidades de cada caso, restando ignoradas e decotadas todas aquelas que não caibam dentro de seu esquadro. A realidade é o parâmetro para se conjugar ideais de justiça e segurança jurídica.

Partindo-se do caso concreto, preocupando-se com suas particularidades, o intérprete adequará a norma ao caso – e não o contrário. :

Ao entrar em contato com as peculiaridades do problema prático, o intérprete buscará adequar a norma, amoldando-se às necessidades do caso. Para tanto, conjugará o texto legal com os princípios e valores vigentes no ordenamento. A solução encontrada passará a integrar o sistema, que, assim, estará retroalimentando-se.

Um dos primeiros mentores do pós-positivismo foi *Recaséns Siches*, que preconizou que o intérprete da pós-modernidade enfrenta três problemas ao se deparar com o caso concreto: o primeiro é eleger a norma adequada para o

referido caso; o segundo é converter os termos gerais da norma aos termos particulares do caso; o terceiro é escolher o método correto para tratá-lo.

É uma metodologia ainda muito enraizada na segurança jurídica, mas a justiça já é colocada como objetivo maior do Direito. *Recaséns Siches* deu grande contribuição no que tange à importância do papel da Filosofia do Direito e à idéia de se buscar, a partir do problema, a axiologia do Direito.

Em outras linhas, várias obras são publicadas em contraposição à lógica formal do positivismo jurídico. São as chamadas Teorias da Argumentação, que apesar de suas diferenças, possuem todas o mesmo fundamento: o preceito de que a interpretação jurídica deve ser baseada na argumentação, evitando a aplicação dura e fria da lei.

As Teorias da Argumentação preconizam um sistema aberto, sobretudo, onde seja possível aprimorar mecanismos de interpretação capazes de promover justiça, de dar a resposta correta para o caso concreto.

No que diz respeito à normatividade dos princípios do Direito preconizada pelo Pós-positivismo, também existem teorias que procuram explicar o que são estes princípios e qual a forma de sua aplicação.

*Bobbio*²⁰ defende que princípios são normas generalíssimas do sistema, alcançadas por meio de crescente generalização de outras normas do ordenamento. Dentro dessa teoria, por conseqüência, não há que se falar em conflito de princípios, tendo-se em vista que, por serem normas generalíssimas, eles possuem aplicação universal.

Outros autores criticaram essa teoria afirmando que não é a generalidade que distingue o princípio da regra, pois princípios não se formam através de processo de generalização. Para ele, a generalidade não é causa do conceito do princípio, mas conseqüência.

Marcelo Galuppo sintetiza as críticas a essa primeira teoria:

²⁰ BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. 9. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 26

Desde Kelsen sabemos, no entanto, que essa tese dificilmente é sustentável, pois, aprendemos com ele, como o sistema jurídico é um sistema dinâmico, não é possível deduzir de conteúdos (mais gerais) outros conteúdos normativos (mais particulares). Como Esser, já observara, não é a maior ou menor generalidade que distingue o princípio da regra. A generalidade não é um critério adequado para a distinção, porque, apesar de muitas vezes os princípios serem normas com elevado grau de abstração, eles não se foram por um processo de generalização (ou de abstração) crescente.²¹

A segunda teoria pertence a Robert Alexy²². Para ele, a aplicação universal de princípios é irrealizável no caso concreto. Alexy entende que princípios são *mandados de otimização*, ou sejam, são normas que dizem algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Sendo assim, podem ser aplicados em diferentes graus, pois contém mandados *prima facie*, que comandam a análise do caso concreto e de todas as suas circunstâncias para sua aplicação. As regras, ao contrário, contém mandados definitivos, sendo aplicáveis ou não no caso concreto. "Portanto, o que diferencia basicamente princípio de regras seria o fato de os primeiros serem razões *prima facie*, enquanto as segundas seriam razões definitivas".

No caso de colisão entre princípios, Alexy preconiza que ambos os princípios conflitantes não deixam de ser válidos e que tal conflito se dá na dimensão do peso, o que nos conduz, invariavelmente, a uma idéia de hierarquização entre eles, ponto mais criticável da sua teoria.

Alexy preconiza que não se trata de hierarquização absoluta. Ocorre tão somente no caso concreto e é estabelecida através de um procedimento de *ponderação*, o qual possibilita a descoberta de qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso no caso, tendo-se em vista a existência de condições que implicam a precedência de um princípio sobre o outro.

²¹ GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. Revista de Informação Legislativa, Brasília, , v. 36, n. 143, p. 191-209 36, n.143, jul./set., 1999.p. 192.

²² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 193

A teoria de Alexy é muito criticada. Autores como Habermas²³ e Günther²⁴ afirmam que ele esvazia o caráter normativo dos princípios, pois entra em contradição com a compreensão deontológica do Direito que pretende defender.

Habermas afirma que a concepção da lei de ponderação e da lei de colisão de Alexy conduz a uma axiologização do Direito, pois tal ponderação só é possível à medida que preferimos um princípio em relação a outro e quando fazemos isso – ou seja, quando preferimos – os aproximamos de valores e não de normas.

Na fala de Marcelo Galuppo:

Habermas entende que a maneira pela qual Alexy concebe as leis de colisão e de ponderação implica uma concepção axiologizante do direito, pois a ponderação, nos moldes pensados por Alexy, só é possível porque podemos preferir um princípio a outro, o que só faz sentido se os concebemos como valores. Pois é apenas porque são concebidos como valores que os seres podem ser objetos de mensuração por meio de preferibilidade, constitutiva do próprio conceito de valor, uma vez que o valor, conforme aponta Lalande, pode ser entendido como o "caráter das coisas consistindo em que elas são mais ou menos estimadas ou desejadas por um sujeito ou, mais ordinariamente, por um grupo de sujeitos determinados" (Lalande, 1960:1183. Grifos meus). Ao assumir tal posição, Alexy confunde normas jurídicas (em especial os princípios) com valores, o que torna a sua teoria inconsistente.²⁵

Alexy se preocupa em encontrar mecanismos racionais de ponderação e afirma que a fundamentação racional é aquela capaz de apontar suas razões, ou seja, as razões de preferibilidade.

²³HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. p. 158

²⁴GÜNTHER, Klaus. The sense of appropriateness. Trad: John Farrel. Albany: State University of New York, 1993. p.178

²⁵GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos nos estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n.143, jul./set., 1999. p. 193.

Habermas²⁶, por sua vez, afirma que é necessária uma fundamentação deontológica, que leve em consideração a *correção normativa*, que pressupõe a possibilidade de fundamentar em termos racionais e definitivos uma determinada ação.

Para este autor, uma fundamentação baseada em valores nos dita aquilo que é bom para nós, enquanto uma fundamentação em normas dita aquilo que é universalmente correto.

Ronald Dworkin²⁷ afirma, a seu turno, que princípios são modelos que devem ser observados, independentemente do fim que sua aplicação poderá atingir, mas porque é simplesmente uma exigência da justiça ou de imparcialidade ou de qualquer dimensão de moralidade.

O conceito de *Integridade do Direito*²⁸ elaborado por Dworkin também é identificado nas teorias de Klaus Günther e de Habermas para formulação do conceito de princípios e do procedimento de solução de conflitos entre eles, no caso concreto.

Estes dois autores consignam que a diferença entre princípios e regras reside no fato de serem normas que possuem razões distintas de fundamentação das ações. Os primeiros possuem razões *comparativas* (consideradas todas as circunstâncias, a ação deve ou não deve ser executada) e as segundas possuem razões *prima facie* (a ação deve ou não deve ser executada).

Para eles, princípios são fluidos e abstratos e necessitam ser densificados no caso concreto, não se aplicando a toda e qualquer situação que reproduza suas circunstâncias de aplicação.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. p. 179

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. Nova Iorque. Alfred A Knopf, 1993. p. 89.

²⁸ Conceito central da teoria de Dworkin responsável pela atribuição de legitimidade ao sistema jurídico, relacionado, ainda, com as razões que constituem o substrato das normas jurídicas e se conecta diretamente ao conceito de justiça, imparcialidade e igualdade. Para Dworkin, uma decisão justa respeita a integridade do sistema e fornece a resposta correta para o caso.

Günther²⁹ leciona que os princípios são aplicados através de procedimento argumentativo, que obriga a considerar todas as características da situação em exame. Leva-se em conta um *juízo de adequabilidade*; um princípio pode excepcionar outro e a exceção se faz pelo próprio caso, onde o juiz deve realizar a exigência da *Integridade*.

Para ele, ao contrário de Alexy, princípios não estão em relação de subordinação, mas sim de coordenação.

Independentemente das divergências entre os autores citados acima, o que devemos ter em mente é que dentro desta concepção de sistema aberto, os princípios assumem papel importantíssimo no sentido fornecer decisões coerentes e justas, integrando o sistema jurídico. Além disso, por serem normas, princípios não podem ser hierarquizados, tampouco podem ser objeto de preferências.

2.3 Da constitucionalização do Direito Civil: os novos parâmetros do ordenamento privado

Para continuação deste processo de aperfeiçoamento do Novo Código Civil e com o objetivo de adequar seus institutos dentre eles o da responsabilidade civil para com a ordem constitucional, ordem esta que é responsável por toda a validade dos demais ordenamentos inferiores, o Direito Civil sofreu uma grande influência do Direito Constitucional no sentido de proporcionar àquele a obediência e adaptação aos princípios e direitos fundamentais – o que é conhecido como a Constitucionalização do Direito Civil – processo de extrema importância na conceituação do tema analisado neste trabalho, uma vez que com uma interpretação sistemática entre as ciências em questão podemos nos esquivar daqueles conceitos literais e clássicos e

²⁹ GUNTHER, Klaus. The sense of appropriateness. Trad: John Farrel. Albany: State University of New York, 1993. p. 76.

interpretar outros que nem mesmo foram combatidos como no caso da Teoria do Risco.

O Direito Civil sempre teve em sua essência a proteção sobre indivíduo. A preocupação com a coletividade era mínima. A característica do egoísmo e individualismo jurídico era latente quanto aos institutos da propriedade, contratos e responsabilidade civil.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lobo, este panorama não é atual, resume o autor:

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.³⁰

O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação).

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.

Especificamente na elaboração do Código Civil de 1916 o momento vivido pela sociedade era o do movimento iluminista e liberal.

³⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, in Leituras Complementares de Direito Civil. Editora. Juspodivm. São Paulo. 2007 .p. 21.

No Iluminismo se assentou a idéia de que as normas deveriam ser estabelecidas com clareza e segurança jurídica absoluta, por intermédio de uma elaboração rigorosa, a fim de garantir, especialmente, uma irrestrita univocidade a todas as decisões judiciais, devendo ser o juiz o escravo da lei. Neste contexto, a segurança jurídica se confundia com a noção de justiça.

Ocorre que em muitas das vezes o aplicador do direito se deparava diante de uma situação onde o(s) dispositivo(s) infraconstitucional(is) não se encontrava(m) consoante(s) com os valores constitucionais, sendo necessário lançar mão da interpretação sistemática.

A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos. Dito de outra forma, a interpretação sistemática, quando compreendida em profundidade, é aquela que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, tecida por princípios, normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto. Assim, ao se aplicar uma norma, está-se aplicando o sistema inteiro.³¹

Interpretar sistematicamente implica, então, excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

Fica evidente o papel destacado conferido à Constituição como norma fundante de todo o sistema normativo, e, conseqüentemente, seu principal elemento de unificação. Daí porque de um simples instrumento técnico do método sistemático derivou-se um princípio básico de toda a interpretação jurídica: a interpretação conforme a Constituição. A norma fundamental converte-se sempre por esta via em questão prévia de toda a interpretação, de sorte que nenhuma lei pode ser interpretada isolando-se dela.³²

³¹ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 60-61.

³² SILVA, Celso de Albuquerque. Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 124.

Assim, a nossa Constituição Federal é dotada de características especiais, pois tem um brilho autônomo expresso por intermédio da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros instrumentos com valor legislativo presentes na ordem jurídica, destacando: *autoprimazia normativa, fonte primária de produção jurídica, força heterodeterminante, natureza supra-ordenamental e força normativa*.³³

Serão destacados aqui apenas alguns desses elementos e seus principais traços caracterizadores.

Pode-se asseverar, em síntese, que *autoprimazia normativa* significa que as normas constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior, sendo assim um valor normativo formal e material superior, o que implica no princípio da conformidade de todos os atos do poder político com as normas constitucionais.

Já como uma das conseqüências mais relevantes da natureza daquelas normas concebidas como *heterodeterminações* das normas hierarquicamente inferiores tem-se a conversão do *direito ordinário* em *direito constitucional concretizado*. De acordo com essa perspectiva não se pode falar do direito civil como direito autônomo em relação ao direito constitucional: o direito civil não pode divorciar-se das normas e princípios constitucionais relevantes.³⁴

Força normativa da constituição ou *normatividade da constituição* são expressões que significam que o documento constitucional é uma lei vinculativa dotada de *efetividade e aplicabilidade*. A *força normativa da constituição* visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição, sendo uma lei, como lei deve ser aplicada. Afasta-se assim a tese generalizante aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um "valor declaratório", "uma natureza de simples direção política", um caráter

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1112-1115.

³⁴ CANOTILHO, 1998, p. 1114.

programático despido de força jurídica atual caracterizadora das verdadeiras leis.³⁵

A constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças a pretensão de eficácia, esta Carta Política procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.³⁶

Logo, com a entrada em vigor do Novo Código Civil influenciado pelo contexto constitucional de 1998, o qual possui como seu epicentro fundamental a dignidade da pessoa humana, a doutrina inclina-se na árdua tarefa de construção de novos modelos interpretativos, onde é imperativo retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, ao Diploma Fundamental vigente.³⁷ Inolvidável que o novo Código absorveu várias das grandes modificações e conquistas sociais em matéria de Direito Civil, presentes na Constituição de 1988.

Continua-se assim a crescer o entendimento da chamada *constitucionalização* ou *publicização* do direito privado, lembrando que "*o direito – e, desde logo, o direito constitucional – descobre-se, mas não se inventa*"³⁸.

BOBBIO destaca que o processo de *publicização do privado* é apenas uma das faces do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas e que é acompanhado por um processo inverso que se pode chamar de *privatização do público*.³⁹

³⁵ CANOTILHO, loc. cit..

³⁶ Ibid., p. 1115.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Crises de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. Revista forense, v. 364, Rio de Janeiro, nov./dez. 2002, p. 113.

³⁸ DWORKIN, Ronald, citado por, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, p. 1147.

³⁹ BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: _____. Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. 9. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 26. Cf. ainda, ibidem: "Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos.", p. 27.

Atualmente a crise parece estar em vias de solução. O envelhecimento dos códigos atenuou, se é que não eliminou, a atitude do positivismo legislativo dominante do século XIX. Observa-se cada vez mais abertamente a função essencial que pertence à doutrina e à jurisprudência na formação e na evolução do direito, destacando que nenhum jurista deve ainda pensar que apenas os textos legislativos infraconstitucionais sejam importantes para conhecer o direito.⁴⁰

Os valores da sociedade hodierna não são mais aqueles pregados pelo direito civil do Estado Liberal. Ao invés da autonomia da vontade e da igualdade da forma, sobrepõem-se os interesses da proteção de uma população que aguarda providência e prestações estatais. Estes valores, que outrora estavam no direito civil, estão agora nas Constituições. A Constituição, que no paradigma burguês era desinteressada quanto às relações sociais, passa a se preocupar com elas, incorporando os valores que, ao mesmo tempo, vão sendo expressos no ordenamento.⁴¹

Após a Segunda Grande Guerra as constituições começaram a ter um conteúdo mais amplo, desvinculando-se da mera estruturação do Estado, o que levou uma visão diferente do papel da Constituição. Atualmente, no mundo dos sistemas jurídicos legislados, as constituições passaram a ter significado mais relevante e eficácia muito mais ampla.

Nesse sentido cabe mencionar desde logo que para o direito ordinário, avulta a importância do método lógico-sistemático em toda a sua largueza, ou seja, deve-se interpretar as normas ordinárias, tanto no contexto interno, como no externo contexto da Lei Fundamental – destacando aqui o *Direito Civil Constitucional*.⁴²

⁴⁰ DAVID, René. Os grandes sistemas contemporâneos. 3. ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 55.

⁴¹ FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 93.

⁴² Cf.: RIVERA, Júlio César. El derecho privado constitucional. Revista dos tribunais. São Paulo. n. 725, mar. 1996, p. 11-12: "En la doctrina europea viene desarrollándose em los últimos años um movimiento que estudia lo que se há dado em llamar 'Derecho Civil Constitucional'. El motivo de estos estúdios se encuentra em los procesos de reforma constitucional de la posguerra em

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.⁴³

Com o advento da Constituição Brasileira de 1988, ocorreu um choque de perplexidade no início, quer por sua abrangência, quer por passar a disciplinar diretamente matéria que até então era exclusiva do Código Civil.⁴⁴

Acresce-se ainda a o fato de uma grande parte do complexo das relações sociais (e portanto jurídicas) não está mais regulada somente pelo Código Civil, mas pelos microssistemas (Código do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Locações, *v.g.*), o que fez com que deslocasse o centro do ordenamento, que antes era o Código Civil, para a Constituição. Assim, a Constituição na qualidade de *lex superior* é que unifica em torno de si todo o complexo de normas que compõem o ordenamento jurídico, expressando uma ordem material de valores.

Por Direito Civil-Constitucional deve-se entender, na definição de FLORES-VALDÉS, como um sistema de normas e princípios institucionais integrados na Constituição, relativos à proteção da pessoa em si mesma e suas dimensões fundamentais familiar e patrimonial, na ordem de suas relações jurídico-privadas gerais, e concernentes àquelas outras matérias residuais consideradas civis, que tem por finalidade firmar as bases mais comuns e abstratas da regulamentação de tais relações e matérias, nas que são suscetíveis de aplicação imediata, ou que podem servir de ponto de referência

algunos países como Italia, Alemania y la misma Francia, o más próximos em el tiempo como há sucedido en España."

⁴³ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, São Paulo. Malheiros. 2006. p. 34.

⁴⁴ Cf.: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Interpretação e estudos da constituição de 1988. São Paulo. Atlas. 1990, p. 11, que afirma: "Na verdade, não apenas a nossa, mas as constituições contemporâneas de um modo geral sofreram um processo de transformação que nos atinge hoje de forma peculiar."

da vigência, da validade e da interpretação da norma aplicável da pauta para o seu desenvolvimento.⁴⁵

Foi o direito civil-constitucional quem conferiu uma nova personalidade ao direito privado, redimensionando até mesmo o conceito de autonomia privada na teoria dos negócios jurídicos, sendo que a grande vantagem da existência autônoma desta disciplina está em possibilitar a realização de um processo hermenêutico integrado dos meandros que se irradiam das relações privadas.⁴⁶

Perde assim, o direito civil, inevitavelmente, a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradoura, no Código Civil⁴⁷, anunciando-se assim a chamada "era da descodificação", com a substituição do monossistema, representado pelo Código Civil, pelo polissistema, formado por estatutos, verdadeiros microssistemas do direito privado que orbitam em torno da Constituição.⁴⁸

Fala-se em "era dos estatutos" para designar as novas características da legislação extravagante, onde se verifica uma profunda alteração na técnica legislativa, destacando principalmente que o legislador não mais se limita à disciplinar as relações patrimoniais⁴⁹. Na esteira do texto constitucional, que impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou

⁴⁵ FLORES-VALDÉS, Joaquín Arce y, apud DIAS, Joaquim José de Barros. Direito civil constitucional. In: LOTUFO, Renan. Direito civil constitucional: caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

⁴⁶ DIAS, Joaquim José de Barros. Direito civil constitucional: caderno 3. In: LOTUFO, Renan, (Coord.). Direito civil constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

⁴⁷ Em qualquer dos países do mundo ocidental o Código Civil representa o maior monumento legislativo. Sua importância quanto aos efeitos diretos na vida do cidadão é, sem dúvida, sob certos aspectos, muito maior do que a própria Constituição, isso porque, como sua própria denominação indica, o Código Civil é a lei do cidadão, do homem comum, do pai, da mãe, dos filhos, do lar, da família e de seus bens.

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. Temas de direito civil. 2. ed. reev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 10-11.

⁴⁹ Cf.: PERLINGIERI, Pietro. Ob. cit., para quem se caminha para a "despatrimonialização" do Direito Civil, vez que a pessoa deve prevalecer sobre qualquer valor patrimonial.

jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob a ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais.⁵⁰

Nesse contexto a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida, entendida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.⁵¹

Nenhuma norma jurídica paira avulsa, como que no ar. Nenhum mandamento jurídico existe em si, como que vagando no espaço, sem escoro ou apoio. Não há comando isolado ou ordem avulsa – ou fazem parte de um sistema, nele encontrando seus fundamentos, ou não existem juridicamente.⁵²

A atividade do jurista não pode se cingir à leitura (exegese) do direito positivo. É imprescindível a concretização do direito aplicável à luz da Constituição e com o compromisso de realizá-la, efetivá-la. A concretização não se confunde com a interpretação do texto da norma; é sim, a construção de uma norma jurídica.⁵³ Tudo bem que as Constituições compromissárias, como a

⁵⁰ Cf.: TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. Temas de direito civil, p. 8-10, para quem se trata também de uma legislação de objetivos, que vai muito além da simples garantia de regras estáveis para os negócios; a linguagem é menos jurídica e mais setorial; e age através de leis de incentivo ("função promocional do direito" – Bobbio).

⁵¹ Cf.: RIVERA, Júlío César. El derecho privado constitucional, p. 34: "Los autores suelen señalar la existencia de diversos efectos que las normas civiles constitucionales producen sobre el ordenamiento jurídico civil de fuente legal. Arce y Flórez-Valdés apunta que la eficacia de esas normas puede distinguirse en directa, derogatoria, invalidatoria, interpretativa e informadora, o directiva, lo que en términos generales es compartido por el resto de la doctrina."

⁵² GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 3. ed, 2005, p. 113

⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. Seleções Jurídicas ADV-COAD, 01/94, Rio de Janeiro, n. 1, p. 45-52, jan. 1994. Cf.: "Não cabe confundir a norma com o texto da norma porque 'a prescrição jurídica positiva é tão-somente a cabeça do iceberg. No seio da montanha de gelo, na parte mais baixa, recôndida e profunda, porém invisível, é que deve procurar a essência da normalidade, feita dos fatos e relações de natureza política e social."

brasileira, impõem dificuldades adicionais ao aplicador do direito, pois além da obrigação de trabalhar com normas de textura aberta, que abrigam conceitos políticos e princípios morais, vê-se ainda, por vezes, obrigados a arbitrar uma competição de valores e diretivas normativas muitas vezes contraditórias.⁵⁴

Nessa perspectiva de interpretação civil-constitucional permite-se que sejam revigorados os institutos do direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.⁵⁵

Sob essa ótica, a norma constitucional assume, no direito civil, a função de validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais.⁵⁶

Por fim, pode-se dizer que o direito civil constitucionalizado parece estar em busca de um fundamento ético, que não exclua o homem e seus interesses não-patrimoniais, da regulação patrimonial que sempre pretendeu ser.

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição⁵⁷, e muito embora se diga de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar os valores contidos na Carta Fundamental à sua práxis, sem desprezar que esse denominado direito civil constitucional veio de certo modo absorvido pelo Novo Código Civil, não representando, contudo, grande inovação.

À mercê da vigência do Novo Código Civil, chegou a hora do aplicador-intérprete da norma alterar o foco do direito civil, deixando que este se ilumine

⁵⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça, São Paulo. Saraiva 2005. p. 195.

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____, Temas de direito civil, ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 21.

⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Revista de direito civil. Rio de Janeiro, v. 65, p. 29.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113.

pelos valores contidos na Constituição de 1988 a fim de conseguir um novo contorno do direito civil, agora à luz do Texto Constitucional vigente.

A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.

Não se pode permitir que a Constituição de 1988 transforme-se em um território inóspito pela falta de uma pré-compreensão de seus valores e de sua aplicação sobre o direito infraconstitucional.

2.3.1 Das pautas axiológicas do Novo Código Civil: extensão do processo de constitucionalização

2.3.1.1 Pautas axiológicas da República e despatrimonialização

Com o advento da Carta de 1988, os fundamentos sucumbiram ao sentido social aí adotado, aos ideais de solidariedade, socialização etc. O homem passou a ser valorizado não pelo ter, isto é, pela sua aptidão de possuir acervos econômicos, mas pelo ser que toda pessoa representa, seja ou não dotada de posses.⁵⁸ A propósito desse rito de passagem, do liberal para o social, a Constituição Federal vigente logrou não apenas esquadrihar o homem em perspectiva diversa, mas, principalmente, instituir princípios axiológicos cogentes, autênticos fundamentos da República, a fim de determinar quais são as opções políticas da sociedade brasileira. Dessa maneira, frisou a submissão das leis infraconstitucionais à filosofia social, humanitário-solidária, que norteou a Lei Maior, estabelecendo aos operadores o rumo a seguir: defesa do social em

⁵⁸ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 91-95.

vez do culto cego e egoístico ao individualismo vigorante ao tempo do Século das Luzes.

Nesse Texto, repita-se, consta uma ordem de fundamentos como o da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa conforme seu artigo primeiro:

Artigo 1º - A Republica Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados Municípios e do Distrito Federa, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

III - A dignidade da pessoa humana

IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Assim como também no seu artigo 3º estão confessados os objetivos fundamentais da Nação, são eles:

Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ao lado dessas diretrizes, coordenadas ou vetores fundamentais (axiológicos) do Estado de Direito brasileiro, encontram-se disciplinados outros princípios gerais, de igual obrigatoriedade, como prevalência dos direitos humanos conforme artigo 4º da Constituição Federal:

Artigo. 4º – A Republica Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II – prevalência dos direitos humanos.

E por fim defesa da existência digna e a justiça social conforme artigo 170 da Constituição Federal:

Artigo 170º - a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Aí está, em linhas breves, o norte que a Lei Maior impôs a todo hermeneuta ou operador jurídico. Nenhuma interpretação poderá frustrar os objetivos da nação brasileira, nem mesmo em nome das regras da

especialidade, temporalidade etc. Aliás, os princípios – porque fundamentais, básicos, genéricos e supremos – se sobrepõem às normas.

2.3.1.2 A funcionalização do Direito e o seu sentido promocional

As mudanças experimentadas pela sociedade reverteram a perspectiva de outrora, deslocando a "primazia do individual para o coletivo; da vontade para a norma jurídica; da liberdade para a cooperação [...]".⁵⁹ O homem, então, valorizou-se não por suposta individualidade formal e egoística, mas pela sua substância e integração na coletividade. Teve de se sintonizar com seus (dela) interesses gerais (considerados a partir do que a maioria entende como tais). Daí porque as atividades sociais ou econômicas das pessoas, os bens que os complementam, as regras jurídicas, enfim, têm de ser compreendidas pela sua "funcionalização", pela sua legítima, escoreta e regular prestabilidade jurídico-social, mediante aferição conforme a Constituição Federal e as suas pautas axiológicas, tradutores dos fundamentos e objetivos da nação brasileira.

Como se vê, a "função promocional"⁶⁰ do Direito, característica do Estado social, destina-se a fazer com que os "fins" e "objetivos" republicanos não fiquem confinados ou estáticos no corpo da Lei Maior do país. Para tanto, vale-se de mecanismos (sanções premiais ou propriamente punitivas) voltados à consecução daqueles desideratos.

2.3.1.3 A socialização e a solidarização do Direito

Tais fenômenos estão imbricados, como se fizessem parte do mesmo contexto. Aliás, a própria sociologia define a "socialização" como o "sentimento coletivo, da solidariedade e do espírito de cooperação nos indivíduos associados", um "processo de integração mais intensa dos indivíduos no grupo".

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro. São Paulo: R. dos Tribunais, 1987. p.39.

⁶⁰ Termo que, segundo Gustavo Tepedino (O Código Civil, os chamados micro sistemas..., p.5), fora "síntese feliz", de autoria do festejado Norberto Bobbio (Dalla struttura alla funzione).

Já a "solidariedade", é entendida como o "sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades de um grupo social, de uma nação, ou da própria humanidade. [...] relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada [um] [...] se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s)".⁶¹

E tendo a Carta Política incorporado em sua essência valores sociais, próprios do Estado social, obviamente impôs a todos os súditos obediência aos ditames da solidariedade, a fim de que realmente se possa edificar uma sociedade justa (art. 3º, inc. I, dessa Carta). Melhor dizendo, anunciou que os indivíduos não de procurar a satisfação de seus interesses particulares com liberdade, mas de modo que os harmonizem com o sentimento que a comunidade tem acerca de bem comum. Mais que isso, todos têm de buscar, como num somatório de forças, sem boicotes e subterfúgios, o atendimento dos motes éticos e funcionais do Direito, como preconiza a Constituição Federal, porquanto destinados à realização dos objetivos e fundamentos da pátria.

O feixe normativo que habita o topo da pirâmide hierárquico-jurídica condiciona as pessoas, bens, categorias e institutos ao cumprimento de suas funções ou finalidades que o justificam. A socialização, ou seja, a priorização dos valores socioéticos, se traduz em mandamento ou direção a ser seguida, consoante regras – as mais básicas ou simples – de solidariedade (cooperação, convergência, autodeterminação moral e submissão aos interesses legítimos da sociedade). Ademais, essa socialização se confunde com a inafastabilidade do Estado (social, participativo, distributivo) no policiamento diuturno dos atos ou fatos jurídico-sociais, de modo preventivo (ou promocional) ou repressivo (ou punitivo). Nessa esteira, o Direito Privado teria [...] perdido [e perdeu] o caráter de tutela exclusiva do indivíduo para "socializar-se", como se costuma dizer [...]. Essa "socialização" há de permear todos os institutos do Direito Privado [...].⁶²

⁶¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2. ed. rev. e aum. 15. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p.1607.

⁶² GIORGIANNI, Michele. O Direito privado e as suas atuais fronteiras. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

Em toda a sociedade deve haver uma solidariedade que implique que a atuação de cada um tenha reflexos positivos na ordem global. Pressupõem-se que cada um, no uso de sua autonomia, beneficie o conjunto. Enfim, a pessoa deve agir, não apenas com os outros, mas para os outros.

A "socialização é o antônimo desse" indigitado "patrimonialismo." Exprime o contrário daquela filosofia individual-liberalista e neutral, ou seja, corresponde ao já anunciado fenômeno da constitucionalização. Outrossim, para pôr em prática o novel desiderato da República, todos os cidadãos – e o Estado – têm de exercitar a solidariedade (no seu grau mais verdadeiro), sob pena de se configurar comportamento – omissivo que seja – aético, amoral, indesejado, injurídico.

2.3.1.4 O ser humano e sua dignidade: centro epistemológico do ordenamento jurídico

Neste contexto, onde a dignidade da pessoa humana é colocada como fundamento da República Brasileira, sendo valor essencial de nosso sistema jurídico, encontramos mais uma razão para que a dicotomia público-privado seja superada, tornando-se possível alcançar a plena tutela da pessoa humana.

No estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição Federal de 1988, que tem como entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido.

Assim, os valores existenciais estão no vértice do ordenamento jurídico. A pessoa humana é o valor que deve orientar todo e qualquer ramo do Direito. Todos – absolutamente todos – os institutos jurídicos devem ser funcionalizados com o objetivo de promover o pleno e integral desenvolvimento do homem.

Desta feita, a "patrimonialização" tradicional das relações civis, que ainda persiste em nosso novo Código Civil, é totalmente incompatível com os valores constitucionais fundados no princípio da dignidade da pessoa humana. A

primazia da pessoa humana é condição essencial de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais vigentes.

Diante disso, fala-se em "repersonalização" das relações civis, movimento que objetiva recolocar o ser humano no centro do Direito Civil, lugar que sempre deveria ter ocupado, ao invés do patrimônio, que norteou nosso ordenamento juscivilístico até então.

O breve histórico que fizemos de nossa civilística e daquelas que a influenciaram nos revela que o ser humano e os valores existenciais jamais ocuparam o centro do Direito Civil. Tal posição sempre fora inegavelmente reservada ao patrimônio, considerado, por muito tempo, a verdadeira medida do homem.

Neste sentido, Luiz Edson Fachin defende, ainda, a existência de um patrimônio personalíssimo, relacionado com a "*verificação concreta de uma esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais*".⁶³

A tese de Fachin é muito interessante, pois propõe a colocação da pessoa e suas necessidades fundamentais, em primeiro plano e coaduna-se, portanto, com as tendências de "despatrimonialização" do Direito Civil.

O autor em análise fundamenta suas formulações na tutela constitucional ao direito à vida, prevista no artigo 5º, bem como no artigo 170 da Carta Magna, que comanda o condicionamento da ordem econômica à garantia de uma existência digna a todo ser humano.

Este autor preconiza que a defesa da vida, plena e digna, é a única seiva que pode animar o Direito e busca, em sua tese, uma nova conceituação do patrimônio, capaz de colocar a pessoa humana e seus valores personalíssimos no centro das relações jurídicas.

2.3.1.5 Nova técnica legislativa: cláusulas gerais

⁶³ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 03

Antes de adentrarmos no conceito das cláusulas gerais, sua função e natureza jurídica, é necessário que pontuemos alguns preceitos de interpretação da lei em nosso sistema jurídico contemporâneo.

A esta altura, não restam dúvidas a respeito da supremacia absoluta dos princípios e regras constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, nem tampouco de que a estrutura legislativa adotada por nossa Carta Magna forma um sistema que rege tanto as relações jurídicas públicas quanto as privadas.

Entendido este ponto, devemos considerar que a interpretação das normas constitucionais e da legislação infra-constitucional não pode ser estática. Ao contrário, deve ser dinâmica para se adaptar à realidade social do momento da aplicação da norma, pois o significado de um texto legal pode variar no tempo e no espaço.

Todas estas premissas são de extrema relevância para analisarmos a harmonia do Código Civil de 2002 – e de sua técnica legislativa - com a Constituição Federal de 1988.

Bem, a lei, em sua forma tradicional, se apresenta com conteúdo rígido e fechado; completamente estático, a ponto de não abrir espaço algum para o juiz interpretar e aplicar a lei em face do caso concreto. Contudo, essa técnica legislativa, na época contemporânea, não se coaduna com as exigências impostas pelas relações jurídicas vividas pelos membros da sociedade humana, haja vista a complexidade que as envolvem e as constantes mutações a que se submetem durante o curso da produção dos seus efeitos.⁶⁴

Diante disso, o novo Código Civil é composto por um sistema de regras móveis que não se deixam envelhecer com o transcorrer do tempo, tendo em vista a possibilidade de sua adaptação, no momento da aplicação, através da interpretação.

⁶⁴ DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; 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. 395.

Portanto, a técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos gerais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.

Assim, as cláusulas gerais se afiguram como fórmulas genéricas que determinam comportamentos não pormenorizados, ao contrário das regras, destinadas a regular, especificamente, hipóteses fáticas determinadas. Tratam-se de normas orientadoras e se dirigem ao julgador, dando-lhe certa liberdade para decidir, preenchendo seu conteúdo diante do caso concreto.

Possuem natureza jurídica de norma jurídica, pois é fonte criadora de direitos e obrigações. Não podem, por conseqüência, ser consideradas como princípios ou regras de interpretação.

Constituem técnica legislativa muito útil para a atualidade, pois o legislador é ciente de sua impotência para regular a complexidade de fatos sociais que surgem no seio da sociedade contemporânea, extremamente pluralizada e multifacetada.

Porém, a despeito de revelarem algumas vantagens, vez que evitam o engessamento do Direito, apresentam alguns riscos, sobretudo, na atividade interpretativa. Podem ser campo fértil para o subjetivismo exacerbado dos órgãos jurisdicionais, a quem resta a tarefa de preencher seu conteúdo em face do caso concreto.

A solução para evitar o subjetivismo e a discricionariedade dos julgadores é condicionar a aplicação das cláusulas gerais à normatividade constitucional. Por esta razão, no início deste tópico, frisamos os preceitos interpretativos da lei na contemporaneidade.

Assim, é forçoso entender que ao juiz é dada certa discricionariedade ao preencher os conteúdo da cláusula geral, mas tal discricionariedade encontra limites impostos pela normatividade constitucional.

Sua função é de instrumentalizar o Direito e atuam com o objetivo fundamental de cumprir preceitos constitucionais de valorização da dignidade da pessoa humana e da cidadania.⁶⁵

Deste modo, levando-se em consideração os limites constitucionais para a interpretação e aplicação das cláusulas gerais e atentos ao fato de que um sistema mais aberto contribui para a ocorrência de soluções mais justas e corretas no caso concreto, devemos concluir pela perfeita compatibilidade dessa nova técnica legislativa com a Constituição Federal e com as exigências sociais da contemporaneidade.

2.4 A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas: consequência da constitucionalização do Direito Civil

O reconhecimento do potencial normativo da Constituição aliado à constitucionalização de diversos assuntos atinentes aos relacionamentos privados colaborou para que o tema da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas fosse cada vez mais estudado, despertando interesse entre os estudiosos do direito.

Não existe um entendimento pacificado acerca da possibilidade ou da impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, nem sobre como ocorre a eventual aplicabilidade.

Historicamente os direitos fundamentais foram concebidos para proteger os indivíduos dos abusos do poder estatal contra a liberdade e a dignidade humana. E esse é um dos fundamentos utilizados pelos que resistem a reconhecer a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações particulares.

A História aponta o Poder Público como o destinatário precípua das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. A finalidade para a qual os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos consistia, exatamente, em

⁶⁵ DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; 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. 397.

estabelecer um espaço de imunidade do indivíduo em face dos poderes estatais.

66

Entretanto, a intenção inicial de os direitos fundamentais frearem as atividades estatais não se deve por se tratar pura e simplesmente do Estado, mas porque era esse quem representava e ainda representa a maior ameaça institucionalizada ao homem e aos seus direitos primordiais.

Portanto, fosse a ameaça originada de outra fonte que não o Estado, certamente que os direitos fundamentais teriam como objeto a regulamentação da relação entre o indivíduo e essa outra fonte de perigo.

Dessa maneira, na medida em que ocorreu o desenvolvimento da sociedade, calcado no fortalecimento do Estado de Direito, surgiram novos atores com força social, jurídica, econômica e política capazes de representar ameaça aos direitos primários das pessoas, tornando necessário que o sujeito passivo dos direitos fundamentais deixasse de ser apenas o Estado, para voltar-se também a quem quer que possa violá-los ou ameaçá-los.

Os doutrinadores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins assim se manifestaram, *in verbis*:

O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social. Uma grande empresa é juridicamente um sujeito de direito igual a qualquer um de seus empregados. Enquanto sujeito de direito, a empresa tem a liberdade de decidir unilateralmente sobre a rescisão contratual. Na realidade, a diferença em termos de poder social, ou seja, o desequilíbrio estrutural de forças entre as partes juridicamente iguais é tão grande que poderíamos tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado.⁶⁷

Mas a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser analisada não só nos casos de visível desigualdade entre as pessoas privadas, mas também em hipótese de real igualdade.

⁶⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 265.

⁶⁷ DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 109.

Por isso, os direitos fundamentais devem ser considerados como garantias dos cidadãos contra os abusos cometidos por quaisquer pessoas capazes de fazê-los, independentemente de sua condição pública ou privada, pois para o ofendido é indiferente qual seja a fonte de agressão ao seu direito.

É certo, entretanto, que em virtude da autonomia privada que revestem os particulares, a incidência dos direitos fundamentais em suas relações não poderá se dar de maneira exatamente idêntica a que ocorre quando se tem o Estado em um dos pólos.

Talvez essa seja uma das questões de maior relevo no assunto, pois urge encontrar um equilíbrio entre os direitos fundamentais e a autonomia privada. Isso porque, quanto maior a incidência dos direitos fundamentais nesses relacionamentos, mais se poderá estar mitigando o poder de autodeterminação das pessoas.

Para essas ponderações a doutrina criou teorias para fundamentar tanto a inaplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, como para defender sua aplicabilidade direta ou indireta.

a) Teoria da Inaplicabilidade dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas:

Os que advogam a inaplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre pessoas de direito privado o fazem, normalmente, invocando que foram elaborados historicamente para proteger os cidadãos contra os abusos do Estado, bem como que se estaria agredindo demasiadamente a esfera da autonomia individual e que conferiria aos juízes exagerados poderes tendo em vista a natural abstração que reveste as normas fundamentais.⁶⁸

Negar a vinculação dos particulares por conta da origem histórica dos direitos fundamentais não parece ser uma alternativa razoável porque, como já citado acima, mirava-se o Estado apenas porque esse era, e ainda é, o maior potencial ofensor dos direitos e liberdades individuais dos cidadãos.

⁶⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.p 197.

Fosse outra a maior fonte de ameaça, como, por exemplo, a Igreja ou a Burguesia, certamente que a Carta de garantias instituídas nas revoluções do século XVIII não teriam como preocupação o Estado, mas sim quem efetivamente representasse o perigo.

Por isso, se atualmente não só o Estado, como também outras pessoas podem representar ameaça aos direitos fundamentais instituídos na Constituição Federal, nada mais natural que esses também devam ser obrigados a respeitá-los.

Mas isso, considerando-se os que se situam em posição de superioridade econômica, política, social ou jurídica em relação a determinado indivíduo.

Porém, mesmo que se trate de uma relação em igualdade fática, ainda assim devem ser ambas as partes obrigadas a respeitar os direitos fundamentais porque, a nosso ver, essas garantias têm como escopo primordial resguardar aqueles direitos considerados indispensáveis ao desenvolvimento adequado do ser humano.

Em outras palavras, não se trata de coibir uma ou outra determinada pessoa, seja jurídica ou natural, de direito público ou privado, mas de efetivamente preservar aquilo que o constituinte entendeu como inalienável ao ser humano ou até mesmo à coletividade, independentemente de quem seja o potencial ofensor.

Quanto ao argumento de que haveria uma demasiada intromissão na autonomia individual, é de se notar que a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais comporta temperamentos e ponderações. O que não se pode pretender é que sejam simplesmente afastados os direitos fundamentais daquele relacionamento travado.⁶⁹

Há, então, de se realizar uma ponderação entre o princípio da autonomia privada e os valores protegidos como direitos fundamentais, tendo como parâmetro que a idéia do homem, assumida pela Constituição democrática, pressupõe liberdade e responsabilidade – o que, necessariamente, envolve a

⁶⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 268.

faculdade de limitação voluntária dos direitos fundamentais no comércio das relações sociais, mas também pressupõe liberdade de fato e de direito nas decisões sobre tais limitações.

No que diz respeito ao excessivo poder conferido aos juízes dada a abstração das normas que tratam de direitos fundamentais, tem-se que levar em conta que atualmente as cláusulas abertas, gerais, abstratas, são constantemente utilizadas pelo legislador, havendo uma superação da fase em que se pretendia prever todas as situações mundanas possíveis. Ou seja, pode-se verificar na legislação infraconstitucional que os juízes já possuem razoável liberdade na determinação e na fixação dos conceitos e dos alcances das várias cláusulas abertas.

Além do mais, ao julgar determinada disputa com embasamento nos direitos fundamentais o juiz não estará livre para entender o que quiser, pois em que pese a abstração de alguns conceitos, deverá sempre se pautar pelos princípios explícitos e implícitos do ordenamento jurídico, pesando sobre o magistrado o ônus de demonstrar a razoabilidade de sua decisão, por conta do princípio do livre convencimento motivado.

Enfim, em que pese serem legítimos os receios por parte dos defensores da inaplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, suas razões são contornáveis com a ponderação pautada na proporcionalidade e na razoabilidade, sempre tendo como guia a distribuição da Justiça.

b) Teoria da Aplicabilidade Indireta ou Mediata:

Trata-se de teoria intermediária à que nega a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas e à teoria que defende sua incidência plena e incondicionada.

Para essa teoria, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é alcançada por meio das cláusulas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados previstos na legislação infraconstitucional.

Seus teóricos procuram amenizar a total negativa de aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações horizontais, a partir do reconhecimento de que as normas inseridas no texto constitucional projetam efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, ou seja, sobre todos os outros ramos do direito, porém se recusam a possibilitar que o indivíduo possa invocar diretamente a Carta Magna, o que só seria permitido em caso de ausência legislativa ou de inconstitucionalidade da norma infraconstitucional. Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni assim delinea os termos gerais dessa teoria, *in verbis*.

A tese da eficácia mediata ou indireta afirma que os direitos fundamentais somente poderiam ser aplicados entre particulares após um processo de transmutação, por intermédio do material normativo do próprio direito privado. Essa aplicação se daria da seguinte forma: primeiramente, a eficácia dos direitos fundamentais estaria condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, pois cabe a ele o desenvolvimento "concretizante" desses direitos por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance dos direitos nas relações entre particulares. Na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete ao juiz dar eficácia as normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado. Nesta teoria, a Constituição possui somente uma função de guia, oferecendo diretrizes e impulsos para uma evolução adequada do direito privado.⁷⁰

Verifica-se, portanto, que a teoria da eficácia indireta ou imediata é mais cautelosa quanto aos poderes outorgados aos juízes e quanto a preservação da autonomia privada, preferindo que seja adotada, no caso concreto, sempre antes a solução dada pelo legislador infraconstitucional e somente quando essa for incompatível com o texto constitucional ou quando for ausente é que poderá servir o texto da Carta Magna como fundamento jurídico único.

⁷⁰ GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, SBDP/SP, 2007. p. 18.,

c) Teoria dos Deveres de Proteção:

Liga-se à idéia de que o Estado, como destinatário dos direitos fundamentais, tem o dever não apenas de abster-se de ofendê-los, mas, também, de impedir que sejam violados pelos particulares. Para o desempenho de tal mister, o Estado dispõe dos poderes de legislar, de polícia, de fiscalizar, de regulamentar, enfim, pode valer-se dos meios necessários para que os direitos fundamentais sejam respeitados por quem quer que seja.

Diferencia-se da teoria da aplicabilidade indireta justamente por impor ao Estado o dever de vigilância. Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade esclarece:

Estas teorias de dever de proteção, embora sejam tributárias de uma idéia de aplicabilidade mediata, alargam a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, impondo aos poderes públicos (ao Legislador, à Administração e ao Juiz) a obrigação de velarem efectivamente por que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas.⁷¹

É evidente a dificuldade de se aceitar essa teoria sem ressalvas ou amenizações, pois se o Estado for responsabilizado por todas as ofensas aos direitos fundamentais causadas pelos particulares aos seus pares, o Poder Público será obrigado a interferir e limitar a autonomia privada demasiadamente, o que implicaria justo na situação mais indesejada pelos que criticam a teoria da aplicabilidade direta, que é a interferência no poder de autodeterminação das pessoas.

d) Teoria da Aplicabilidade Direta ou Imediata:

Essa teoria defende que os direitos fundamentais constitucionais podem não apenas ser invocados pelos particulares em suas recíprocas relações, mas

⁷¹ANDRADE, José Carlos Vieira. Direitos Fundamentais. São Paulo. Saraiva. 2007. p. 136.

também servem como fonte direta de embasamento para decisões judiciais, ou seja, independentemente de quaisquer outras disposições infraconstitucionais.

Parte do reconhecimento de que no atual estágio de evolução da sociedade são muitas as fontes de perigo aos direitos fundamentais, não se limitando mais apenas ao Estado.

Na teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, assim como ocorre na doutrina que nega a aplicabilidade e na que a aceita de maneira indireta, existe a relevante preocupação de resguardar a autonomia individual, pois reconhece que a aplicação dos preceitos fundamentais de forma irrestrita pode acabar causando um resultado oposto ao da buscada Justiça.

Entretanto, essa eventual limitação da autonomia privada pode ser contornada com a ponderação a ser realizada pelo juiz na solução do caso concreto. Jane Reis Gonçalves Pereira refuta a idéia de que pode ocasionar inaceitável ingerência na autonomia privada e diz que essa liberdade já está inegavelmente mitigada em virtude das modernas condições de vida.⁷²

Dessa forma, o alegado risco que a eficácia imediata dos direitos representa para a tutela da liberdade privada e para a autonomia do direito civil insere-se, em verdade, no problema mais amplo e complexo que diz respeito a saber até que ponto a Constituição pode determinar o modo pelo qual os indivíduos devem conduzir suas vidas. Este problema, por sua vez, está ligado à própria crise do paradigma moderno.

Essa teoria é bem explicada por Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni, *in verbis*.

A tese da aplicabilidade direta ou imediata defende efeitos absolutos dos direitos fundamentais entre particulares. Essa corrente encontra seu fundamento na idéia de que, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para todo o ordenamento jurídico, não é possível aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto, à margem da ordem constitucional. Por isso, não é necessário

⁷² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 192.

existir uma mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos entre particulares: eles exercem influência de forma direta, irradiando efeitos diretamente da Constituição e não por meio de normas infraconstitucionais, especialmente de direito privado (efeitos estes que podem, inclusive, modificar as normas infraconstitucionais).⁷³

Enfim, percebe-se que é notoriamente a doutrina mais progressista e que não se contenta em aguardar que o legislador infraconstitucional trabalhe para definir conceitos, delimitar âmbito de aplicabilidade ou regulamentar forma de vinculação, pois reconhece eficácia máxima aos direitos fundamentais e permite que os jurisdicionados possam exigí-los diretamente do texto constitucional.

Percebeu-se no decorrer deste primeiro capítulo que no Direito contemporâneo, a Constituição Federal passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

A constitucionalização do Direito deve estar associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e formal axiológico se irradia, com força normativa por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas relações com os particulares.

Assim, a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, não apenas no sentido formal, mas também de uma supremacia material axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios proporcionou a obediência do direito privado de aplicar de maneira concreta os direitos fundamentais no bojo das relações privadas com o objetivo

⁷³ GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, SBDP/SP, 2007. p. 17.

de validar o ordenamento jurídico infraconstitucional em relação ao parâmetro constitucional.

Neste sentido, como veremos no seguimento deste trabalho ao deparar-se com uma situação que se deve aplicar o instituto da Responsabilidade Civil, o aplicador do Direito deverá tomar como interpretação os preceitos constitucionais como condição de proporcionar a máxima efetividade aos direitos fundamentais dentro desta relação particular. Esta deve ser a conduta correta para a garantia da validade das normas infraconstitucionais,

Mesmo assim, é natural que a discussão acerca de direitos fundamentais, de distribuição de justiça, de combate à desigualdade social, de respeito à autonomia privada e à dignidade do homem, apresente um grau de abstração e subjetivismo maior, mas esse motivo não pode ser considerado obstáculo intransponível para se afastar de maneira absoluta a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas.

Na doutrina brasileira existe uma clara inclinação em reconhecer que os particulares não só estão vinculados aos direitos fundamentais constitucionais, mas também que essa vinculação ao texto constitucional é direta e imediata.

Os doutrinadores chegam a essa conclusão pautados, normalmente, na alegação de que os direitos fundamentais previstos na constituição, como instrumentos de combate às desigualdades sociais, são importantes demais para ficarem à mercê da atividade legislativa ordinária, muitas vezes deficitária. Essa é uma idéia presente nos trabalhos de Daniel Sarmiento⁷⁴, Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁵, e Gustavo Tepedino.⁷⁶

Portanto, já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado, e por conseqüência no instituto da Responsabilidade Civil. A sinergia com o direito constitucional potencializa os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006. p. 257.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 152.

⁷⁶ SARMENTO, loc cit. p. 49.

3 COMENTÁRIOS PRELIMINARES ACERCA DA NOVA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil adveio da vida prática sendo incorporada nos sistemas jurídicos dos povos ao longo dos anos, porquanto toda ação redundava em responder por ela e suas conseqüências. O conceito de autodeterminação da vontade humana é correlato à responsabilidade, ou seja, toda pessoa é livre para escolher a conduta que melhor lhe aprouver, assumindo seus riscos diretos e indiretos face aos desdobramentos de sua opção causal frente aos interesses de seus semelhantes.

A organização social do ser humano não obstante proporcionar-lhe o domínio do planeta perante as outras espécies, deságua no estreitamento das relações intersubjetivas e isso, por conseguinte, na possibilidade da eclosão de prejuízos por força da inevitável aproximação que a vida social acarreta.

No campo do Direito, a responsabilidade civil é o instituto destinado à reparação dos danos por seu responsável de modo a se restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico existente entre o agente lesionador e a vítima. Assim, a operatividade concreta da responsabilidade civil tem início no momento em que é violada uma de suas principais regras: a de não causar dano a um terceiro.

A sociedade contemporânea cada vez mais pluralista e fragmentada, e, portanto, menos unitária, vê a eclosão de conflitos entre as liberdades e interesses contrapostos (por exemplo, entre a liberdade de imprensa e a tutela da intimidade das pessoas, uma atividade industrial permitida e os danos causados ao meio ambiente e ou aos consumidores) de maneira que compete à responsabilidade civil disciplinar e ordenar as liberdades por meio da identificação e eleição dos interesses que devem prevalecer sobre os outros.

Portanto, é inegável o lugar de destaque ocupado atualmente pela responsabilidade civil como resultado da secular evolução do pensamento jurídico em relação aos direitos do homem que de inexistentes na antiguidade sofreram um forte avanço a partir da *Virginia Bill of Rights* e da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, referindo-se, atualmente, à coexistência integrada dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, o que ocasionou a valorização da pessoa humana por meio do reconhecimento de direitos indissociáveis e inatos que conduziram os cidadãos a exigir do Estado providências de maneira que a reparação dos danos tornou-se um direito,⁷⁷ ao qual deve estar atrelado o princípio da dignidade da pessoa humana, preceito basilar que deve orientar todas as normas de nosso ordenamento jurídico.

A responsabilidade civil como qualquer outro instituto apresenta uma gama de fontes históricas, e que na maioria das vezes nos leva a deslizar por afirmações inverídicas e incompletas, e assim sendo, posta esta premissa e a fim de restringir mais ainda a matéria que será posteriormente desenvolvida - para que não se perca o presente estudo em campos que dele se distancia, ao menos no seu princípio, serão deixadas de lado considerações a respeito das distinções dos mais diversos conteúdos históricos atribuídos ao instituto em epígrafe, bastando afirmar que o Direito integrando o campo das ciências sociais não permite ao seu pesquisador a provocação de seus fenômenos para estudo, a exemplo do que ocorre nas ciências físicas, assim, cabe apenas o exame de fenômenos espontâneos atuais que são complementados pelos ocorridos no passado de maneira a se perquerir uma base científica suficiente à demonstração do presente.

Acerca dos fenômenos da responsabilidade civil havidos no passado opta-se por seu estudo com base no Direito Romano, em virtude dos seus doze séculos de evolução, abundância de fontes e por ser base de formação dos sistemas da denominada civilização jurídica ocidental.

⁷⁷ JOURDAIN, Patrice, *Les principes de La Responsabilité Civile*, ed. Dalloz, 4^a ed., p. 11

3.1 Do conceito e função clássica da Responsabilidade Civil aos preceitos atuais

Registra-se inicialmente, que a tarefa de se enunciar o conceito de responsabilidade civil não é fácil, muito pelo contrario, a falta de consenso no que se refere à adoção de uma definição semelhante pelos grandes estudiosos de matéria elucida a dificuldade desta tarefa.

Desta forma, se conceituar cientificamente um instituto jurídico é de ordinário uma atividade complexa, conceituar responsabilidade (e, por conseqüência, responsabilidade civil) pode tornar-se uma tarefa inglória, tendo em vista a enorme quantidade de acepções que a doutrina tradicional tem apresentado sobre o tema, notadamente no que diz respeito ao seu embasamento jurídico.

Inicialmente devemos lembrar que a palavra "responsabilidade" tem sua origem no verbo latino "*respondere*", significando a obrigação que alguém tem de assumir com as conseqüências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de "*spondeo*", fórmula através da qual se vinculava no direito romano o devedor nos contratos verbais⁷⁸.

Socorrendo-nos do Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, vemos que este apresenta no que se refere à responsabilidade, o seguinte verbete:

RESPONSABILIDADE. S. f. (Lat., de *respondere*, na acep. de assegurar, afiançar.) Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito. OBS. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado⁷⁹.

⁷⁸ No Direito Romano, para se fixar a stipulatio, fazia-se mister o pronunciamento dos termos dare mihi spondes? Spondeo, era o que devia responder aquele que se responsabilizava pela obrigação (vide DINIZ, Maria Helena, ob. cit., p. 29). Sobre a matéria, vale a pena conferir o excelente "Direito Romano", de José Carlos Moreira Alves (Vol. II, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p 139/140)

⁷⁹ Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Dicionário Jurídico, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, p. 679.

A expressão responsabilidade, pelo senso comum, revela uma Idéia de ressarcimento, de reparação, o que induz logicamente admitir a existência de algo antecedente.

Evidentemente que para se reparar algo é necessário que esse algo exista incólume antes da ocorrência de algum evento que altere a sua essência.

Essa situação anterior constitui o bem da vida sob o qual incide a tutela jurídica. Não se pode falar em reparação sem a preexistência de um bem ou relação juridicamente tutelado de forma a manter o equilíbrio do homem vivendo em sociedade. Destruído este equilíbrio mediante a ação ou omissão de alguém, caberá ao autor do ato contrário ao direito na forma da norma estatal ou de convenção previa restabelecer a situação inicial, configurando-se deste modo a responsabilidade civil.

Nota-se, assim, que a responsabilidade civil pressupõe a liberdade do homem. Por ser livre, o homem tem a faculdade de agir em conformidade ou contra o ordenamento jurídico, mas, neste último caso deve arcar com as conseqüências de seu ato ilícito por meio do comprometimento do seu patrimônio.

Em algumas hipóteses, entretanto, em razão da natureza não econômica do bem atingido, será impossível recompor o *status quo ante*. Ainda assim, o ordenamento jurídico protege a vítima no sentido de responsabilizar o ofensor, determinando o pagamento de uma indenização que possibilitará a aquisição de um bem material e, por via de conseqüência tentará compensar a dor suportada pela vítima, além de representar uma punição para o ofensor.

A responsabilidade civil representa o dever de ressarcir ou de compensar imposto àquele que por ação ou omissão, por fato próprio, de terceiro ou de coisas dele dependentes, provoque a diminuição ou alteração do patrimônio material ou moral de alguém.

Para que se configure essa responsabilidade civil, é necessário que haja inobservância de um dever legal, genérico ou específico, ou a inexecução de uma obrigação estabelecida previamente entre o ofensor e a vítima.

Compreendida dessa forma, a responsabilidade civil não pode ser resultado do exercício regular de um direito, mas se houver abuso, com a conseqüente provocação de dano a outrem, o dever de indenizar restará configurado.

Trata-se da teoria do abuso do direito sobre a qual Orlando Gomes teceu as seguintes considerações:

Apesar da dificuldade de sua caracterização e das vacilações a propósito de sua configuração como instituto, a verdade é que o exercício anormal de um direito pode criar para o prejudicado uma pretensão contra quem praticou o ato abusivo, ficando este obrigado a indenizar o dano causado ou a abster-se da prática do ato abusivo.⁸⁰

Com efeito, no conceito clássico, a responsabilidade civil surgiria a partir do momento em que o indivíduo deixa de cumprir determinada obrigação, ou ainda, que sua atitude venha a ocasionar dano a outrem, surgindo daí o entendimento de que se trataria de um dever jurídico sucessivo, vindo somente a existir após a violação de um dever jurídico originário (contratual e extracontratual).

No conceito clássico a responsabilidade civil era encarada como fato humano, ou seja, a necessidade de se proporcionar a devida reparação em virtude de ato causador de dano. Cumpre transcrever, a opinião de Caio Mário:

Como sentimento humano, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a idéia de reparação, com estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil está presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo de pedagógica, a que não é estranha a idéia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana deve-lhe prestar.⁸¹

⁸⁰ GOMES, Orlando. Obrigações. 8ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998.p.39

⁸¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva, Responsabilidade Civil, Editora Forense, 2ª Edição, Rio de Janeiro, 1990, p. 15

Assim, a responsabilidade civil refere-se à inexecução de um dever, *lato sensu*, previsto no ordenamento jurídico como regra de conduta, portanto no sentido clássico, havendo violação desse dever jurídico originário ou primário surge o dever jurídico secundário ou sucessivo consistente na reparação do dano ocasionado.⁸²

Ocorre que este conceito clássico já não condiz mais com o atual sentido ou conceito atribuído ao instituto da responsabilidade civil, o qual requer muito mais do que uma simples reparação ao ofendido, requer uma punição (sanção), esta nova responsabilidade civil está pautada nos princípios fundamentais do direito como o da dignidade da pessoa humana e assim prima-se pelo objetivo central de efetivação da própria ordem jurídica fundamental.

Com a constitucionalização do Direito Civil e sua adequação aos preceitos fundamentais de nossa Carta Maior, a responsabilidade civil instituto histórico em nosso direito passou a obedecer e efetivar valores não apenas materiais, mas sim todos aqueles que condizem com o objetivo central de nossa Constituição Federal. A possibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas personalizou o instituto em tela fazendo com que o mesmo não possua apenas uma função reparadora, pois com a inclusão destes direitos fundamentais no conceito da responsabilidade civil estaremos dando um passo ainda mais largo para a efetivação dos direitos fundamentais.

Assim sendo, a responsabilidade civil passou a ter outras funções em nossos dias atuais, podemos dizer que:

Em relação às funções da indenização cabe inicialmente localizar a responsabilidade civil dentro de um sistema de distribuição dos infortúnios. Assim, para além de outras modalidades, como a socialização geral (previdência), como também o seguro privado, tem a responsabilidade civil tomado dimensão consideravelmente grande em relação às demais. Isso é assim porque a responsabilidade civil foi estendida a diversos setores e o seu

⁸² CAVALIERI FILHO, Sergio., Programa de Responsabilidade Civil, 2 ed., São Paulo Malheiros, 1998. p. 19-20.

raio de ação pode abranger a tutela de diferentes interesses, desde lesões de natureza física às coisas e às pessoas, passando de uma tutela puramente patrimonial, mas também atingindo sua ação a danos não patrimoniais.

Sabendo que a responsabilidade civil tem por escopo primordial o restabelecimento do *status* anterior ao dano, como forma de distribuição do infortúnio, alguns aspectos lhe são característicos: este restabelecimento pode se dar, a princípio, de duas formas diversas, quais sejam a reintegração específica e a indenização. A reintegração específica se dá pela reparação dos danos *in natura*. Na hipótese de não se poder restituir *in natura*, tem cabimento a conversão desta por uma indenização. A etimologia da expressão "indenização" significa tornar *indene*, sem dano. A função reparatória parece evidente na reintegração em espécie do bem lesado, porém é na categoria mais ampla de indenização que pode surgir a possibilidade de acrescentar outras funções para além daquelas ressarcitória e compensatória. Tudo isso justamente porque são reduzidas as hipóteses de bens juridicamente tutelados que podem ser ressarcidos em espécie.

Por outro lado, com a recente noção de centralidade da pessoa nos ordenamentos jurídicos modernos, tomou maior sentido falar-se de tutela da pessoa, dando maior azo ao âmbito de indenizar a lesão à bem jurídico não facilmente quantificável. A ampliação dos danos suscetíveis de reparação, objetivação e coletivização da responsabilidade civil: em consequência dos três fenômenos, mas em especial da objetivação e da coletivização, a responsabilidade civil neste momento passa por verdadeira revolução. São nítidos os contrastes com a responsabilidade civil que herdamos do século XIX. (...) A respeito dos desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, um outro aspecto que merece ser destacado é o das finalidades perseguidas por ela. (...) A função ressarcitória, todavia, não é a única função reconhecida à responsabilidade civil. Atualmente reconhece-se que, a par dela, a responsabilidade civil desempenha outras importantes funções, uma

sancionatória (ou punitiva) outra preventiva (ou dissuasória) e uma efetiva dos direitos fundamentais (efetivação da própria norma fundamental).⁸³

Assim, esta perspectiva acerca das novas funções da responsabilidade civil está diretamente conectada aos novos campos de ação que esta passou a alcançar; mas não só por isso, também pela resposta que dá às novas demandas surgidas com o desenvolvimento da sociedade. Na medida em que se ampliam os interesses que são objeto de tutela dentro de um ordenamento jurídico, ampliam-se também os seus remédios. E é a responsabilidade civil que abraça grande parte desses remédios, elastecendo as suas funções primeiras, agregando novas delas para poder atender aos novos interesses de tutela. É o "o triplo fenômeno" aquele processo pelo qual manifestou-se o crescimento da responsabilidade civil, e são eles os elementos: (1) a extensão dos danos suscetíveis de reparação, (2) objetivação da responsabilidade e (3) sua coletivização⁸⁴. Quer o autor demonstrar que as mudanças sociais demandam uma correspondente mudança das tutelas civis.

A melhor demonstração dessa mudança de perspectiva é assim o próprio Código Civil de 2002 que traduziu um sistema de tutela da personalidade, passando de uma concepção puramente patrimonialista que estava infiltrada no Código anterior para uma concepção ético-social de plena tutela da pessoa humana no seu sentido mais humanista. Judith Martins-Costa ensina que essa concepção de "pessoa" consagrada no diploma civil "*não é um 'dado', antes constituindo um 'construído'*".⁸⁵ Esta construção certamente não foi breve, mas foi delineada por todo curso da história e da cultura da nossa sociedade. E é Fernando Noronha que traduz a melhor máxima: "*não existe nenhum ramo do direito que não reflita a sociedade em que se insere*"⁸⁶

As mudanças da sociedade acompanham as mudanças sociais globais, e seja como for, os vetores de transformação apenas direcionam às novas

⁸³ NORONHA, Fernando, Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil, in: RT-761, Março de 1999 – 88º ano, pg. 40

⁸⁴ NORONHA, loc cit. pg. 35.

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Gérson, Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131.

⁸⁶ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: Fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, pg. 111.

demandas, conforme os novos interesses a serem tutelados e às novas formas, agora mais adequadas, de solução dos mais atuais conflitos sociais. E esse discurso merece atenção porque, as tradicionais ferramentas jurídicas podem não funcionar com as novas demandas.

Paolo Gallo enfatiza que a responsabilidade civil é seguramente um dos institutos que no curso dos séculos melhor soube expandir seu raio de ação para consentir a tutela de um crescente número de interesses.⁸⁷ A questão é justamente verificar se esta expansão da responsabilidade civil aos mais diversos setores é aceitável como uma evolução natural do instituto, ou diversamente, apresenta-se como uma verdadeira hipertrofia do modelo tradicional, traduzindo-se numa aberração jurídica que desconfigura a natureza jurídica da indenização. Há quem sustente as duas categorias.

Defendendo a evolução natural do sistema, encontramos opiniões de peso, como o jurista italiano Adolfo di Majo. Diz o autor na sua obra "*La tutela civile dei diritti*", que é necessário estabelecer uma "flexibilidade" no modelo tradicional das funções da responsabilidade civil, sem que isso represente um rompimento com "a unidade funcional do modelo". É que, segundo ele, a responsabilidade civil tradicional foi "laicizada" ficando livre de preocupações éticas para corresponder melhor à realidade, objetivando a redistribuição do dano com base em critérios valorativos de ordem ética, ou econômica ou social.⁸⁸ Sustenta esta posição afirmando que resulta da crescente flexibilidade do modelo em relação aquele tradicional.

Mas a sua evidente defesa nesta direção se manifesta ao afirmar que "*o ordenamento jurídico não pode parecer 'neutro' e indiferente com relação à violação dos direitos e portanto em relação ao fenômeno dos fatos que causam grave prejuízo de ordem econômica, social ou afetiva aos sujeitos. A marca de tal tendência 'neutra' seria verdadeiramente uma exclusão a priori das técnicas diversas daquela ressarcitória. Esta exclusão significaria aceitação do fato realizado, isso é, do dano, como elemento 'naturaliter' pertencente a uma*

⁸⁷ GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996, p.03.

⁸⁸ Di MAJO, Adolfo, *La Tutela Civile dei Diritti*" 3ª Ed. Milano: Ed. Giuffrè, 2001, pg. 170.

*economia de mercado, uma vez que se pode reparar somente 'ex post' mas não prevenir nem exorcizar."*⁸⁹

Nem mesmo na França a função punitiva da responsabilidade civil teve fleuma na sua trajetória e foi Geneviève Viney que, ao prefaciá-la obra de Suzane Carval, relatou que *"Na sua famosa tese, publicada em 1947, STARCK sublinhava o dupla função da responsabilidade civil: 'garantia' e 'pena privada'. No entanto, durante quase cinquenta anos, é inegavelmente o desenvolvimento da função de 'garantia' que a teve como vedete e monopolizou a atenção e os cuidados da doutrina. Com efeito, o formidável desafio da indenização das vítimas exigia reformas que se têm imposto gradualmente - embora ainda imperfeitamente - graças aos esforços alguns, em que na primeira fila é necessário colocar André Tunc. Em contrapartida, a função de 'aflição privada', pouco solicitada, parecia destinada à estiolar-se, ao ponto de, em grande números de obras, era totalmente negligenciada e mesmo proscrita, considerando que a responsabilidade civil seria totalmente estrangeira à punição, esta que é da competência do direito penal"*⁹⁰

Nos dias atuais, Suzane Carval, com toda sua autoridade, defendeu a função punitiva da responsabilidade civil, dizendo que esta função não é, de forma nenhuma, acessória ou secundária, é um atributo natural e necessário da responsabilidade civil, e atende às diversas demandas de interesses da pessoa humana (aspecto sócio-cultural) como também algumas circunstâncias na atividade econômica (aspecto sócio-econômico)⁹¹

A doutrina brasileira, contando com grandes nomes no ramo da responsabilidade civil, tem apontado pela rejeição de um caráter punitivo da indenização. O melhor exemplo é Maria Celina Bodin de Moraes que assevera: *"A função punitiva representa atualmente um grande incentivo à malícia.*

⁸⁹ DI MAJO, loc cit, pg. 171.

⁹⁰ VINEY, Geneviève, Prefácio da obra de Carval, Suzane, La responsabilité civile dans as Fonction de Peine Privée,. Tome 250. Paris:LGDJ, 1995.

⁹¹ CARVAL, Suzane, La responsabilité civile dans as Fonction de Peine Privée, Bibliothèque de Droit Prive. Tome 250. Paris:LGDJ, 1995, pg.379.

*Ademais disso, ela 'corre solta', sem critérios, já que proveniente apenas da maior ou menor sensibilidade de cada magistrado.*⁹²

O autor Fernando Noronha é dono de um pensamento muito plausível para a negação da função punitiva da responsabilidade civil:

A função sancionatória da responsabilidade civil é invocada geralmente para justificar o agravamento da obrigação de indenizar, mas às vezes ela tem o efeito contrário, fundamentando uma redução do quantitativo que em princípio seria defensável. Assim, a natureza indenizatória da responsabilidade civil não impede que o juiz possa reduzir eqüitativamente a indenização, nos casos em que sejam enormes os danos causados e seja reduzida a culpa do responsável, nos termos do parágrafo único do artigo 944.

Por outro lado, é considerando a função sancionatória, ou melhor, a inexistência de censurabilidade que em muitos casos de responsabilidade sem culpa (e às vezes mesmo com culpa menor) se fixam limites máximos de indenização, impossibilitando muitas vezes a reparação integral do dano sofrido pelo lesado.⁹³

Para o autor, se a função punitiva da responsabilidade civil tem, segundo a sua natureza jurídica, o efeito de justificar um aumento da indenização, pode também apresentar um efeito reverso, já que pelo mesmo fundamento (grau de culpa do agente) justifica a redução da obrigação de indenizar. E este é o espírito do Parágrafo Único do art. 944 do nosso Código Civil: *"Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização"*.

Assim, tratar sobre a estrutura das funções da responsabilidade civil requer, inicialmente, ter em mente que os princípios da culpa do risco fundamentam a própria responsabilidade civil, e justificam a imputação desta a alguém. ^[70] Para estudar o sentido punitivo que a responsabilidade civil pode tomar, é imprescindível, antes de tudo ligar esta 'punição' à uma conduta do agente, que considerada éticojuridicamente, seja entendida contrária ao ordenamento jurídico. Para tanto, deve-se situar o âmbito em que pode ser

⁹² BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pg.328.

⁹³ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: Fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, pg. 440.

inserida a 'punição', os critérios de imputação da 'penalidade' bem como a sua conexão com o resultado da conduta, qual seja o dano injustamente provocado.

Ao tratar dos fundamentos da Codificação Civil que vivemos em 2002, asseverou Judith Martins-Costa:

Se o mais relevante for a relação entre a pessoa e os bens patrimoniais, economicamente avaliáveis, crescem em importância as regras jurídicas atinentes à tutela do patrimônio. As normas de direito privado restam aí reduzidas a meios de tutela dos bens patrimoniais, obscurecendo-se a civilidade, dimensão social da existência e da própria dimensão social do ser civil no individualismo egoísta. Contudo, se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa - isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente - passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual mais que tudo, ressalta a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direitos dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.⁹⁴

Percebe-se, conforme analisado anteriormente, que a nova responsabilidade civil não só apresenta uma função reparatória (função clássica), mas sim uma função de prevenção dos direitos fundamentais com objetivo de evitar que o mesmo ou outros indivíduos venham a cometer uma ofensa semelhante, assim como de perquerir sua função humana de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Além do mais, como foi construído nesta dissertação, o Novo Código Civil nasceu no período de humanização dos institutos jurídicos, ou seja, os seus preceitos devem obedecer a força normativa de nossa Constituição Federal caso contrário serão invalidados.

Assim sendo, ao conceituar o instituto da responsabilidade civil, o Novo Código Civil deve atribuir-lhe um conceito atual e obediente à norma que proporciona validade a todos os ordenamentos inferiores. Com isso chega-se a

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Gérson, Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132

terceira função da responsabilidade civil, a de respeitar o princípio central e basilar de nossa Carta Maior, a dignidade da pessoa humana.

A partir deste momento, não podemos mais conceituar o instituto da responsabilidade civil apenas como um reparador de um dano sofrido, mas sim como instituto que vise a prevenção como caminho para a efetividade dos direitos fundamentais e conseqüentemente da dignidade da pessoa humana.

No meu entender a responsabilidade civil seria o instituto do Direito Civil que possui uma grande carga ética-social, pois vai muito mais além de uma simples tentativa de retroação ao *status quo ante* do indivíduo, é a própria garantia da obediência à norma maior, seja quanto ao direito da integridade física como também o direito à vida.

Destarte, a responsabilidade do Novo Código Civil é o instituto que calcado nos princípios constitucionais, paulatinamente caminha no sentido de garantir a maior eficácia dos direitos fundamentais, gerando por conseqüência um maior bem-estar social e a eficaz aplicação do acesso à justiça e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e a nova responsabilidade civil: breves reflexões

Em nosso ordenamento, o princípio da dignidade humana foi positivado pela Constituição da República de 1988, que o elencou como fundamento da República Federativa do Brasil, criando, como se analisará adiante, uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e

promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Outro ponto importante do conceito diz respeito à vinculação dos particulares, com aplicabilidade direta dos direitos fundamentais – e da dignidade da pessoa humana – às relações entre particulares. Superada a distinção público x privado, tornam-se, a cada dia mais, insustentáveis as posições em defesa de uma aplicabilidade apenas indireta das normas constitucionais, especialmente aquelas de direitos fundamentais.⁹⁵

A dignidade da pessoa humana apresenta como alguns componentes do substrato material do princípio da dignidade da pessoa humana, como podemos citar os aspectos da liberdade e da solidariedade, ambos de extrema importância na conceituação e efetivação da nova responsabilidade civil.

Tradicionalmente, a liberdade confundia-se com a autonomia da vontade, ou seja, o indivíduo poderia fazer tudo aquilo que não estivesse proibido, elevando o direito subjetivo a um patamar de direito absoluto.

Em um contexto de notada separação entre direito público e privado, no qual o Estado não interferiria nas relações entre particulares, limitando-se a servir como garantidor das regras do jogo, fácil se torna a compreensão a respeito da confusão entre os dois termos.

Modernamente, entretanto, os conceitos se distanciam e mostram-se bem delimitados. O exercício da liberdade não se fundará em um suposto caráter absoluto do direito subjetivo, mas encontrará limites ao seu exercício, limites esses fundados em direitos, liberdades e garantias alheios. O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa,

⁹⁵ Em defesa, ainda que de forma implícita, de uma aplicabilidade indireta dos princípios constitucionais, leciona AMARAL, Francisco: “A tutela dos direitos da personalidade desenvolve-se em dois níveis, um de natureza constitucional, que reúne os princípios que organizam e disciplinam a organização da sociedade, e outro, próprio da legislação ordinária, que desenvolve e concretiza esses princípios.” E, ainda: “Em face dos princípios, normas e conceitos que formam o sistema brasileiro dos direitos da personalidade, podemos concluir que a tutela jurídica dessa matéria se estabelece em nível constitucional, civil e penal, embora a sua sede material seja o Código Civil.” *Direito Civil – Introdução*, p. 257-259.

hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor lhe convier.

A liberdade individual será limitada, ainda, por outro aspecto da dignidade da pessoa humana, qual seja, a solidariedade. Sempre que o exercício da liberdade conflitar com a solidariedade social, há que se operar uma ponderação entre os valores em conflito para, no caso concreto, sem negar-se vigência a qualquer deles, verificar-se aquele que mais se aproxima da promoção da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o princípio da liberdade é um pressuposto e um limitador da nova responsabilidade civil que deverá observar este preceito constitucional de incidência obrigatória nas relações privadas graças a teoria da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. O sujeito ao praticar determinado ato perante a sociedade deverá atender o limite estabelecido em direito alheio, sob pena de ser considerado responsável civilmente pela sua conduta. A liberdade está pautada segundo o entendimento jurídico, pois qualquer comportamento que viesse a violar o sentido da lei e da moral acabaria por infringir no princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao corolário da solidariedade no princípio da dignidade da pessoa humana, a nossa Constituição Federal 1988 traz este valor no inciso I, do seu artigo 3º, a saber:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

De pronto, percebe-se que o valor solidariedade ao ser transposto da sociologia para o direito pátrio, passou a ostentar a qualidade de uma norma, que no caso é constitucional. É irrefutável a constatação de que o dispositivo acima destacado expressa um comando, uma ordem voltada para a nação brasileira no sentido de que deveremos pautar nossas ações, atentando para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A norma em comento determina uma direção a seguir, como o norte da bússola a orientar o marinheiro

em noite escura. Portanto, indiscutível o caráter orientativo da norma constitucional em apreço. Trata-se de um estado ideal a ser atingido, uma finalidade a ser alcançada pela sociedade brasileira.

Também exsurge de forma cristalina, pela simples interpretação literal, que a solidariedade compõe um dos objetivos fundamentais de nossa República. É que o constituinte originário parece ter se utilizado da aludida norma constitucional para designar um rol de situações concretas a serem implementadas em caráter fundamental. Ou seja, todas as ações a serem desenvolvidas pelo Estado, e pelos particulares numa certa medida, se admitirmos a constitucionalização do direito privado (e conseqüentemente o instituto da responsabilidade civil) como uma realidade entre nós, deverão atender diretamente ou estar relacionadas, de alguma maneira, aos ditos objetivos fundamentais, destacando-se que a *fundamentalidade* de algo, no caso da norma, outra coisa não é do que a designação do seu *caráter essencial*.

Diante disso, tem-se que a norma expressa no inc. I do art. 3º da Carta Federal carrega a *essência* jurídica das ações estatais e privadas. Em outras palavras, o dito dispositivo constitucional anuncia uma das *finalidades* para as quais o Estado Democrático de Direito foi criado – criação de uma sociedade livre, justa e solidária.

Outra característica que se observa do normativo em exame, é que ele possui elevado grau de abstração, fixando-se, portanto, de modo absolutamente genérico, não sendo direcionado para nenhum sujeito em particular. Ao contrário, foi formulada com grande carga de generalidade, atingindo indistintamente a todos que estiverem submetidos à ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988 no sentido de estabelecer um estado ideal de sociedade a ser alcançado pelo povo brasileiro.

Ora, a constatação, em termos jurídicos, de que a *solidariedade* mencionada no referido enunciado constitucional é uma norma finalística e reveste-se de conteúdo jurídico *essencial* e de *alto grau de abstração*, permite concluir que o valor solidariedade perante o instituto da responsabilidade civil do

Novo Código Civil possui uma natureza jurídica de princípio constitucional que deve ser respeitado.

Ressalta-se assim, que a responsabilidade civil não condiz apenas com o plano individual do sujeito, mas sim com toda a sociedade que pode ser ofendida por determinada conduta.

3.3 Os princípios informadores do Novo Código Civil e a responsabilidade civil

É indubitável que o Código Civil sancionado em 2002 foi responsável pela recodificação do direito privado no Brasil, na medida em que o inseriu na rota da ordem constitucional com o claro objetivo de dar efetividade às suas diretrizes.⁹⁶

Não é por outra razão que defendemos que o Direito Civil está constitucionalizado e há uma indistinta e direta aplicação da norma constitucional às relações privadas. Pelo fato de o ordenamento jurídico ser unitário, a ordem constitucional não estaria acima ou fora, mas sim dentro dele. Por isso, muitos doutrinadores utilizam-se da expressão "direito civil constitucional" para denominar o atual estágio por que passa o direito privado no Brasil. Apesar de sua contínua e indiscriminada utilização, a expressão tem sido objeto de severas críticas, quer por sua imprecisão técnica, quer pela sua desnecessidade.

Em que pesem as discussões doutrinárias, o mais importante a ser frisado é que o Código Civil de 2002, ao adotar como seus pilares de sustentação os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade,

⁹⁶ É dessa forma que pensa Judith Martins-Costa: "O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de fattispecies cerradas, à técnica da casuística. 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" (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 753, jul. 1998, p. 26).

resgatou a importância da Ética nas relações privadas, algo que havia sido aqui relegado a um plano secundário na antiga codificação.

O princípio da eticidade tem por escopo valorizar o ser humano na sociedade, o que se dá mediante a efetivação dos princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana. Alexandre dos Santos Cunha defende que referido princípio, apesar de inserido na Constituição Federal, é, pela sua origem e pela sua concretização, um instituto de direito privado.⁹⁷

Enfatiza-se que a dignidade da pessoa humana significa a superioridade do homem sobre todas as demais coisas que o cercam; é o homem como protagonista da vida social. Representa, então, a subordinação do objeto ao sujeito de direito.

A valorização do ser humano se dá na medida em que a confiança e a lealdade passam a ser imperativos das relações privadas, bem como pelo fato de o julgador ter maior poder na busca da solução mais justa e equitativa para os casos concretos que lhe são submetidos, mediante análise subjetiva da questão. Isso implica, em última análise, no afastamento do formalismo jurídico reinante durante a vigência da codificação anterior.

Miguel Reale, definidor do Código Civil como "a constituição do homem comum", pondera que o princípio da eticidade afasta o excessivo rigorismo formal ao conferir ao juiz "não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos"⁹⁸. Deve-se interpretar as regras do Código Civil com base em princípios éticos é contribuir para que a idéia de justiça aplicada concretamente torne-se realidade, o que é anseio de todos os cidadãos.

Percebe-se assim que através deste princípio da eticidade as relações privadas que envolverem o instituto da responsabilidade civil devem estar complementadas pelo respeito para com o ser humano. Ao agir ou determinar

⁹⁷ CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260.

⁹⁸ REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 752, jun. 1998, p. 22-30.

sua conduta o autor deve sempre ter em mente princípios como o da boa-fé para que possa efetuar seus objetivos de maneira justa e sem prejudicar o outro.

Ademais, quando o magistrado se deparar com qualquer caso que envolva o instituto em epígrafe deverá procurar a melhor aplicação da reparação e efetividade de um direito fundamental sem se preocupar com o rigorismo conceitual, a fim de possibilitar uma contínua atualização dos preceitos legais, dentre eles os da própria responsabilidade civil.

O princípio da socialidade, por sua vez, guarda íntima relação com o princípio da eticidade, sendo certo que a distinção feita entre eles é meramente metodológica. Isso porque as regras dotadas de conteúdo social são fundamentalmente éticas e as normas éticas têm afinidade com a socialidade.

A preocupação do legislador do Código Civil vigente foi regular os interesses do "homem situado" e não mais do "homem isolado" como fazia a codificação anterior, na medida em que a vida de relação exige que o homem se projete no mundo e dele participe não como mero espectador, mas como alguém que interfira no resultado. Dessa forma, a finalidade do princípio da socialidade é afastar a mera aplicação do Direito Civil às relações dos particulares, eis que esses vínculos, em diversas oportunidades, podem interessar à sociedade como um todo, autorizando, por conseguinte, a intervenção estatal. Em suma: o princípio da socialidade objetiva afastar a visão individualista, egoística e privatística do Código Civil de 1916.

As relações privadas podem ter enfoques ultrassubjetivos quando as relações entre os particulares não projetam efeitos apenas sobre eles, mas também sobre a sociedade como um todo. Na verdade, o novo Código Civil nada mais fez do que adequar o sistema de direito privado à realidade constitucional.

Portanto, afastando-se de uma visão individualista, e preocupando-se com o predomínio social, o Novo Código Civil acabou por proporcionar ao instituto da responsabilidade civil a preocupação para com a coletividade. Logo, ao deparar com um conflito entre direitos o aplicador deve ponderar o interesse social em detrimento do individual.

Por derradeiro, o princípio da operabilidade objetivou a facilitação da aplicação do novo Código Civil, ao afastar a idéia de completude da codificação anterior, e disciplinou a possibilidade de se recorrer a elementos exteriores para se atingir a Justiça, o que se dá, precipuamente, por meio das cláusulas gerais.

O Código Civil de 2002 pretendeu se livrar do rótulo das "leis que não pegam", que são aquelas que não foram promulgadas para o mundo real, "mas para a satisfação de algum parlamentar que quis engrossar o seu currículo com o patrocínio de mais uma lei".

Com a entrada do novo Código Civil em vigor, as normas passaram não apenas a existir, mas também a serem válidas, eficazes e efetivas, já que o poder conferido aos juízes teve por escopo - além de garantir a busca da solução mais justa para o caso concreto - conferir maior executividade às sentenças e decisões judiciais.

Bem se vê, pois, que a busca pela Justiça por meio do equilíbrio entre os interesses dos indivíduos e da sociedade é a marca fundamental do Código Civil de 2002, o que representa avanço significativo na integração necessária entre Ética e Direito.

Por tudo explicado pelos princípios informadores do Novo Código Civil – fazer o elo com a responsabilidade civil acabaram por enfatizar a importância do indivíduo como pessoa em relação ao seu patrimônio, uma vez que com a utilização destes princípios informadores do Novo Código Civil, os direitos não serão apenas declarados literalmente em nosso ordenamento civil, mas sim buscados em sua máxima efetividade para fazer jus aos princípios fundamentais de nosso ordenamento jurídico maior, ou seja, aqueles que visam a concretude da dignidade da pessoa humana.

3.4 Do estudo das espécies de Responsabilidade Civil: criação da base metodológica para a análise da Responsabilidade Civil Objetiva e a Teoria do Risco

A finalidade de uma *fattispécie* de responsabilidade civil é a indicação daquele que vai responder pelo dano ocasionado à vítima, assim, conforme o critério de imputação do responsável haverá a distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva.

Condicionando a lei o dever de indenizar ao aspecto anímico do agente (imputabilidade psicológica) e censurando a atividade deste do ponto de vista moral (valoração negativa de comportamento devido), a responsabilidade é subjetiva pelo fato da obrigação de indenizar surgir e fundar-se na idéia de culpa.

A responsabilidade subjetiva é estabelecida a partir da ocorrência do ato ilícito gerado por conduta culpável (dolosa ou culposa) que pode ser excluído à ausência de prova da culpa ou demonstração de sua inexistência na hipótese de inversão do ônus probatório no caso de presunção relativa de culpa.

Assim, diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. A responsabilidade do causador do dano, pois, somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa. Trata-se da teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou *subjetiva*, segundo a qual a prova da culpa *lato sensu* (abrangendo o dolo) ou *stricto sensu* se constitui num pressuposto do dano indenizável.

Como salientado no capítulo anterior, o direito brasileiro sempre buscou inspiração nas legislações elaboradas perante o movimento iluminista, dentre elas na legislação francesa, mormente no Código de Napoleão, que, conforme preceituam seus artigos 1382 e seguintes, busca na culpa o fundamento para a existência da obrigação de reparar o dano causado.

Nosso Código Civil de 1916 adotou expressamente essa concepção – da responsabilidade subjetiva – dado que em seu artigo 159 era expressamente prevista a idéia de conduta culposa do agente como pressuposto para o dever de indenizar.

Logo como já ressaltado, a teoria da responsabilidade subjetiva, para que haja a obrigação de indenizar é necessário que seja demonstrada a culpa do suposto violador do direito da vítima, sendo desta última a incumbência de

provar tal situação para que tenha direito à indenização. Utiliza-se, novamente, do ensinamento de CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano.

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Essa teoria, também chamada teoria da culpa, ou "subjéitiva", pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade.

Diz-se, pois, ser 'subjéitiva' a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.⁹⁹

Como dito, a responsabilidade subjéitiva, de um modo geral, remonta da interpretação inicialmente conferida aos dispositivos do Código Civil francês, bem como à palavra *faute*, sendo importante à citação do pensamento de CAIO MÁRIO DA SILVEIRA PEREIRA:

A doutrina da culpa assume todas as versas de uma fundamentação ostensiva e franca com o Código de Napoleão. (...). Sobre este preceito a corrente exegética assentou que o fundamento da reparação do dano causado é a culpa. Os autores franceses desenvolveram-na em seus caracteres e construíram por todo o século passado, e ainda neste século, a doutrina subjéitiva.¹⁰⁰

Os defensores dessa teoria, buscavam fundamento na Lei Aquilia, considerando-a como o primeiro diploma legal a regulamentar a questão, reconhecendo-se a culpa como elemento caracterizador da responsabilidade civil.

⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto; AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coordenador). Comentários ao Código Civil: parte especial – direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 11 (arts. 927 a 965). p. . 28

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 5, 11 ed., p. 19

Os questionamentos a respeito da necessidade de culpa para que houvesse a responsabilização do agente surgiram ainda no direito romano (onde em princípio prevalecia a responsabilidade objetiva), em casos de pessoas que não responderiam por seus atos, e por conseguinte, não poderiam ser sujeitos passivos da reparação.

AGUIAR DIAS, destacada expressão doutrinária sobre o tema, como que alertando o leitor a respeito de seu posicionamento contrário à teoria subjetiva, bem como explicando os fundamentos em que se baseavam seus defensores, pondera que:

A teoria da culpa, resumida, com alguma arrogância, por VON IHERING, na fórmula "sem culpa, nenhuma reparação", satisfez por dilatados anos à consciência jurídica, e é, ainda hoje, tão influente que inspira a extrema resistência oposta por autores insignes aos que ousam proclamar a sua insuficiência em face das necessidades criadas pela vida moderna, sem aludir ao defeito da concepção em si mesma.¹⁰¹

Por certo, em nosso direito a interpretação literal dos dispositivos constantes do Código Civil de 1916, em especial o artigo 159 e 1523, por exemplo, não deixam dúvida de que, segundo palavras do autor em referência, a *doutrina legal* a respeito da responsabilidade civil é a subjetiva.

Todavia, fato é que a responsabilidade subjetiva há muito tempo já não vinha sendo uma forma satisfatória de se proceder a entrega da tutela jurisdicional, dado que em muitos casos era impossível à vítima fazer prova da conduta faltosa do autor do dano, como sói ocorrer nos casos de acidente de trabalho, em que ao empregado era praticamente impossível demonstrar a negligência do patrão, seja pela dificuldade na colheita de provas documentais, seja ainda pela ausência de testemunhas, todas zelosas no sentido de manterem seus empregos.

Em termos de direito comparado, os primeiros questionamentos começaram a surgir após a Revolução Industrial, onde o aumento de acidentes

¹⁰¹ DIAS. Jose de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1, p. 36.

de trabalho, com a subsequente impossibilidade de demonstração de culpa por parte do patrão, apenas para citar exemplo mais comum, acabava por relegar o direito de obter a competente indenização a um plano meramente hipotético, senão utópico, dada a dificuldade na produção da prova.

Diante de situações como a acima externada, e de outros exemplos que poderiam se perpetuar, o que também ocorreu em nosso direito, foram surgindo algumas legislações esparsas, de modo a possibilitar, em alguns casos, a responsabilização de forma objetiva, independente da culpa do autor do dano, servindo de exemplo o Código das Estradas de Ferro, Lei do Acidente de Trabalho, Código Brasileiro do Ar e mais recentemente o Código de Defesa do Consumidor.

Os diplomas legais referidos, certamente abriram caminho para a reparabilidade plena, fundada na teoria do risco, onde o simples exercício de determinada atividade com o proveito econômico daí decorrente, cria o dever de indenizar eventuais danos causados a terceiros.

Nesse panorama e contexto histórico é que se mostrou necessária a reformulação das regras concernentes à responsabilidade civil, transmudando-se conceitos antigos e inadequados à realidade do desenvolvimento das relações sociais, de modo a conferir e ampliar de forma objetiva as possibilidades daquele que foi lesado em seu direito de obter a correspondente indenização. Importante, neste sentir, transcrever a lição de AGUIAR DIAS, no que diz respeito à crítica sobre a adoção da responsabilidade subjetiva como regra:

Aceitando, em termos, a opinião, é conveniente ponderar que, naquilo em que não seguir a orientação moderna, o nosso legislador ficou extremamente aquém das conquistas do direito da responsabilidade. Nele, predomina o critério da culpa, e nas suas exigências mais retrógradas, porque as presunções que se admitem não alcançam a extensão com que, na maioria das legislações modernas, se procurou facilitar, aliás pouco cientificamente, em proveito do prejudicado, a caracterização da culpa.¹⁰²

¹⁰² DIAS. Jose de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, Volume I, Editora Forense, 7ª Edição, Rio de Janeiro, 1983, p. 41.

Também RUI STOCO faz importante ponderação a respeito do sentimento de insatisfação, decorrente da utilização generalizada da teoria da responsabilidade subjetiva, como forma de caracterizar a obrigação de reparar o dano causado:

A insatisfação com a teoria subjetiva, magistralmente posta à calva por Caio Mário, tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação de oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação.¹⁰³

Portanto, após a consagração da teoria subjetiva por meio da regra de *nenhuma responsabilidade sem culpa* as mudanças sociais e econômicas determinaram a busca de outros critérios de imputação que não a culpa, assim, a partir da erosão do *principio da culpa* é que o legislador passa a criar situações de responsabilidade civil com fundamento diverso do da culpa, onde esta não é requerida como elemento ao dever de indenizar, a exemplo do exercício de atividade periculosa ou que ocasione risco, e de outras situações expressamente previstas em lei como a responsabilidade por ruínas de edifícios; nestes casos o traço marcante é a irrelevância ao dever de indenizar e não, apenas, e em todas as oportunidades, a presença do risco.

Deste modo, conclui-se neste primeiro momento que a responsabilidade objetiva é aquela onde a indicação legislativa do responsável pela indenização é feita por critérios diversos do da culpa ou nas hipóteses da teoria do risco. Assim, aclara-se que enquanto a responsabilidade subjetiva é ligada ao elemento psíquico do agente ao realizar determinado ato a objetiva refere-se a ocorrência do fato em si sem indagação dos motivos internos que o determinaram

Outrossim, conforme se perceberá da análise dos dispositivos do Código Civil vigente, é lícito afirmar que existe no direito brasileiro a tendência

¹⁰³ STOCO Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição, São Paulo, 1999, p. 76

irrefragável de se adotar a responsabilidade objetiva como regra geral nos casos de indenização por danos causados a outrem, seja porque mais se coadunam com a realidade das relações sociais, seja ainda porque o antigo sistema fundado na existência de culpa mostrou-se insatisfatório como meio de proporcionar a reparabilidade plena.

3.5 A Constituição de 1988 e os reflexos no instituto da responsabilidade civil: primeiro passo para a diferenciação de responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva

A Constituição Federal de 1988 ao incorporar a concepção de Estado Democrático de Direito trouxe em seu bojo a inserção de relevantes princípios, a exemplo da dignidade da pessoa humana, art. 1º, além de normas que restringiam a autonomia privada, bem como a introdução de deveres sociais às suas atividades econômicas.

Para que não se ferissem esses princípios e normas constitucionais, que representam a lei maior de um sistema normativo, o Código Civil, assim como as suas leis especiais, agora um vasto arcabouço descentralizado, deveriam ser conjuntamente interpretados à luz dos preceitos fundamentais da Carta Magna.

Era preciso que estes sistemas paralelos se unificassem e a Constituição de 1988, expressão escrita da vontade estatal, constitucionalizou o direito civil com seus princípios informadores da valorização existencial da pessoa humana, fazendo com que este revisse os seus parâmetros e valores, deslocando-o do pólo outrora eminentemente individualista, para a igualdade substancial.

José Giordani, assim definiu esse período:

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Tal opção colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema que tem na Constituição a sua orientação e o seu fundamento se direciona para a sua proteção. As normas constitucionais (compostas de

princípios e regras) centradas nessa perspectiva conferem unidade sistemática a todo o ordenamento jurídico.¹⁰⁴

Estávamos em um novo momento político, e o estado democrático de direito instalado despontava com o firme propósito de assegurar os direitos do homem e do cidadão. Neste contexto não havia mais que se falar em direito público direito privado, visto que a Constituição, soberana a todo o ordenamento jurídico, elegeu a dignidade da pessoa humana ao seu mais alto patamar, devendo, por isso, receber a proteção do direito.

Com o poder de síntese que lhe é peculiar, Cristiano Chaves Farias, para nosso melhor entendimento, desenhou esse novo panorama na obra Redescobrimo as fronteiras do Direito Civil - uma viagem na proteção da dignidade da pessoa humana:

Bem-vindos ao novo direito civil, construído a partir da legalidade constitucional, cujo olhar se volta para a proteção da pessoa humana, e não mais para o seu patrimônio.¹⁰⁵

O posicionamento subjetivista do Código Civil de 1916 não mais se sustentava, pois as novas situações ensejadas pelo progresso científico e pela explosão demográfica demonstravam sinais de falência, exigindo uma nova concepção de responsabilidade civil.

Muitas situações careciam de soluções satisfatórias no que dizia respeito à reparação à vítima, a qual, nem sempre conseguia reunir provas convincentes ao Juízo acerca da veracidade dos fatos. A reformulação do Código Civil, desta maneira, tornou-se imperiosa, exigindo fosse feita releitura de seus preceitos à luz dos princípios da Constituição Federal.

Houve transformações significativas no que se refere à ampliação da justiça social.

¹⁰⁴ GIORDANI. José Acir. A responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2004. p. 123

¹⁰⁵ FARIAS. Cristiano Chaves. Novo Código Civil. Redescobrimo as Fronteiras do Direito Civil: uma viagem na proteção da dignidade humana. São Paulo: RT, 2003. p.57.

A responsabilidade civil oriunda do descumprimento de uma obrigação tendo como finalidade precípua mais a prevenção do que a reparação do dano sofrido, em virtude dos constantes e novos fatos sociais, deu ensejo a soluções onde a responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida (embora não suplantando a original responsabilidade subjetiva) deixava de atender uma parcela significativa da sociedade que clamava justiça a seus danos pessoais.

Nas demandas judiciais apresentadas então, a vítima não havia mais que provar a culpa do ofensor, invertendo-se a este o ônus da prova. No entanto, rapidamente houve o esgotamento da nova sistemática, uma vez que não havia dificuldade por parte daquele que possuía maior poder econômico em livrar-se da prova da própria culpa. A reparação do dano sofrido, diante do novo sistema, mais uma vez deixava a desejar. A afirmação de que o Código Civil de 1916 não mais se impunha como regulador de uma ordem social privada era incontestável, urgindo uma nova codificação, a qual, sob a hermenêutica principiológica da Constituição Federal, deveria submeter-se a hierarquia formal de seus preceitos. Desta maneira, surgiu a constitucionalização do direito civil.

O novo Código Civil, publicado no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002, era modestamente inovador, visto não haver descartado sua tendência patrimonialista e individualista. No entanto trouxe consigo matérias inéditas tais como a inserção da função social ao patrimônio privado e, sobretudo, a individualização sistemática de capítulo disciplinando a Responsabilidade Civil. Inclusa estava a responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco, onde o autor da conduta o qual produziu o dano ficava obrigado a repará-lo, independentemente de comprovação de culpa.

Nesse novo modelo havia casos, a critério do poder discricionário do Juízo, em que essa responsabilidade, a princípio subjetiva, merecia uma reforma ex-officio, transformando-se em objetiva, sempre que atendesse aos anseios de justiça social e estivesse fundamentada no risco que a atividade oferecia.

Segundo Cavaliere, a teoria do risco assim se apresenta:

todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com

culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre o culpável responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.¹⁰⁶

Toda inovação tem suas conseqüências, e essas atingiram diretamente os empregadores, os quais se viram obrigados, indistintamente, a prestar indenizações aos empregados que os conduziam à justiça em busca da reparação do dano, sem mais a proteção do conveniente do ônus da comprovação da própria culpa.

Portanto, pela sistemática do Novo Código, contudo, instituiu-se, ao lado da responsabilidade civil subjetiva, mantida nos artigos 186, 187 e caput do artigo 927, a responsabilidade civil subjetiva genérica, baseada no risco criado, pela qual o autor da conduta que produziu o dano ficará obrigado a ressarcir a vítima, independente de comprovação de culpa. Tal preceito legal, portanto, assegura um melhor acesso à justiça, como medida de cunho democrático, resguardando assim, a dignidade da pessoa humana.¹⁰⁷

¹⁰⁶ CAVALIERE. Sérgio. Programa de Responsabilidade. 7. Edição. São Paulo: Malheiros, 2007. P.195

¹⁰⁷ GIORDANI. José Acir. A responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2004. 205

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

4.1 Do declínio da culpa como pressupostos da reparação

Como visto, a teoria da culpa, cânone da responsabilidade subjetiva, que se aperfeiçoou desde então, influenciou diretamente as demais legislações, inclusive a nacional. A doutrina subjetiva, com efeito, cuidava de albergar as situações cotidianas daquele tempo já remoto, providenciando a efetiva reparação dos danos sofridos em virtude da ação ou omissão do homem.¹⁰⁸

Segundo conhecida obra de Louis Josserand, antes ao tempo dos nossos antepassados, o acidente era raro, ou, pelo menos, apresentava-se sob uma feição tal que não era absolutamente gerador de responsabilidade; as guerras, o assassinato, as epidemias, a fome, faziam muitas vítimas, mas se suportava então, sem recurso, o que se chamou de riscos da humanidade, pois não se podia cogitar de pedir contas de sua desgraça a quem quer que fosse.

Numa época em que reinava só a pequena indústria, quando o operário manjava individualmente utensílios inofensivos, quando as viagens, mesmo consideráveis, eram feitas a pé ou em veículos a tração animal, os fatos suscetíveis de importar em responsabilidade delitual, puramente civil, eram pouco frequentes, e o homem se sentia em segurança, na rua como na oficina e na loja.

Sendo assim a culpa passou a ser tida como pressuposto para a reparação, em conformidade com os ditames do Código Civil francês e da sua própria jurisprudência, donde surgiram as condições hoje tão difundidas para a

¹⁰⁸ in "Evolutions et Actualités", traduzida como "Evolução da Responsabilidade Civil" e publicada na RF 86/548

reparação do dano, quais sejam, o prejuízo, a culpa e o nexo causal entre um e outro.

De resto, é sempre importante e válido lembrar, o direito romano foi adotado como base para a criação da doutrina subjetiva, direito que nunca distinguiu claramente o delito da reparação. A reparação tinha um caráter penal, que não prescindia da culpa para que se viesse a responsabilizar o agente.

Como diz Alvino Lima:

O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta díspar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia maiores, de se provar a causa dos acidentes produtores de danos e dela se deduzir a culpa, à vista dos fenômenos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, a radioatividade, e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual, que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde a se evitarem injustiças que a consciência jurídica e humana repudiavam.¹⁰⁹

Estava plantada na consciência do homem, mesmo que em detrimento das forças produtivas, que passaram a vingar no planeta após o advento da Revolução Industrial, a inspiração de cunho humanitário que levaria a derrocada da culpa como única fonte de reparação do dano e ao surgimento da teoria do risco, elemento integrante da atual responsabilidade objetiva.

Tais assertivas podem ser e foram por todos melhor vislumbradas dentro do âmbito dos acidentes de trabalho, eis que o trabalhador, pessoa geralmente humilde, jamais conseguia provar a culpa do patrão que, dono de um poderio financeiro muito superior, dificilmente era considerado "culpado".

¹⁰⁹ LIMA, Alvino. Culpa e Risco, RT. 2 ed. São Paulo. 2000. p. 114.

A reparação do dano, portanto, não poderia ter fundamento na culpa, mas sim no próprio fato que deu origem a ele, sob pena de sempre penalizar a vítima, parte mais fraca na relação conflituosa, cujo esforço, de outro lado, contribuía para o lucro do patrão, justificando-se uma contrapartida.

A idéia da responsabilidade sem culpa, que teve raízes no direito alemão, admitindo expressamente algumas hipóteses de sua incidência, mais precisamente na obra de Karl Binding¹¹⁰, foi, contudo, desenvolvida Josserrand e Raymünde Saleilles os méritos pela sua fixação e defesa.

SALEILLES, face aos citados acontecimentos, buscou fundamentar a responsabilidade objetiva no próprio artigo 1382 do Código Civil, interpretando seu texto no sentido de que a responsabilidade ligar-se-ia ao fato que causou o prejuízo e não à culpa pelo ato danoso, conquistando ferozes inimigos à vista da inequívoca opção do Código Napoleônico' pela teoria subjetiva¹¹¹.

O jurista Louis Josserrand, por sua vez, em conferência realizada sob o título de "Evolutions et Actualités", expôs as razões que o levariam a se tomar, nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira, um corifeu da doutrina objetiva, propondo uma interpretação mais extensiva dos ditames contidos no artigos 1.382 e seguintes do Código Civil de 1916.

Na citada conferência, posteriormente convolada em obra escrita, demonstrou o jurista que os comandos legais haveriam mesmo de ser

¹¹⁰ Na obra de AGUIAR DIAS constam com precisão os motivos de tal assertiva: " ... Não deixa de ter certa ironia o fato de haver sido um criminalista, KARL BINDING, o primeiro a se ocupar com o exame científico das bases teóricas da responsabilidade civil, pondo em contraste a pena, sempre e necessariamente consequência de um delito, e a obrigação da reparação, originada em fatos diversos, que nem sempre constituem delitos ... " (in ob: cit., p. 85)

¹¹¹ CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, trabalhando a eclosão da responsabilidade objetiva, diz que " ... Nesse estudo, Saleille desenvolve a sua tese, argumentando: o art. 1382 do Código Civil significa que 'o que obriga à reparação é o fato do homem, constitutivo do dano'. A relação de causalidade geradora da reparação reside em que o Código, ao falar em 'culpa' toma esta palavra na acepção vulgar de causa. Em termos do art. 1383, teria em vista 'a abstenção que se refere a uma causa material constitutiva do prejuízo que entre na esfera da atividade daquela que se absteve'. Raciocinando assim, em torno das disposições do Código Civil de 1804, Saleilles chega a uma conclusão diametralmente oposta à doutrina legal perfilhada pelos autores do Código; argumentando com preceitos que originariamente teriam em vista a responsabilidade fundada na culpa, desenvolve uma teoria em face da qual o dever de ressarcimento independe da culpa. O âmago de sua profissão de fé objetivista desponta quando diz que 'a teoria objetivista é uma teoria social que considera o homem como fazendo parte de uma coletividade e que o trata como uma atividade em confronto com as individualidades que o cercam...' (in Responsabilidade Civil, Forense, 9 ed. p. 17)

interpretados não com base na sua letra, mas sim em função da evolução que inequivocamente teve o instituto da responsabilidade civil, citando, como amparo à sua conclusão, decisões dos tribunais, legislações extravagantes, enfim, a nova concepção do mundo, mais preocupada com o homem do que com os bens patrimoniais

Outros fundamentos surgiram longe da interpretação dos dispositivos legais.

GEORGES RIPERT, citado por Caio Mario da Silva Pereira, afirmou que o direito moderno já não visa ao autor do dano, porém à vítima. Segundo o autor francês, ao final do século XIX já se sentia no ar uma tendência para a aceitação da idéia de que quem dá causa ao risco deve suportá-lo.¹¹²

4.2 Do surgimento da idéia da Responsabilidade Civil Objetiva

O caminho trilhado para a criação da responsabilidade objetiva não foi fácil, principalmente se levada em conta a recalcitrância de alguns em aceitar uma série de conceitos bastante novos em face da obtusa teoria subjetiva, os quais propugnavam o desaparecimento de todo o exame subjetivo do dano - antes visto, de todo obrigatório, para que se desse a reparação.

Ora, mesmo aqueles que não tivessem tido qualquer intenção de prejudicar seriam responsabilizados pelo prejuízo, independentemente de culpa, hipótese dificilmente digerida por aqueles que beberam dos antigos textos romanos.

Basta lembrar PLANIOL, ferrenho combatente da doutrina do risco, segundo o qual a supressão da teoria da culpa implicaria a destruição de toda justiça.¹¹³

¹¹² Assim, com efeito, no original de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA: " ... O mesmo Georges Ripert, no grande livro que é *La Rçgle Morale dans les Obligations Civilcs*, recorda que no fim do século XIX procurou-se alargar o âmbito da responsabilidade civil. A jurisprudência cedeu às exigências da doutrina e acolheu a interpretação ampliativa do art. 1.384, n° I, do Código Civil. Sem abandonar a idéia de culpa, os juristas enunciaram um princípio novo em que pudessem fundar o direito à reparação. E imaginaram a noção do risco profissional, do risco da propriedade, do risco criado. Manifesta sua adesão à nova doutrina do risco que prefere à expressão 'responsabilidade objetiva' ... " (in ob. cit. p. 67)

¹¹³ PLANIOL é citado pelos MAZEAUD na obra "*Tratado de la Responsabilidad Civil*", Tomo I, Vol. I, pág. 89

Por tais motivos apareceu tímida, principalmente no seu início, a idéia da responsabilidade objetiva, ora disfarçando-se sob diferentes força e motivação com o passar do tempo e com o trabalho desenvolvido com vigor incomparável pela doutrina e pela jurisprudência, notadamente francesas.¹¹⁴

Enumerando os processos técnicos elaborados no sentido de alargar o conceito de individualista de culpa, estes ainda ligados ao fundamento da responsabilidade extracontratual pode se aduzir: 1) Na admissão, com facilidade, da existência de uma culpa. 2) No reconhecimento de presunções de culpa. 3) Na transformação da responsabilidade aquiliana em contratual. 4) Na extensão do próprio conceito de culpa.

E foram expedientes utilizados na própria França.

Dessa forma, num primeiro momento, os cuidados com a situação sempre complicada da vítima, criados a partir de um nova concepção moral da sociedade - portanto, nem tanto com o causador do dano - , firmaram-se na própria facilidade com que aos poucos veio sendo admitida, caso a caso, a presença da culpa, possibilitando-se com maior êxito a reparação ¹¹⁵.

LOUIS JOSSERRAND, a respeito, trabalhando a maior admissão do conceito de culpa como um dos processos técnicos criados para a proteção da vítima, cita como amparo às suas considerações o surgimento da teoria do abuso de direito¹¹⁶ e o da teoria da falta negativa¹¹⁷, asseverando que a

¹¹⁴ Segundo CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, referindo-se à eclosão da responsabilidade objetiva " ... Não se pode, porém, conclamar que sua penetração e aceitação se fizeram em um só momento e de uma só maneira, como se fosse nova Minerva que já nasceu armada da cabeça de Júpiter. Nem se dirá que seguiu rota uniforme ou gradativa até atingir o estado atual. Obedeceu à linha evolutiva dos acontecimentos naturais, que segundo a velha parêntia enuncia que natura no facit saltus ... " (in ob. cit., p. 263)

¹¹⁵ ALVINO LIMA, citando DE PAGE, aduz que basta a culpa mínima, " ... O menor pécadilho para que se justifique a responsabilidade - In lege Aquilia et Levissima culpa venit..." (in ob. cit., p. 70)

¹¹⁶ Segundo o autor francês a teoria do abuso de direito alargou o âmbito de aplicação da culpa pois " ... admitindo que o exercício de um direito não é absolutamente incompatível com o conceito de culpa e que é cometer um delito civil exercer seu direito de certa maneira, por um motivo qualquer, notadamente se visando prejudicar a outrem (...) A teoria do abuso do direito conquista assim foros de cidade na jurisprudência, na legislação e mesmo na doutrina e, com ela, é um campo imenso que se abre à culpa, que não recua mais diante da existência de um direito mas investe contra o seu exercício, se ele degenera em abuso: a culpa no exercício de um direito toma-se noção prática e corrente ... " (ob. cit., p. 552).

jurisprudência francesa e a belga terminaram por criar, independentemente de qualquer texto escrito, uma série de novas faltas, multiplicando as hipóteses consagradas de culpa.

Depois de citar o adelgaçamento do conceito de culpa, alertando para o fato de que os tribunais passaram a reconhecer com maior freqüência a existência da falta, mesmo quando não robustamente provada, colocou o citado ALVINO LIMA, como passo seguinte do processo técnico de desenvolvimento das novas concepções sociais, o surgimento das presunções de culpa, que implicavam a inversão dos ônus probatórios envolvidos.

Essas presunções foram criadas para a solução dos casos de responsabilidade complexa, que decorrem de fato de outrem ou de fato das coisas inanimadas.

Exemplos clássicos, contidos em várias legislações, inclusive na francesa e na brasileira, são as hipóteses da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, dos patrões pelos danos impingidos por seus empregados, dos donos de animais para com os prejuízos por eles ocasionados, dos donos dos prédios por coisas que deles caíam e venham a prejudicar outrem, etc.

Em todos esses casos substitui-se a culpa provada pela culpa presumida, ora sob a presunção *juris tantum*¹¹⁸, ora sob a presunção *juris et de jure*, variando tais presunções conforme os costumes, o país, a legislação, etc., mas sempre facilitando-se a reparação do dano, antes tão dificultada¹¹⁹.

¹¹⁷ LOUIS JOSSERRAND explica assim a teoria da falta negativa, mais conhecida como omissão: " ... Totalmente diversa é a teoria que chamei de teorias das faltas negativas. Cada vez mais se admite que a nossa responsabilidade pode surgir, não somente pelo nosso procedimento ativo, como se atropelamos um pedestre ou difamamos nosso próximo, mas também de nossa abstenção, de nossa inércia: à culpa positiva vem opor-se e juntar-se a culpa negativa, que consiste em nos abstermos dum ato, dum invenção, dum iniciativa considerados obrigatórios; podemos pecar por omissão, tal como por ação, por imobilidade como por agitação ... " JOSSERRAND, Louis. De l'esprit des droits et de leus relativité. 2. ed. Paris: Dalloz, 1939, p. 553.

¹¹⁸ A jurisprudência francesa consagrou a responsabilidade dos pais pelos atos praticado por seus filhos como sendo o único caso em que vigeria a presunção *juris tantum*, reinando nos outros casos, sem exceção, a presunção *juris et de jure* mormente aqueles fundados na teoria da guarda, previstos no artigo 1.384, § 10 (vide JOSSERRAND, ob. cit. p. 555 e seguintes).

¹¹⁹ O autor ALVINO LIMA sustenta que as presunções de caráter *juris et de jure* são verdadeiras máscaras utilizadas para encobrir a responsabilidade objetiva, pois que, não havendo a possibilidade de comprovação da inexistência de culpa, dada a irrefragabilidade da presunção, opera-se verdadeira responsabilização objetiva do autor do dano. Segundo o autor " ... as

No Brasil, vale adiantar, imperava a idéia de que os dispositivos relativos à responsabilidade pelo fato de outrem geram presunção *juris tantum* de culpa, havendo poucos autores que discordassem de tal posicionamento¹²⁰.

O terceiro processo técnico empregado para a facilitação do dever de reparar o dano, novamente observando-se a vítima como parte mais fraca na eterna contenda da responsabilidade civil, foi a transmutação efetivada da responsabilidade extracontratual, em alguns casos, contratual.

A jurisprudência, com efeito, passou a enxergar, em determinadas situações, como pano de fundo para a indenização, a quebra de um contrato da parte do ofensor, facilitando-se, assim, a sua responsabilização, já que ficam bem delineados os requisitos necessários à configuração da culpa.

Os exemplos clássicos desse processo são os acidentes de trabalho, antes da sua transformação em instituto autônomo, e os acidentes oriundos do transporte, eis que se passou a entender que estaria presente nesses casos uma obrigação de seguridade dos empregadores e transportadores.

Por fim, o próprio conceito de culpa passou a ser estendido, do risco, que será trabalhada e pormenorizada posteriormente e em tópico específico.

O culpado passou a ser aquele que com seus atos, sua atividade, mesmo que ausentes a negligência, a imprudência ou a imperícia, causou o dano, surgindo o dever de indenizar independentemente da presença de um ato culposo.

Os motivos que induziram tal processo foram bem talhados por LOUIS JOSSERRAND:

presunções absolutas de culpa são a consagração da teoria objetiva, da responsabilidade sem culpa. Dizer o contrário é procurar mascarar com um nome, apenas, aquilo que a realidade desmente. E para comprová-lo basta indagar quais são os efeitos jurídicos de uma responsabilidade sem culpa e de uma responsabilidade fundada na presunção *juris et de jure*? Ambas levam o agente do fato danoso à reparação, sem a prova da causa do evento, sem a discussão possível sobre a ausência de culpa, que poderá até não existir, ou poderá mesmo se achar provado não existir, sem que daí resulte benefício ao autor do ato danoso. A culpa presumida, sem permitir a prova em contrário, é, expediente, diz Trimarche, que não tem outra função senão a de permitir a manutenção de uma posição insustentável..." (ob. cit. p. 75/76).

¹²⁰ É o posicionamento, por exemplo, de MARIA HELENA DINIZ, quando aduz que "... Há uma presunção *juris tantum* de culpa de certa pessoa, se outra, que estiver sob sua guarda ou direção, perpetrar ato danoso ..." (in ob. cit. p. 431).

... Ora, não convém ir mais longe e banir completamente do domínio da responsabilidade, pelo menos do número das eventualidades, essa noção de culpa, tão delgada, tão desprezada, tão relegada; não convém admitir que somos responsáveis, não somente por nossos atos culposos, mas pelos nossos atos pura e simplesmente, pelo menos, bem entendido, se causaram um dano injusto, anormal a outrem. O fazedor de atos, como dizem os americanos, não deve ser responsável por seus atos? Problema capital, que é o da objetivação da responsabilidade, da substituição do ponto de vista subjetivo pelo ponto de vista objetivo, da noção de culpa pela do risco ...¹²¹

Criaram-se, a partir daí, algumas legislações que incorporaram ao seu texto a idéia do risco, que pouco a pouco vinha surgindo no seio da sociedade, segundo a qual quem tirava o proveito de uma determinada atividade haveria de arcar com os prejuízos oriundos do seu exercício.¹²²

Estava definitivamente marcada no campo da responsabilidade civil a presença da responsabilidade objetiva, que angariaria com o passar dos anos mais e mais fiéis, mais e mais adeptos, os quais iniciariam verdadeira cruzada no sentido de pôr abaixo a reparação por danos fundada na culpa.

Entre os extremos que se formaram, ou melhor, entre aqueles que defendiam a idéia da responsabilidade subjetiva e aqueles que defendiam a idéia da responsabilidade objetiva, surgiu posição intermediária, segundo a qual ambas as fontes de responsabilidade civil poderiam viver pacificamente, sem

¹²¹ JOSSERAND, Louis. De l'esprit des droits et de leus relativité. 2. ed. Paris: Dalloz, 193 p. 556.

¹²² o professor JOSÉ DE AGUIAR DIAS, trabalhando a idéia de JOSSERRAND, exemplifica tal tendência legal Com os seguintes exemplos: " ... O faiseur d'actes deve responder pelas conseqüências de suas iniciativas. Por essa concepção nova, abstrai-se da idéia de culpa: aquele que cria o risco responde, se ele se vem a verificar, pelas conseqüências lesivas a terceiros. Não comete falta quem, com licença da administração, monta um estabelecimento incômodo, insalubre, perigoso, ruidoso ou pestilencial. Mas é obrigado a indenizar os vizinhos prejudicados pelo seu funcionamento. A estrada de ferro, serviço de utilidade pública, que funciona mediante concessão, não pode estar em culpa, certamente, quando faz trafegar seus trens. Mas se as fagulhas da locomotiva incendeiam as plantações, se a fumaça prejudica, por exemplo, a lavandaria instalada, precedentemente, à margem da linha férrea, têm as vítimas dos prejuízos direito à reparação e a estrada o dever de satisfazê-la ... " (in ob. cit., p. 74).

excluírem uma a outra, prevalecendo, contudo, a noção de culpa como idéia geral.¹²³

4.3 Da iniciativa teórica da Responsabilidade Civil Objetiva no Código Civil de 2002

Feito um sucinto esboço da evolução da responsabilidade civil, cabe notar que a legislação nacional, como não poderia deixar de ser, muito embora no Código Civil de 1916, diploma maior relativo aos atos do homem, cravada ainda na idéia da culpa, acompanhou ao seu tempo, bebendo pouco a pouco das idéias que se espriavam fora do país, a evolução da responsabilidade civil, de modo que hoje, convivendo com a responsabilidade subjetiva, existem textos que admitem expressamente a responsabilidade sem culpa.

Demonstrar-se-á assim que pouco a pouco a legislação nacional acompanhou a doutrina estrangeira, mais evoluída no que toca à responsabilidade civil, absorvendo a tendência generalizada no sentido de se adotar a responsabilidade objetiva como regra para regular uma série de situações.

Não faltam, aliás, conquanto tenha seguido a letra e a orientação dos franceses, os que defendem que o próprio Código Civil de 1916 contém disposições tipicamente objetivas, já que, de alguns artigos do seu texto, não se extrairia a idéia de culpa ou dolo para que determinado agente de um dano seja por ele responsabilizado, devendo arcar com a sua reparação.

Importa dizer que além de trechos, portanto, do Diploma Substantivo, são casos de responsabilidade objetiva no direito pátrio a responsabilidade do

¹²³ CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, posicionando-se a respeito, assim expõe o surgimento dessa corrente: " ... Em terceiro lugar, sem ser propriamente eclética, a posição dos que admitem (como é o meu caso) a convivência das duas doutrinas: a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu ... " (in ob. cit., p. 268)

Estado, pautada no risco administrativo, a responsabilidade por atividades nucleares, a responsabilidade do fornecedor de bens e serviços, a responsabilidade securitária quando dos acidentes de trabalho e dos acidentes com veículos e embarcações, a responsabilidade por transporte aéreo e finalmente, a responsabilidade por danos causados ao meio

Seguem, nas próximas páginas, observações a respeito da responsabilidade civil objetiva apenas no âmbito do Direito Civil, pois este é o tema central desta dissertação.

4.4 Da Responsabilidade Civil Objetiva no Código de 1916

O Código Civil de 1916, como dito acima, apresenta casos de fidelidade à doutrina objetiva da responsabilidade civil, muito embora não o assuma expressamente, indo e voltando ao conceito de culpa, ora expressamente a solicitando, ora a presumindo, seguindo à risca o quanto disposto no Código de Napoleão e navegando pelas idéias sublimadas no início do século.

Há aqueles autores que defendem, vale dizer, que os casos previstos no Código Civil são todos relativos à responsabilidade subjetiva, justamente porque a culpa impera não só no artigo 159¹²⁴ do Diploma Substantivo, que regra a generalidade dos casos de responsabilidade civil, como também nas demais disposições, mesmo que de forma apenas presumida.

Todavia, são vozes que não ecoaram, não tendo ganho muitos adeptos.

Não se esconde, de fato, que CLÓVIS BEVILÁQUA conhecia a doutrina do risco. O primeiro caso identificado com toda a certeza no Código Civil é aquele relativo às coisas jogadas de prédios e construções, pelas quais se responsabiliza o habitante, nos exatos termos do artigo 1.529, verbis:

... Aquele que habitar uma casa ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas, que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido...

¹²⁴ ",Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano .. ,"

Segundo o autor citado, que elaborou o Código de 1916:

... Pouco importa que não haja postura municipal ou regulamento de higiene proibindo atirar coisas para fora de casa em lugar não destinado a esse mister. O ponto de vista do Código Civil é o dano à pessoa ou aos bens de outrem. A responsabilidade é objetiva e recai sobre o habitante da casa, que se não excusa, alegando que o ato prejudicial foi praticado por outra pessoa¹²⁵

Também no Código Civil de 1916, fazendo surgir vivas discussões, sobressai o artigo 1.521¹²⁶, que regula nos seus incisos, assim como no Código Civil Francês, as várias hipóteses de responsabilidade por fatos de terceiros, a exemplo dos pais pelos filhos menores sob o seu pátria poder, do tutor pelo tutelado, do empregador pelo seu empregado, etc., casos em que não há que se cogitar da culpa para que se estabeleça o dever de indenizar.

As discussões suscitadas dizem com o problema da presunção de culpa que albergava, notadamente, os seus três primeiros incisos. Dizia-se, com efeito, que o pai que não olhasse pelo filho teria sido negligente, presumindo-se a sua culpa quando de um dano causado pelo menor, principalmente à vista da dificuldade que seria enfrentada para a prova da falha.¹²⁷

¹²⁵ BEVILAQUA, Clovis in "Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil", 6ª ed., Vol. V, Livraria Francisco Alves, p. 309.

¹²⁶ "Art. 1521. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. II - O tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições. III - O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522). IV - Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos. V - Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia ... "

¹²⁷ MARIA HELENA DINIZ, por exemplo, aduz que é necessário ao dever de indenizar a prova de que " ... Os pais sejam negligentes na vigilância, isto é, incorram em culpa in vigilando, que se presume havendo a inversão do ônus probandi (RT,490:89), incumbindo aos pais provar que cumpriram o dever de vigilância para se livrarem da responsabilidade. A culpa in vigilando, nas palavras de Munir Karam, consiste na falta de atenção especial dos pais, necessária em relação aos filhos menores. Os pais somente escaparão da responsabilidade se comprovarem ausência de culpa. Isto é assim porque se trata de uma presunção juris tantum, suscetível de ser afastada se os pais demonstrarem que sua conduta foi incensurável quanto à vigilância e educação do menor (RT, 484:63, 490:89) ... " (ob. cit., pags. 433 e 434).

A interpretação gradativa do dispositivo pela doutrina e pelos tribunais não deixou dúvidas, todavia, de que se trataria de casos de responsabilidade objetiva, como bem coloca GUILHERME COUTO DE CASTRO:

... A questão, hoje, é indagar se ainda é correto falar-se em presunção de culpa, ou se as hipóteses são de responsabilidade objetiva. É imperioso, para responder à pergunta, diferenciar presunção de culpa e responsabilidade sem falta. A presunção de culpa é escala intermediária entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva. Quando se está diante de verdadeira e simples presunção, o fenômeno corrente é o da inversão do ônus da prova, restando ao interessado demonstrar que obrou em conduta escorreita, de modo a afastar qualquer imputação. Assim, só há presunção de culpa, verdadeiramente, quando sua natureza é *iuris tantum*; se a presunção não admite prova em contrário - é *iuris et de iure* - ou se somente a admite em estritas hipóteses, a regra é de responsabilidade objetiva. Simples reflexão lógica, portanto, conduz ao abandono da ótica a sustentar, ainda hoje, a existência de mera presunção de falta nos casos de responsabilidade por ato de terceiro....¹²⁸

Outro caso interessante de responsabilidade objetiva no Código Civil de 1916, que também suscita as mesmas discussões a respeito da presunção de culpa levantadas quando do comentário ao artigo anterior, é o da responsabilidade do dono do animal pelos danos que ele causar, obrigação que decorre da teoria da guarda, também aplicada a uma série de outras situações¹²⁹.

Tal caso, assim como o primeiro, é tipicamente de responsabilidade objetiva, mitigada pelos excludentes contidos expressa e exclusivamente no próprio artigo 1527, conquanto insistam alguns juristas na tese de que se basearia ele na presunção *iuris tantum* de culpa do dono do animal¹³⁰.

¹²⁸ CASTRO, Guilherme Couto de. A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro, Forense, 2. ed. p. 14.

¹²⁹ Art. 1527. o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar: I - que o guardava e vigiava com o cuidado preciso. II - Que o animal foi provocado por outro. III - Que houve imprudência do ofendido. IV - Que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior ... "

¹³⁰ Acena neste sentido boa parte da legislação argentina, como nos dá conta MARTIN DIEGO PIROTA, in verbis: " ... Así reza el artículo 1124 del Código Civil: 'El propietario de un animal, doméstico o feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario'. El artículo transcripto consagra la responsabilidad extracontractual y objetiva del

De resto, no Código Civil, sobram os direitos de vizinhança, lembrados como exemplos de responsabilidade sem culpa no trabalho de GUILHERME COUTO DE CASTRO, colocando, a exemplo, que bastaria o nexo de causalidade entre a construção e um dano que dela derivasse, para que se configurasse a responsabilidade da parte do dono da obra¹³¹.

4.5 Da Responsabilidade Civil Objetiva no Novo Código Civil

O legislador brasileiro, quando do surgimento da idéia de alteração do Código Civil, com a inevitável atualização de seus dispositivos, em muito defasados em face do declínio do antigo individualismo que nele preponderou, não titubeou em incorporar no seu texto as novas concepções relativas à responsabilidade civil, pondo fim às incessantes quizilas em tomo desse tema.

O Código Civil de 1916, que se baseou no Código Napoleônico no que toca à responsabilidade civil, de fato, encontrava-se bastante antiquado, não só no que toca aos fenômenos sociais que se desenrolaram após a data da sua entrada em vigor, como também no que toca às legislações extravagantes que foram-se sucedendo, alterando inclusive o seu conteúdo.

Como foi dito anteriormente o avanço tecnológico, favorecido sobremaneira pelo esforço bélico característico do século XX, desenvolveu a

dueño o guardián con fundamento en el riesgo creado por ele animal, pudiendo éstos deélinar su responsabilidad ante la configuración de una de las eximentes que taxativamente prevé el mismo título. Bien dice González Guerrico que 'en general, la jurisprudencia há sido pacífica, en el sentido de reconocer el carácter objetivo de la responsabilidad emergente de daños producidos por animales, pero ha acentuado ese carater cuando se há tratado de animales feroces o domesticados, como productores del daño'. (in "Responsabilidad por Daños Derivados del Peaje", Editorial de Belgrano, la ed., p. 141). A legislação espanhola, como acentua INGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ, comentando o artigo 1905 do Código Civil espanhol, também acata a responsabilidade objetiva do dono do animal, verbis: " ... El art. 1905 del Código hace derivar la rsponsabilidad del solo hecho del daño producido, al margen de toda idea de culpa o negligencia en el poseedor del animal. Tan sólo contempla como casos de cese de la responsabilidad supuestos de ruptura del nexo de causalidad, concretados en las hipótesis de que 'el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que 10 hubiese sufrido'. Es por tanto claro que consagra un supuesto de responsabilidad objetiva. Es uno de los pocos casos en los que el Código Civil acoge la responsabilidad objetiva ... " (in "Responsabilidad Civil Extracontratual por Danos Causados por Animales", J. M Bosch Editor, 1997, p. 33)

¹³¹ responsabilidad objetiva ... " (in "Responsabilidad Civil Extracontratual por Danos Causados por Animales", J. M Bosch Editor, 1997, p. 33).

denominada teoria do risco, que serviria de base à responsabilidade objetiva, e cujos reflexos seriam sentidos por grande parte das leis especiais reguladoras da atividade econômica.

Com notável acuidade, J. J. CALMON DE PASSOS sintetiza todo esse contexto histórico:

Os proveitos e vantagens do mundo tecnológico são postos num dos pratos da balança. No outro, a necessidade de o vitimado em benefício de todos poder responsabilizar alguém, em que pese o coletivo da culpa. O desafio é como equilibrá-los. Nessas circunstâncias, fala-se em responsabilidade objetiva e elabora-se a teoria do risco, dando-se ênfase à mera relação de causalidade, abstraindo-se, inclusive, tanto da ilicitude do ato quanto da existência de culpa.¹³²

Sob a influência dessas idéias, inúmeras leis especiais consagraram a nova teoria, admitindo a responsabilização do agente causador do dano, independentemente da prova de dolo ou culpa: Dec. n. 2681 de 1912 (responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais), a legislação de acidente do trabalho (Lei n. 5316/67, Dec. n. 61.784/67, Lei n. 8213/91), as Leis n. 6194/74 e 8441/92 (seguro obrigatório de acidentes de veículos – DPVAT), Lei n. 6938/81 (referente a danos causados no meio ambiente), além do próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), que também reconhece a responsabilidade objetiva do fornecedor do produto ou serviço por danos causados ao consumidor. Isso tudo sem esquecermos da responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Assim, uma adequação de seu texto fazia-se necessária, apesar das críticas.

No que toca à reparação de danos, o legislador brasileiro, em atenção à orientação dada pelo Novo Código Civil como um todo, uma legislação mais social, mais atenta à sociedade e aos valores que atualmente a regulam, a

¹³² PASSOS, José Joaquim Calmon de. "O Imoral nas Indenizações por Dano Moral", disponível no site jurídico Jus Navigandi (acesso em: 09 mar. 2009): www.jus.com.br

exemplo da distribuição de riquezas, dignidade da pessoa humana¹³³, etc., abraçou em definitivo a idéia da responsabilidade civil objetiva, colocando-a pela primeira vez de forma expressa num Código Civil Brasileiro.

Não que tenha deixado a responsabilidade com base na culpa de lado, como melhor se verá em separado, pois que ainda subsistente na qualidade de regra e não de exceção, mas sim de modo a conjugar e harmonizar ambas as fontes, evidentemente no intuito de abrir as portas da reparação de danos àqueles que em outros tempos nem de longe lograriam obtê-la, limitados que se encontrariam à difícil prova da conduta culposa do agente.

Culpa e risco convivem nesse *codex*, cada qual com seu espaço.

Deu-se, portanto, a adoção de uma filosofia mais social e menos individualista, que acompanhou a evolução do ordenamento jurídico desde o Código Napoleônico até os últimos acontecimentos sociais e políticos, bem como as idéias já expressamente consignadas na Constituição Federal de 1988, cuja leitura, aliás, desde que promulgada, passou a ser de mister para a compreensão da legislação infra-constitucional, principalmente do Código Civil de 1916.

É importante a análise dos pontos em referência de modo a demonstrar os princípios que inspiram a teoria da responsabilidade objetiva, quais sejam a *boa-fé e a eqüidade*, como forma de propiciar a entrega de uma tutela jurisdicional mais justa. Com efeito, a partir do momento em que a evolução das relações sociais, em confronto com preceitos que inspiraram legisladores de outras épocas, torna insuficientes os meios para se obter a indenização correspondente ao dano experimentado, não se deve negar que é preciso rever conceitos antigos.

AGUIAR DIAS enumera quais os princípios que inspiram à responsabilidade objetiva: do interesse ativo, da prevenção, da eqüidade ou do interesse preponderante, da repartição do dano e do caráter perigoso do ato.

¹³³ VENOSA, Silvio de Salvo comentando as características do novo Código Civil, bem coloca que " ...O sentido social é filosofia marcante no novo estatuto, em reação ao individualismo do velho Código calcado ainda em idéias do século 19 ... " (in "Novo Código Civil", Atlas, 2002, p.31)

Óbvio que essa não é uma definição pacífica e isenta de questionamentos, mas demonstra de forma clara o espírito que norteou os estudiosos de então e que certamente refletiram na elaboração de nossa nova codificação civil.

Pode-se dizer, também, que absorveu o Novo Código Civil, seguindo a metodologia proposta pelos seus elaboradores, as interpretações e posições que sobre uma série de dispositivos contidos no Diploma Substantivo de 1916 já vinham sendo tomadas e reiteradas de forma quase que homogênea pela doutrina e pela jurisprudência, como bem se verá no que toca aos casos de responsabilidade complexa - pais responsáveis pelos filhos, patrão por empregados, etc.¹³⁴

Ademais, o início da teoria moderna da Responsabilidade Civil Objetiva tem como características fundamentais algumas razões, especialmente de cunho social, principalmente por ter nascida dentro de um Código Civil amparado por uma Constituição de cunho altamente social.

Esta nova Responsabilidade Civil Objetiva surgida depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 deve ser encarada como um instrumento de efetivação e garantia dos direitos fundamentais. A possibilidade de utilizarmos a aplicação do instituto da responsabilidade de maneira ampla proporciona uma maior defesa dos interesses de nossa sociedade, uma vez que com a nova Responsabilidade Civil Objetiva o ofendido terá em suas mãos um instrumento de que lhe garanta a segurança de ter os preceitos constitucionais assegurados.

A Responsabilidade Civil Objetiva ou sem culpa sob o prisma do Novo Código Civil deve estar justamente atrelada à estes preceitos sociais e aos direitos fundamentais da nossa Carta Política afirmando a garantia do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e da supremacia da nossa Constituição Federal de 1988.

Na verdade quando se opta por este sistema de responsabilidade civil atrelada aos preceitos da Constituição Federal, tem-se em mente que a justiça e a dignificação da pessoa humana serão o norte a se perseguir, já que os

¹³⁴ Confira-se o prefácio ao "Novo Código Civil Brasileiro", RT, 2R ed., de MIGUEL REALE

resultados objetivos serão em favor do social, do coletivo, especialmente por favorecer àquelas pessoas que possuem uma maior dificuldade na luta de seus direitos.

Com a instituição desta nova realidade em tema de responsabilidade civil, sem dúvida há espaço para observarmos uma grande evolução em termos de acesso à justiça, nas hipóteses de reparação do dano, ante a desnecessidade, em diversos casos, de comprovar o elemento culpa para assegurar o ressarcimento

4.5.1 A Responsabilidade Civil Objetiva e o acesso à Justiça

Feito este apanhado a respeito da evolução da responsabilidade civil objetiva, com apreciação dos motivos que ensejaram o surgimento e a defesa fervorosa da responsabilidade sem culpa, passaremos agora a analisar a questão da responsabilidade civil objetiva relacionada ao problema do acesso à justiça.

Conforme é de conhecimento de alguns estudiosos do direito, o acesso à justiça é um dos mais sérios e antigos problemas sociais que se pode relacionar. Desde que o Poder Público chamou para si a responsabilidade de solucionar os conflitos de interesse em prol de uma maior segurança e harmonia social, percebeu-se o quanto esta missão é difícil de ser executada. Desde o grande número de demandas existentes até a dificuldade em si criar e desenvolver uma estrutura judiciária eficaz para prestar a jurisdição, diversos problemas foram e são enfrentados. Para que se possa afirmar que um sistema jurídico proporciona, abstrata e concretamente, um acesso eficaz à justiça, é fundamental que ele seja efetivo, ou seja, que ele esteja à disposição de todos os membros da sociedade e resulte em uma prestação jurisdicional justa, tanto para o indivíduo que solicita quanto para a própria coletividade (justiça social)

O acesso à justiça deve estar disponível a custos proporcionais às condições da pessoa que o solicita, devendo haver uma grande valorização da

assistência judiciária gratuita, a ser prestada por órgãos gratuitos tais como a Defensoria Pública e escritórios modelos de universidades.

O sistema judiciário deve ser bem estruturado e os trabalhos, tanto dos juizes quanto dos auxiliares da justiça, devem ser desenvolvidos com ética e solidariedade, buscando sempre respeitar a dignidade da pessoa humana. O acesso à justiça deve ser concreto, e não apenas formal, o que significa dizer que não basta conferir ao interessado a faculdade de solicitar a prestação jurisdicional, se esta não for prestada com vistas à justiça social.

O ordenamento jurídico também é fundamental em matéria de acesso à justiça, desde a Constituição Federal até a legislação infraconstitucional como no caso do Novo Código Civil. É importante que os direitos básicos e fundamentais do cidadão estejam resguardados e que o Poder Judiciário seja independente.

Para o tema que nos interessa, contudo, a medida essencial para a ampliação do acesso à justiça é a simplificação do direito. Trata-se de uma grande realidade a dificuldade de julgar. O vínculo do magistrado com as provas contidas nos autos do processo, o desequilíbrio econômico, técnico, social e estrutural existente entre as partes litigantes, o princípio da relatividade aplicável como regra no direito obrigacional, a restrição da *legitimatío* para demandar certos direitos, assim como muitos outros fatores, servem de restrições, limitações à atuação do juiz no sentido de prestar a jurisdição de forma mais justa e equânime.

Assim, a simplificação e a flexibilização do direito, de maneira a assegurar ao juiz instrumentos e fundamentos, bem como uma maior liberdade, para a solução dos conflitos em consonância com os ditames da justiça, com certeza representam medidas de valorização e ampliação do acesso a uma prestação jurisdicional mais adequada.

Podemos citar como exemplo desta flexibilização e simplificação do direito a instituição de um regime legal e especial para a tutela do direito do consumidor no que diz respeito ao instituto da inversão do ônus da prova, a interpretação dos contratos favoráveis ao consumidor, a responsabilidade

objetiva em caso de fato do produto ou fato do serviço, são medidas que, sem dúvida alguma, visaram a atribuir ao magistrado um campo maior de atuação para que possa, diante do fato concreto, proferir decisão mais justa, porém com base legal, sem precisar recorrer a estratégias exegéticas sempre criticados pela ausência de embasamento legal e por não ser atribuição do judiciário a função de legislar.

É exatamente este campo de ampliação do acesso à justiça que deve ser pautada a responsabilidade civil objetiva no Novo Código Civil com o objetivo de garantir a todos os cidadãos um acesso justo e eficaz na defesa dos seus direitos fundamentais.

Interessante a colocação feita por Mauro Cappelletti, ressaltando a necessidade de simplificar o direito utilizando, como exemplo, justamente a instituição da responsabilidade civil objetiva:

Nosso direito é frequentemente compilado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico. Os exemplos são o movimento amplo em direção do divórcio “sem culpa” e, pelo menos em certo número de lugares, o movimento pela responsabilidade civil objetiva. Padrões substantivos mudaram de modo a fazer com que indagações sobre culpa sejam dispensadas. Elas se tornaram irrelevantes para desenlace da causa, trazendo como resultado a redução dos custos e da duração do litígio, além de diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais.¹³⁵

Verifica-se, assim, a necessidade premente de simplificar o direito em matéria de responsabilidade civil, mediante uma exegese em favor da responsabilidade objetiva, visando seu convívio com a responsabilidade civil subjetiva, que, sem dúvida, não deve ser excluída do sistema legal, porém, por outro lado, não pode mais, diante da realidade contemporânea e dos anseios de uma melhor justiça social, partindo da ampliação do

¹³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1988. p. 156-157.

acesso à justiça, continuar tendo a representatividade de um sistema prevalente em relação à responsabilidade civil objetiva, bem mais adequada à solução dos conflitos dos interesses dos novos tempos. Tal postura, que estaria em atraso de mais de um século desde a concepção das idéias pertinentes à instituição da responsabilidade civil objetiva em prol de um melhor acesso à justiça, representaria uma grande contribuição para a efetividade da prestação jurisdicional mais justa e concreta, o que tornaria a justiça mais acessível, principalmente aos desfavorecidos, contribuindo para o Estado Democrático de Direito.

4.5.2 Do sucinto estudo dos pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva no Novo Código Civil

Assentado o princípio, universalmente aceito, de que todo aquele que causar dano a outrem é obrigado a repará-lo, cabe-nos agora analisar, em linhas gerais, os pressupostos ou elementos básicos da responsabilidade civil.

O art. 186 do Código Civil de 2002 (art. 159 do CC-1916) estabelece que:

"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Da hermenêutica do supratranscrito dispositivo, que foi mais abrangente que o seu correspondente da lei anterior, porquanto introduziu na norma a previsão do dano moral, extraem-se os seguintes pressupostos da responsabilidade civil, a saber: conduta humana (ação ou omissão); culpa ou dolo do agente; relação de causalidade; e o dano experimentado pela vítima.

Entretanto, persuadido de que o nosso direito positivo não só admitiu, como priorizou muito mais, a idéia de responsabilidade civil sem culpa, ou seja, a responsabilidade civil objetiva, não podemos aceitar a culpa ou dolo do agente como pressuposto ou elemento essencial da responsabilidade civil.

Hoje, com a evolução do nosso Direito Civil, já não se admite a ultrapassada concepção de que a responsabilidade civil está sempre interligada à culpa. Ao contrário, ao menos em termos quantitativos, o que se verifica é a predominância de demandas judiciais indenizatórias fundadas em

responsabilidade sem culpa. Caiu por terra, portanto, a idéia de que a responsabilidade subjetiva é a regra e a responsabilidade objetiva a exceção.

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade.

Não se pode desprezar, contudo, a relevância do estudo da *culpa* na responsabilidade civil, tanto mais porque, conforme adverte CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA:

A abolição total do conceito da culpa vai dar num resultado anti-social e amoral, dispensando a distinção entre o lícito e o ilícito, ou desatendendo à qualificação da boa ou má conduta, uma vez que o dever de reparar tanto corre para aquele que procede na conformidade da lei, quanto para aquele outro que age ao seu arrepio.¹³⁶

Desta forma, conforme bem observou a culta professora JEOVANNA VIANA ALVES, em sua excelente tese de doutoramento:

A responsabilidade civil não pode assentar exclusivamente na culpa ou no risco, pois sempre existirão casos em que um destes critérios se revelará manifestamente insuficiente. A teoria do risco não vem substituir a teoria subjectiva, mas sim completá-la, pois, apesar dos progressos da responsabilidade objetiva, que vem ampliando seu campo de aplicação, seja através de novas disposições legais, seja em razão das decisões dos nossos tribunais, por mais numerosas que sejam, continuam a ser exceções abertas ao postulado tradicional da responsabilidade subjectiva.¹³⁷

Também, segundo a preleção de SÍLVIO VENOSA, ao comentar o parágrafo único do 927:

o novo código civil fará desaparecer a responsabilidade com culpa em nosso sistema. A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que autorize. Portanto, na ausência de lei

¹³⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 5, 11ed., p. 391.

¹³⁷ ALVES, Jeovanna Viana. Responsabilidade Civil dos Pais Pelos Actos dos Filhos Menores. Editora Renovar, biblioteca de teses, 2003.

expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral no direito brasileiro. Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina. No entanto, advir-se, o dispositivo questionado explica que somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando este decorrer de 'atividade normalmente desenvolvida" por ele.¹³⁸

Ainda assim, por questões didáticas, nos permitiremos evitar uma análise mais aprofundada da responsabilidade civil subjetiva, porquanto o âmago deste trabalho está na responsabilidade objetiva, qual seja, aquela que é imposta por lei independentemente de culpa e sem a necessidade de sua presunção.

Fixado esse entendimento, têm-se como pressupostos ou elementos básicos da responsabilidade civil: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade.

a) Conduta humana.

A conduta humana, como pressuposto da responsabilidade civil, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

À luz dessa definição, constata-se que a responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, enquanto que a responsabilidade sem culpa (objetiva) funda-se no risco.

Por outro lado, essa conduta, positiva ou negativa, passível de responsabilidade civil pode ser praticada: a) pelo próprio agente causador do dano; b) por terceiros, nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados, curatelados (art. 932, I e II), empregados (art. 932, III), hóspedes e educandos

¹³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo, A Responsabilidade Objetiva no Novo Código Civil. Artigo disponível no site [www. Societario.com.br](http://www.Societario.com.br), doutrina (acesso fev. 2009).

(art. 932, IV); e, ainda, c) por fato causado por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente (art. 936).

b). Dano.

Para que a conduta humana acarrete a responsabilidade civil do agente, é imprescindível a comprovação do dano dela decorrente. Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado. O dano, ou prejuízo, é, pois, um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, porquanto, sem a sua ocorrência inexistente a indenização.

Com precisão, SÉRGIO CAVALIERI FILHO, citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, salientou que:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.¹³⁹

O dano é doutrinariamente classificado em: patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral).

O dano patrimonial, ou material, consiste na lesão concreta ao patrimônio da vítima, que acarreta na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de quantificação pecuniária e de indenização pelo responsável. O dano patrimonial abrange o *dano emergente* (o que efetivamente se perdeu) e o *lucro cessante* (o que se deixou de ganhar em razão do evento danoso), enquanto que o dano moral é a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica. A Constituição Federal de 1988

¹³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, São Paulo. Saraiva, 2006. p. 40.

fortaleceu, de maneira decisiva, a posição da pessoa humana, e de sua dignidade, no ordenamento jurídico, logrando a determinação do dever de reparar todos os prejuízos injustamente causados à pessoa humana.

Assim, os tribunais têm reconhecido a existência de dano moral não apenas nas ofensas à personalidade, mas também sob forma de dor, sofrimento e angústia. Há situações em que a frustração, o incômodo ou o mero aborrecimento é invocado como causa suficiente para o dever de indenizar.¹⁴⁰

c) Nexo de Causalidade.

A relação de causalidade entre a conduta humana (ação ou omissão do agente) e o dano verificado é evidenciada pelo verbo "*causar*", contido no art. 186 do Código Civil. Sem o nexos causal, não existe a obrigação de indenizar. A despeito da existência do dano, se sua causa não estiver relacionada com o comportamento do agente, não haverá que se falar em relação de causalidade e, via de consequência, em obrigação de indenizar. Nexos de causalidade é, pois, o liame entre a conduta e o dano.

Trata-se de um pressuposto essencial da responsabilidade civil.

A análise do nexos de causalidade seria muito simples se observássemos, sempre, apenas uma causa para cada evento danoso. Neste caso não teríamos dúvida na apuração da responsabilidade civil. Não há dúvidas, também, quando se verifica uma multiplicidade de causas concomitantes, hipóteses em que, de regra, atribui a lei uma responsabilidade solidária para todos os agentes.

Ocorre, contudo, que em muitas hipóteses verificam-se diversos fatores sucessivos concorrentes para a produção do evento lesivo, dificultado, sobremaneira a identificação do responsável. Quando a multiplicidade de causas é excessiva e não conjunta, verifica-se o que a doutrina chama "concausas"¹⁴¹.

¹⁴⁰ SCHREIDER, Anderson. Arbitramento do Dano Moral no novo Código Civil. RTDC. Rio de Janeiro: Padma, 2002, v. 12., p. 4-5.

¹⁴¹ SILVIO, Wilson de Melo. Responsabilidade sem culpa. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1974, p.112.

Impõe-se neste caso, determinar um critério capaz de identificar quem deverá efetivamente responder pelo dano.

Quanto a questão da Causa na Responsabilidade Civil Objetiva, alguns doutrinadores afirmam que o nexo de causalidade tem especial relevância quando se trata desta responsabilidade, já que, sem a culpa como um dos pressupostos da responsabilidade, toda questão ;e solucionada no âmbito da causa. Assim, a apreciação da causa, que de regra deve ser feita com muito cuidado,requer uma cautela ainda maior quando se trata na responsabilidade civil baseada no risco.

Não se pode negar que a questão da causalidade tenha grande relevância em tema de responsabilidade sem culpa, pois, como já dissemos, a questão se apóia sobre o nexo de causalidade apenas. Não parece, contudo que tal dificuldade não ocorra na responsabilidade subjetiva, já que nesta também temos a causalidade como pressuposto fundamental para a obrigação de reparar o dano. Na realidade, ausente o nexo de causalidade, inexistente a responsabilidade, seja na hipótese da teoria clássica baseada na culpa, seja na hipótese do risco. A este respeito, aliás, manifesta-se Wilson Melo da Silva:

Causalidade não se confunde com culpabilidade.

A causalidade seria um elemento comum tanto na doutrina da responsabilidade civil por culpa como no da responsabilidade meramente objetiva.

E, por isso mesmo, estaria sujeito o problema do nexo causal, lá e cá, às mesmas regras e às mesmas vicissitudes.

Aliás (diga se de passagem) mais justiça haveria no critério da limitação do nexo de causalidade pelo só estabelecimento da necessidade da causa que no da invocação da simples culpa, onde a simples constatação, na série ascendente, de um fato culposo, tornaria todos os mais irrelevantes ou, a ele, assimilados.

Ao demais disso, os mesmos óbices, as mesmas transcendentais dificuldades que, no tocante ao problema da causalidade, pudessem asoberbar aos defensores do risco, asoberbariam também aos da responsabilidade pela culpa clássica, já que, como se disse, o nexo de causalidade se exige, como condição básica e essencial do dever de indenizar, não só nos domínios da responsabilidade civil clássica por culpa, como ainda, nos da responsabilidade sem culpa.

E a culpa subjetiva, note-se, nem sempre é de fácil apuração.

Se ela pode, às vezes, até mesmo tornar-se palpável, tal não aconteceria, por exemplo, quando se estivesse ali na zona

limítrofe, zona cinzenta, da culpa ou não culpa, quando fosse necessário apelar-se para a ajuda do microscópio jurídico. Na zona cinzenta muitas vezes campeiam, irmanados, arbítrios e injustiças. E a margem dos equívocos e das injustiças travestidas de justiça, costuma ser, aí, bastante ampla. E se ideal não se pode afirmar que seja o critério objetivo, da limitação do nexos causal pelo acolhimento do princípio da necessidade entre determinada causa e determinado dano, fora a convir, no entanto, que ele nos pode levar a resultados mais equânimes que aqueles a que se aspirasse pela adoção do só critério limitado, subjetivo, da culpa, quase sempre de problemática apuração, notadamente quando se tem pela frente uma daquelas hipóteses chamada “culpa levíssima” da velha tricotomia dos romanos.¹⁴²

Fato que torna mais relevante a questão da causa em matéria de responsabilidade civil objetiva é que, neste caso, as excludentes da responsabilidade serão apreciadas também, em função do nexos de causalidade. Assim, não há responsabilidade do agente quando o dano decorre de uma conduta da própria vítima, o que devemos chamar de fato da vítima, pois o que causou o acidente foi o comportamento dela mesmo.

Inadequada, portanto, a terminologia eventualmente utilizada pelas legislações quando instituem a culpa exclusiva da vítima como excludente da responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco. A questão é que, quando se fala em responsabilidade objetiva, não há que se falar em culpa, ainda que seja da própria vítima. O que exclui a responsabilidade do agente, neste caso, é o fato da vítima, pois a excludente se situa na causa, e não na culpa, cuja existência ou não é irrelevante na hipótese.

Outra questão interessante em matéria de excludente de responsabilidade objetiva é a referente ao fortuito. Na verdade, quando diz, de regra, que a responsabilidade civil é objetiva, deve-se subentender que o autor do fato responderá, ainda que o dano tenha sido proveniente do fortuito, a não ser que este exclua totalmente o nexos de causalidade entre a conduta e o dano. Esta exclusão se dá tão somente quando o fortuito é totalmente estranho à atividade (fortuito externo), pois, se guardar qualquer relação com ela, o que se denomina de fortuito interno, a

¹⁴² SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 132-133.

responsabilidade será do autor da conduta ou atividade. Se não fosse assim, toda a tese de responsabilidade objetiva estaria sem um alicerce que a sustentasse, pois restaria a responsabilização do agente tão somente nas hipóteses em que tivesse agido culposamente, já que não teria responsabilidade se comprovasse que o fato se deu em razão do fortuito. Isso levaria à confusão da responsabilidade objetiva com a responsabilidade subjetiva com culpa presumida, porque o único efeito que decorreria seria a inversão do ônus da prova, já que a demonstração do fortuito corresponderia, nada mais nada menos, que à demonstração que não houve culpa.

É importante ressaltar que na concepção moderna considera-se caso fortuito o que me referi a fortuito interno, ou seja, aquele inerente aos riscos da atividade que o agente se encontra desempenhando. A exemplo, força maior seria o fortuito externo, isto é, um acontecimento estranho à atividade do agente.

4.5.3 Da Responsabilidade Civil Objetiva no artigo 927 do Novo Código Civil: fundamento preliminar para a análise da Teoria do Risco

Pode-se dizer assim, feitas essas considerações, que a grande alteração realizada dentro da matéria, objeto do presente estudo, pelo Novo Código Civil veio expressa no seu artigo 927, que procurou conjugar, dentro de um título específico atinente à responsabilidade civil, aquela baseada nos princípios relativos à culpa e aquela baseada nos princípios relativos ao risco:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único: 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.**

Em outras palavras, previu expressamente o Novo Código Civil, ao lado da responsabilidade subjetiva, sem qualquer economia de palavras, a responsabilidade sem culpa seja para aqueles casos em que a lei assim o determine, seja para aqueles casos em que a atividade normalmente exercida pelo agente implicar por sua natureza risco para os direitos de outrem.

Conforme se depreende da leitura do artigo 927 do Código Civil, acima transcrito, há duas hipóteses de reparação independentemente de culpa previstas no parágrafo único do referido dispositivo. A primeira trata das hipóteses *previstas em lei*, como é o caso, por exemplo, acidentes de trabalho, relações de consumo, Código Brasileiro do Ar, legislação do direito ambiental, atividades nucleares, dentre outros inúmeros casos albergados por legislação específica que, juntamente com as questões de responsabilidade objetiva decorrentes da responsabilidade contratual e da administração pública, identificados, serão postos de lado, pois não estão compreendidos no foco principal do presente estudo.

Quanto à parte final do citado dispositivo que interessa ao objeto em estudo, qual seja, as *atividades de risco* que, quando exercidas e uma vez reconhecidas pelo prudente arbítrio do juiz, poderão conduzir ao dever de reparação independente de culpa no caso de produção de algum dano.

Caberá ao Poder Judiciário e à doutrina, é certo, definir em face da letra do dispositivo, notadamente da segunda parte do parágrafo único desse artigo, qual a atividade que pode ser caracterizada como passível de gerar riscos para terceiros, incumbência que, sem qualquer jogo de palavras, implica inarredável responsabilidade, sob pena de se instaurar verdadeiro caos.

O que se pode dizer desde logo é que a atividade tem de ser exercida normalmente e não esporadicamente pelo agente, consoante a letra do dispositivo, sendo certo que da sua natureza deve surgir o risco, fácil de se medir em algumas situações, já pacificadas, mas difícil de se enxergar em outras ainda não trabalhadas, que deverão ser analisadas responsavelmente caso a caso.

Nada obstante, fato é que o artigo em testilha carrega no seu bojo, secundando a responsabilidade subjetiva, a responsabilidade objetiva baseada no risco, já havendo quem defenda, procurando dirimir a dúvida relativa a quais atividades gerariam o dever de indenizar, que a modalidade de risco adotada pelo Novo Código Civil é aquela defendida pelo jurista CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, o risco criado, que abarcaria um sem-número de situações.

Essa posição é expressamente adotada, *verbi gratia*, pela jurista REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA quando comenta a inovação realizada pelo legislador:

... No entanto, a teoria que melhor explica a responsabilidade objetiva é a do risco criado, adotada pelo novo Código Civil, pela qual o dever de reparar o dano surge da atividade normalmente exercida pelo agente, que cria risco a direitos ou interesses alheios. Nesta teoria não se cogita de proveito ou vantagem para aquele que exerce a atividade, mas da atividade em si mesma que é potencialmente geradora de risco a terceiros...¹⁴³

4.5.4 Alguns artigos do Novo Código Civil que expressam a Responsabilidade Civil Objetiva e sua análise resumida

Muito embora as maiores alterações, até porque bastante inovadoras, encontrem-se à evidência no trabalhado artigo 927, que agasalhou respectiva e expressamente a idéia do risco, verdade é que em situações outras também manifestou-se a tendência em apreço, como demonstram outros artigos constantes do Novo Código Civil

Cumprе mencionar primeiramente no que toca ao afastamento da culpa, o artigo 928 desse diploma anteriormente citado, que prevê a responsabilização direta do incapaz pelos prejuízos a que der causa:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-la ou não dispuserem de meios suficientes.
Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Mais não é preciso: O Incapaz, absolutamente ou não, passou a ser responsabilizado civilmente pelos prejuízos a que der causa, muito embora, como se sabe, por definição não seja imputável, não tenha discernimento, não possa sopesar situações de modo a considerá-las erradas.

¹⁴³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da, in “Novo Código Civil Comentado”, Saraiva. 2002, p.820.

Essa posição colide de frente com a doutrina da culpa, porquanto apenas aquelas pessoas com discernimento poderiam ser consideradas imprudentes, negligentes ou imperitas, respondendo pelos atos por elas praticados, nunca os incapazes, como agora imposto pelo Novo Código Civil.

Gize-se que a alteração não é pequena, porquanto breve análise da doutrina nacional e estrangeira é passível de demonstrar que a imputabilidade sempre foi tida ao lado do dano e do nexos causal entre ele e o ato faltoso como requisito para a configuração da responsabilidade civil subjetiva.¹⁴⁴

Para agravar a situação do incapaz, o artigo citado conflita com o artigo 942, que dispõe acerca da solidariedade no que toca à reparação dos danos causados, propondo a supressão da hierarquização dos patrimônios dele e de seu representante.

Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva:

... O caput deste dispositivo está em conflito com o art. 942, que estabelece a responsabilidade solidária dos incapazes e das pessoas designadas no art. 932, ou seja, dos pais e dos filhos, do tutor e do tutelado, do curador e do curatelado. Deve-se ter em vista o princípio da reparação plena, antes analisado, de modo que os incapazes devem ser solidariamente responsáveis, como estabelece o artigo 942, sem que a responsabilidade patrimonial seja hierarquizada nestes casos.¹⁴⁵

Outra hipótese de responsabilidade objetiva no Novo Código Civil diz respeito à responsabilização do empresário pelos prejuízos oriundos dos bens postos em circulação, prevista no artigo 931, da responsabilidade complexa, conforme artigos 932 e 933, e, finalmente, da responsabilidade pelo fato da coisa, em especial dos danos causados por animais e objetos caídos de prédios, consoante o determinado pelos artigos.

¹⁴⁴ Como asseverava, antes do Código de 2002, SÉRGIO CAV ALIERI FILHO, " ... A responsabilidade subjetiva não decorre apenas da prática de uma conduta, nem do simples fato lesivo. Exige, ainda, conduta culpável, isto é, reprovável, passível de juízo de censura. Essa censurabilidade, por sua vez, depende da capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação do agente, o que nos leva à imputabilidade (in "Programa de Responsabilidade Civil", Malheiros, 2ª. ed., p. 33)

¹⁴⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da, in "Novo Código Civil Comentado", Saraiva, 2002, p. 821.

Nessas ocasiões nada mais fez o Novo Código Civil do que acatar tendência que a doutrina e a jurisprudência de há muito propugnavam, mas o fez de forma contundente, taxativa e atual, valendo aqui uma breve transcrição.

De início, destaca-se dentre eles o artigo 931, que:

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Esse dispositivo, a rigor, sequer deveria ter sido mantido no Código Civil, porquanto durante a sua tramitação, como se sabe, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, que acoberta todas as regras desse microsistema.

No que toca ao fato de outrem, vale a leitura da letra do artigo 933, que assim como no caso anterior, previu expressamente a responsabilidade sem culpa para os conhecidos casos de responsabilidade complexa, muito embora já de há muito assim o tivessem reconhecido nossos tribunais:

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos) I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa da sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Esclarece-se que o inciso I do artigo 932 diz com a responsabilidade dos pais pelos filhos menores, o inciso II diz com a responsabilidade do tutor e do curador pelo pupilo e curatelado e o inciso III diz com a responsabilidade do empregador ou comitente por seus empregados, serviçais e prepostos.

O mesmo deu-se, vale dizer, no que toca à responsabilidade civil pelo fato da coisa, materializada no Código Civil de 1916 nos casos de responsabilidade por danos impostos por animais e por danos impostos por coisas que caírem de edifícios, conforme os artigos 936 e 938 do novel diploma.

Especificamente no caso da responsabilidade por danos causados por animais, retirou o Novo Código, como se vê da leitura do artigo 936¹⁴⁶, todas as excludentes da responsabilidade civil que não sejam a culpa exclusiva da vítima ou a força maior, fenômeno referente à responsabilidade objetiva.

Por já se caracterizar como disposição de caráter nitidamente objetivo, manteve-se o sentido do antigo artigo 1529 do Código Civil de 1916 no artigo 938¹⁴⁷ da nova legislação, permanecendo responsável independentemente de culpa, aquele que habite prédio do qual caírem ou forem jogadas coisas.

Contudo, conquanto consignada expressamente a responsabilidade objetiva para os casos citados, deixou o Novo Código de fazer o mesmo com o também discutido artigo 1.528 do Código de 1916, pois que mantendo a sua antiga redação, manteve a idéia de que aplicável ao caso a culpa presumida. o artigo 937¹⁴⁸, ao revés dos demais, permanece abrindo a possibilidade de que prove o dono do edifício que a necessidade de reparos inexistência de culpa da sua parte, não se aplicando a regra da objetivação da responsabilidade civil.

Essa omissão ajuda a demonstrar, como se verá em local adequado, que o conceito de culpa permaneceu vivo na mente do legislador, que se de um lado se esforçou para reconhecer a existência da responsabilidade objetiva, de outro recalcitrou em admiti-la como aplicável a todos os casos.

4.6 O fundamento da responsabilidade civil objetiva no ordenamento civil

A busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva pretende a demonstração científica¹⁴⁹ de sua realidade, ou seja, no campo da ciência

¹⁴⁶ Art. 936 o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar a culpa da vítima ou força maior.

¹⁴⁷ Art. 938 Aquele que ocupar prédio, ou parte dele, responde pelo danos proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

¹⁴⁸ Art. 937 o dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

¹⁴⁹ Conhecer em sentido lato é a apreensão de uma realidade externa trazendo-a para a mente como algo verdadeiro, portanto, o conhecimento tem um objeto sobre o qual se debruça a atenção daquele que conhece, do contrário, seria impossível a mente humana captar todas as situações que interagem em seu meio dada as infinitas possibilidades que encerra. A Ciência refere-se à reunião do conhecimento acerca de determinado aspecto de molde a se construir

jurídica qual é a razão determinante de que dada situação seja aplicada a responsabilidade civil objetiva.

Sabemos que nosso ordenamento jurídico quando posto frente a um dano que lhe é contrário determina que seja reparado pela pessoa a quem se o imputa, a questão que se impõe é a de se examinar a razão do critério de ligação, de causalidade jurídica, entre o dano e o sujeito a quem se atribui o fato danoso e, por consequência, a obrigação de ressarcimento.

Quando a hipótese é de responsabilidade civil subjetiva a doutrina é unânime ao afirmar que a base da responsabilidade, ou seja, o elemento que aproxima o ato do dano estabelecendo a causalidade é a culpa, cuja artificialidade vem provada pela dificuldade em sua exata conceituação na medida em que encerra razões, por vezes, contrárias à idéia de que quem cause o dano deve repará-lo, pois, não basta o dano advindo do ato, deve perquirir-se o elemento moral anímico – a culpa.

De outro lado, cuidando-se de responsabilidade objetiva, onde não há uma norma de caráter geral que se refira a todas as hipóteses, mas sim a vários critérios de imputação, e a culpa é relegada para um plano externo ao estabelecimento do dever de indenizar, surge a dificuldade em se apontar o exato fundamento da imposição da obrigação indenizatória em virtude de que a causalidade opera-se por meio da indicação de onde se originou aquele,

Diante disso, apesar de ser claro que a responsabilidade civil objetiva se trata de uma responsabilidade sem culpa também o é que não é possível a busca de seu fundamento a partir do que não se configura, a culpa, portanto, a

conceitos, leis, classes com o objetivo de se justificar a verdade em dado ramo do conhecimento em razão das constantes existentes mediante total demonstração. Nessa senda, aclara-se que a ciência é uma atividade racional voltada à sistematização dos fenômenos que a integram. Também pode ser mencionada como uma forma de ordenar e coordenar os fenômenos que cercam o homem de molde a permitir-lhe a compreensão e previsão do mundo que o cerca. De outra banda o conhecimento científico é o que é voltado a uma metodologia a ser aplicada no plano abstrato de molde a se possuir a certeza do final do processo assinalado mediante regras a serem observadas. O conhecimento científico, segundo Miguel Reale, é aquele que obedece a um processo ordenatório da razão, garantindo-nos certa margem de segurança quanto aos resultados, a coerência unitária de seus juízos e a sua adequação ao real (Filosofia do direito, ed. Saraiva, 17a ed., 1996, pág. 55).

esta altura do estudo se pretenderá aclarar qual é a razão primária da responsabilidade objetiva.

4.6.1 O risco como fundamento da responsabilidade civil objetiva no ordenamento privado

Grande parte da doutrina inclina-se em fundar a responsabilidade objetiva na teoria do risco no sentido de se impor a responsabilidade àqueles que criam riscos com o exercício de suas atividades, mormente as de cunho econômico, ante o proveito que delas retiram.

Esse entendimento nos parece parcialmente incorreto na medida em que o que impõe o dever secundário de indenizar não é, sempre, o risco na medida em que diversas situações onde apesar de se configurar o risco sua ocorrência não redundam no dever de reparar como acontece com a condução de veículos sem ligação com qualquer *fattispecie* de responsabilidade objetiva (p. ex. relação de consumo ou responsabilidade civil do Estado); e outras em que a responsabilidade é objetiva e não se divisa a presença da teoria do risco (p. ex. coisas que caem dos prédios ou ato proveniente da conduta dos animais), por não comportar a idéia de proveito em relação ao responsável.

Desse modo, havendo hipótese de risco em que não se aplica a responsabilidade objetiva e não existe risco, é o que basta a demonstração de que a teoria do risco presta-se a algumas inspirações do legislador, e não o único princípio da responsabilidade civil objetiva (este o motivo pelo qual concordamos parcialmente pela fundamentação parcial da responsabilidade civil objetiva com fundamento na teoria do risco).

Portanto, fica superada a identidade entre responsabilidade civil objetiva e a sua exclusividade baseada exclusivamente na teoria do risco, de forma que é correta a utilização da expressão responsabilidade sem culpa e equivocada a designação responsabilidade pelo risco quando se pretende mencionar a responsabilidade objetiva em termos gerais.

Não obstante isso, em nosso ordenamento jurídico o risco é a hipótese mais recorrente de responsabilidade objetiva sobretudo nas atividades

trabalhistas e empresariais, conforme adotado em regra pela Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, como expressão máxima da substituição de um princípio individualista de responsabilidade por outro coletivista em virtude de que a indenização é suportada por toda a sociedade com o conseqüente aumento do preço de venda do produto ou serviço ante à elevação do custo em face de um sistema de responsabilidade mais rígido.

O Novo Código Civil acolheu o risco como um dos fundamentos da responsabilidade civil objetiva de maneira genérica como se deprende da redação de seu artigo 927 e parágrafo único:

Artigo: 927: Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Parágrafo Único: 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.**

Entretanto, isso não altera a impossibilidade científica de se adotar o fundamento em questão em virtude de que permanecem no Novo Código Civil as hipóteses de responsabilidade civil objetiva onde não há risco o que, aliás, é coerente com o próprio teor do dispositivo em exame como se deprende da assertiva nele contida – *nos casos especificados em lei* – a qual permite a existência de outros fundamentos, além do risco, para a responsabilidade objetiva.

4.6.2 O exercício de atividade periculosa como fundamento da responsabilidade civil objetiva

Outro fundamento que se pretendeu dar a responsabilidade objetiva é relativo à “exposição ao perigo”¹⁵⁰ ou simplesmente “perigo”¹⁵¹ onde se

¹⁵⁰ BONVICINI, Eugenio, *La responsabilità Civile*, ed.Giuffrè, 1971; tom I, pág. 453, anota que esse pensamento, ainda que contemporaneamente tenha sido acrescido de outros aspectos e finalidades, foi sustentado no passado por Rurnelin, *Die Grunde der Schadensznerchu:ng und die Stellung B.G.B. ecc.*, Freiburg-Leipzig, 1896; Venezian, *Danno e risarcimento fuori dei*

concebeu a ampliação da teoria do risco de maneira a abranger atividades onde ainda que não haja, necessariamente, um benefício àquele que as exerça exista um perigo de lesão a outrem.

Nessa linha, a criação de um estado perigoso seria o traço comum e fundamento das hipóteses de responsabilidade objetiva previstas pelo legislador, entretanto, tal como no risco, é de se ter por insuficiente esse critério uma vez que na hipótese de responsabilidade complexa prevista no artigo 932, III do Novo Código Civil¹⁵², não se observa, necessariamente, a criação de um perigo na situação em que uma pessoa atue sob orientação de outra, de forma gratuita, e sem ter por objeto atividade de cunho empresarial, do contrário, a idéia de perigo poderia se confundir com qualquer atuação na medida em que quase a totalidade das condutas humanas põe em risco pessoas e bens, ainda que se observem todos os cuidados devidos.

Alguns doutrinadores também criticam o fundamento da responsabilidade objetiva a partir do exercício de atividade periculosa mencionando que algumas atividades empresariais que criam riscos e se inserem em *fattispecie* de responsabilidade objetiva não se configuram necessariamente como sendo uma atividade periculosa na forma considerada pelos partidários de tal corrente doutrinária.

4.6.3. A lei como fundamento da responsabilidade objetiva.

contratti, in Opere Giuridiche, Roma, 1919 e Müller-Erzbach, GeD:ihrdungshaftung und Gefahrtragung, in Arch. fÜr die civilistische Praxis, 1910.

¹⁵¹ Da análise da diferenciação levada a efeito por Mário Comporti, ob. cit., págs. 169/170, acerca do dano e risco infere-se que não há urna diversidade substancial entre "risco" e "perigo" donde se concluiu pela assertiva da ampliação da teoria do risco. O referido autor expõe: "Invero, "rischio" e un concetto che viene in riiLevo, per cosi dire, ali 'interno di un 'attività umana, ossia un fenomencF subiettivizzato, in relazione alia valutazione essenzialmente economica dell 'alea che un soggetto assume intraprendendo un impresa, od un affare. "Pericolo" e invece minaccia notevole di danno a terzi, grave probali tà do lesione, derivante da una determinata attività, o da un determinato comportamento o situazione. E una nozione essenzialmente oggettiva)' che rappresenta ia rilevante potenziali tà a ttuale di danno o di maggior danno, ii cui profilo pregnante si evidenzia nella sua proiezione ali 'estero, in relazione ai terzi minicciati dai danno".

¹⁵² Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

A dificuldade em se estabelecer um critério que englobasse todas as hipóteses de responsabilidade objetiva redundou na conclusão de que o motivo de sua imputação fosse correlato à lei, portanto, competiria ao legislador eleger o caso em que caberia a aplicação da responsabilidade objetiva, esse, em última análise, seria o fator comum em todas as *fattispecies* – a norma jurídica.

Não obstante, ser certo que a lei é a razão primeira da imposição do dever de indenizar por critérios diversos do da culpa, também o é que quando se busca o fundamento de um instituto se pretende identificar os princípios que norteiam, do contrário a lei seria a razão inicial de todos os institutos jurídicos.

Diante disso, é de se concluir pela impossibilidade de se alicerçar a responsabilidade civil meramente na lei pelo fato de que a pesquisa de sua razão envolve a busca da *ratio legis*, ou seja, deve ser realizado um processo de conhecimento e valoração da norma perante sua finalidade e a integralidade do sistema jurídico que a inspiraram, sendo insuficiente, para o fim que se almeja, a simples alegação de que a razão refere-se ao mero desejo do legislador.

Portanto, a lei não encerraria o fundamento da responsabilidade objetiva, mas sim o critério jurídico-valorativo que a inspira, pois, dado meramente formal do texto da norma não corresponde, normalmente, ao seu conteúdo normativo evidenciado pelo critério de interpretação.

4.6.4 Conclusão acerca do fundamento da responsabilidade objetiva: o equilíbrio entre os patrimônios sob o prisma da solidariedade e o sistema legal.

O parcial equívoco das teorias apresentadas não reside na ausência de veracidade de suas proposições mas sim na impossibilidade de as hipóteses de responsabilidade objetiva, pois, como visto, seus critérios são insuficientes para aclarar o princípio comum a todos os casos.

Portanto, a dificuldade encontrada é concernente ao vasto campo ocupado pela responsabilidade objetiva na responsabilidade civil, o qual, aliás, vem sofrendo significativo aumento na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais no presente século, sobretudo nas últimas décadas, o que é bem

representado pelo Direito Ambiental e o Direito do Consumidor. A tendência do avanço da responsabilidade objetiva não se opera somente por meio da inovação legislativa, mas também pela evolução e modificação da interpretação dos institutos jurídicos como ocorreu com a responsabilidade do patrão pelos atos do empregado.

Nessa senda, a teoria do risco, é certo, inspira as disposições de responsabilidade sem culpa no Código de Defesa do Consumidor, na Constituição Federal no que concerne à responsabilidade civil do Estado e também nas disposições do Código Civil previstas no artigo 927, da mesma forma, também poder-se-ia defender que as disposições da responsabilidade objetiva em caso de atividade nuclear previstas no artigo 21, XXIII, c, da Constituição Federal e na Lei n. 6453/77 estariam fundadas no exercício de atividade periculosa; seja como for, permanecem as críticas acerca da insuficiência científica de tais critérios para todas as previsões existentes no ordenamento jurídico acerca da referida responsabilidade.

Diante disso, impõe-se que o fundamento proposto tenha amplitude suficiente para alcançar todas as hipóteses identificando-lhes o aspecto comum, assim, acompanhando-se parcialmente estas idéias se observa que as normas da responsabilidade objetiva buscam o estabelecimento de um equilíbrio entre dois patrimônios que foram abalados pelo acontecimento danoso de modo que o fundamento da responsabilidade objetiva reside na função de proteger o ser humano através de um novo equilíbrio entre as situações vivenciadas pelo dano e a dignidade deste ser.

Mesmo assim, é de se ter que ainda falta especificar o critério ou critérios que impõem o dever de reparar, os quais, em nosso entender, referem-se a idéia que afasta o individualismo jurídico para dar lugar à preocupação social por meio da solidariedade a partir dos pontos traçados pelo legislador e que integram o sistema jurídico,

Desse modo, não há eleição de um fundamento único na responsabilidade civil objetiva, como acontece na responsabilidade civil subjetiva, senão o caráter comum do reequilíbrio entre os bens que foram

afetados pelo evento danoso, o que revela a preocupação social no sentido de que o dano seja reparado independentemente da culpa¹⁵³; além disso, e principalmente, a responsabilidade objetiva também se funda nos sistema legal que vai indicar os casos e no teor do principio da dignidade humana que tornou-se com o Novo Código Civil o epicentro de todas as relações privadas.

Estabelecido o fundamento conjunto da responsabilidade civil no sentido do equilíbrio entre patrimônios, a preocupação com a reparação do dano desde um ideário de solidariedade social, da dignidade humana e a previsão no sistema legal, a questão que ora se coloca é a de se saber quando uma norma legal estabelece uma *fattispecie* de responsabilidade objetiva, o que é de curial importância na medida em que a partir disso é que será possível examinar se estão presentes todos os pressupostos legais que a integram.

A solução é hermenêutica, ou seja, deve ser verificada a presença do elemento culpa na norma que indica a responsabilidade, assim, se esta é expressamente afastada ou não há sua menção o mandamento legal é de responsabilidade objetiva, se este a prever é de responsabilidade subjetiva.

¹⁵³ Ricardo Luis Lorenzetti, Fundamentos do Direito Privado, São Paulo. RT, 1998, pág. 96, identifica a preocupação com a reparação do dano e a função social da responsabilidade objetiva como acesso das vítimas à reparação nos seguintes termos: liA Responsabilidade civil baseada na imputação culposa se assemelha a um edifício dotado de portas difíceis de serem abertas: somente quem demonstre culpa, pode obter a reparação. Desse modo, há um importante custo de acesso: necessita-se procurar um bom advogado, provas e estar frente a danos que resultem de condutas suscetíveis de um juízo condenatório. A imputação objetiva amplia o campo de reparação, de vez que não só aqueles que demonstrem a culpa podem obtê-la, mas também aqueles que não estejam em condições de fazê-lo, seja por insuficiência de meios, ou porque tenham sido prejudicados por coisas ou atividades perigosas".

5 DO ESTUDO DA TEORIA DO RISCO NO ORDENAMENTO CIVIL BRASILEIRO

5.1 O individualismo jurídico

A máxima *nenhuma responsabilidade sem culpa* levou o individualismo jurídico a seus extremos em conformidade com seu pensamento liberal ditado pelos enciclopedistas e filósofos da Revolução Francesa influenciando de forma direta todas as legislações do século XVIII e de quase a totalidade do século XIX, sendo o Código de Napoleão de grande influência em nosso Código Civil.

Para a concepção individualista, o homem, isoladamente considerado, era portador de direitos inatos e inalienáveis que lhe conferiam uma vontade soberana e autônoma de forma a ampliar sua liberdade que somente seria constricta, no mínimo possível, pela produção legiferante estatal ou pelo contrato o qual, em verdade, era sua própria vontade.

Portanto, não havia qualquer preocupação de cunho social senão aquelas necessárias à segurança do próprio individualismo no sentido do respeito a seus princípios por toda a sociedade.

O individualismo levava a uma espécie de bolha jurídica, ou seja, o ser humano era dotado de preocupações próprias e que não almejava a justiça social e o bem de toda a coletividade.

Este instituto não acompanhava a evolução constitucional de nosso ordenamento civil pátrio, pois como dissertado anteriormente com a constitucionalização deste trouxe à baila a caracterização de um ordenamento voltado não mais apenas para o sujeito em si, detentor de bens sem levar em

conta qualquer sentimento de solidariedade conflitando diretamente com esta nova ordem jurídica.

5.2 A insuficiência do individualismo e da culpa para a solução das lides de responsabilidade civil

Não obstante a vitória do individualismo, sob a égide da culpa, no que tange à responsabilidade civil é certo que tal idéia, nos extremos em que se encontrava, era contrário à própria natureza gregária do ser humano proclamada e demonstrada pela história da humanidade onde sempre houve o espírito associativo.

Assim, seja por razões concernentes à natureza social do homem ou pela radical modificação das relações sociais por força da revolução industrial como se discorrerá infra é certo que o individualismo foi mitigado e, em algumas situações, até mesmo excluído do pensamento jurídico em sua evolução¹⁵⁴, pois o individualismo jurídico, que teve sua justificação em determinada fase histórico-jurídica da vida dos povos, revelou-se calamitoso quando erigido em principio teórico.

Além dessas questões de ordem filosóficas (ligadas ao individualismo) relativamente à insuficiência da responsabilização alicerçada apenas em situações de ordem moral; quando colocada em prática na vida em sociedade a culpa que se apresentava totalmente adequada a um sistema agrário e de produção artesanal ao circunscrever a responsabilidade na esfera do elemento anímico do causador do dano começa a se apresentar como critério injusto de imputação com as modificações sofridas pela sociedade a partir de meados do século antepassado e intensificadas no início do passado com a revolução industrial onde a proliferação das máquinas modificou profundamente os hábitos

¹⁵⁴ A passagem do individualismo liberal para um sistema de justiça distributiva acompanha a mudança de valores fundamentais na passagem do Estado de Direito (vida, liberdade e propriedade) para o Estado Social (segurança da existência "Existenzsicherung" -, pleno emprego e conservação da capacidade de trabalho no interesse dos dependentes), conforme Walter G. Becker, *Das Recht der unerlaubten Handlungen*, Berlim, 1976, pág. 293, citado em apud de Jorge Sinde Monteiro, ob. cit., pág. 22.

sociais de maneira a criar situações impensáveis à época da fixação da culpa como fundamento máximo da responsabilidade civil (porquanto excepcionais as previsões de responsabilidade fundadas em outras hipóteses¹⁵⁵ e estas novas situações fáticas ficavam dentro da esfera de ação lícita dos indivíduos não permitindo direito à indenização¹⁵⁶, ou seja, o dano permanecia à vítima.

5.3 Os motivos do surgimento da teoria do risco

O rápido e singular avanço da tecnologia sem o seu total domínio determina a industrialização com o conseqüente aumento qualitativo e quantitativo da existência de danos ante a automação da exploração de novas fontes de energia, o que, diversamente do que ocorria na fase de incipiente avanço tecnológico, torna impossível a prevenção daqueles ante a multiplicidade de situações fáticas. E, não obstante a certeza da ocorrência do dano, este não encontrava, no mais das vezes, reparação no sistema da responsabilidade subjetiva em virtude de que a conduta humana se perdia no interior dos engenhos que o ocasionavam¹⁵⁷.

¹⁵⁵ No Código Napoleônico (e por conseguinte nos códigos que nele se inspiraram, a exemplo do brasileiro, conforme já exposto) a doutrina já enxergava proposições de responsabilidade com culpa presumida (de forma relativa ou absoluta) que evolui para o entendimento de responsabilidade civil objetiva para as hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro, ruína de edifícios e guarda de animais, entretanto, como mencionado, isso cuidava-se de situação excepcional e que não chegava a ameaçar o princípio de nenhuma responsabilidade sem culpa (cf. Pietro Trimarchi, *Rischio e Responsabilità Oggettiva*, Milano, Giuffrè 1961, págs. 11/12).

¹⁵⁶ Os danos resultantes de atos onde não era possível perquirir-se o elemento anímico não ensejam reparação por ausência de culpa e eram entendidos como uma fatalidade imprevisível e inevitável. Perspicaz a respeito é a lição de Wilson Melo da Silva, ob. cit. pág. 141, nos seguintes termos: "Culpa implica imputabilidade psicológica, a to de vontade. E onde inexistente a vontade, não há ato jurídico. Há, apenas, fato jurídico em sentido estrito, o fortuito, o act of God, a força cega do destino e nada mais".

¹⁵⁷ Comentando a modificação do conceito de ação ante a evolução tecnológica, Jaime Santos Briz, *La responsabilidad Civil*, Ed. Montecorvo, 7ª ed., vol. 1, pág. 10, leciona "En cuanto al acto u omisión generadores de responsabilidad, la producción de bienes en nubes tros días ampliamente mecanizada y en gran parte automatizada, ha llevado a la inutilidad práctica del concepto de acción. El acto humano provoca el movimiento de las máquinas, de manera que puede ocurrir que el trabajador encargado de la tabla de mandos, el que maneja la máquina, ya estática o ya dinámica, no conozca exactamente las consecuencias de su acción, ni a veces siquiera a grandes rasgos el mecanismo por el "dominado". Así, un fallo de las máquinas apenas podrá considerarse acción humana."

As lesões sofridas pelos trabalhadores nas indústrias que se formavam foi o primeiro indicio da insustentabilidade da culpa como fundamento da responsabilidade civil na medida em que com a complexidade da organização da linha de produção a culpa se perde como causa do dano uma vez que é fracionada em várias partes, em conformidade com a divisão do trabalho, sem qualquer parcela seja suficiente à responsabilidade subjetiva de seu autor; além disso, há acidentes de trabalho ocasionados pela momentânea e inevitável imprudência do trabalhador gerada e justificada pela rotina do trabalho quotidiano¹⁵⁸.

Diante desses fatos sociais referentes ao aumento dos danos que não se enquadravam no esquema clássico de responsabilidade civil baseado na culpa e que não sofreu grandes alterações da época do Direito Romano até o século XVIII ante a estabilidade da atividade humana¹⁵⁹, ora abalada pela inovação das fontes de perigo trazidas com a automação, haveria a necessidade de se repensar a situação no sentido da manutenção do sistema anterior continuando a se aceitar que os danos cuidavam-se de uma fatalidade inevitável que deveriam permanecer onde ocorressem; a adaptação do mesmo sistema subjetivo a esta nova realidade com o alargamento da culpa por meio de presunções e ou inversão excepcionais a exemplo dos casos da responsabilidade objetiva que já existiam ou a criação de um novo sistema de forma a atender a nova realidade que se impunha com formidável rapidez¹⁶⁰.

Desde o inicio se estabeleceu que seria impossível a continuidade da culpa nos termos da teoria clássica como alicerce único da responsabilidade de maneira que se partiu para outras hipóteses no sentido da criação de presunções (absolutas e relativas) e ou inversão do ônus probatório como formas de atenuar as dificuldades e injustiças impostas pela culpa nas situações sob comentário, entretanto, mesmo assim, o requisito da culpa, conforme supra

¹⁵⁸ TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e Responsabilità Oggettiva*, Milano, Giuffrè. 1961, pág. 12-13.

¹⁵⁹ COMPARTI, Mario, *Esposizione ai Pericolo e Responsabilità Civile*, Napoli: Morano Editore, 1965, pág. 65

¹⁶⁰ RODOTÁ, Stefano, *Il problema della responsabilità Civile*, Milano, Giuffrè 1980, pág. 18-19.

exposto, ainda determinava enorme dificuldade para a vítima em situações onde havia desigualdade material perante o eventual responsável pela indenização.

Nessa linha de idéias foi, especialmente, a injustiça provocada pela impossibilidade de reparação dos danos (no sistema da responsabilidade civil por culpa) resultantes de acidentes de trabalho, onde a lesão atingia também a família da vítima que não mais poderia ser sustentada por esta, que determinou os primeiros passos para se abrir uma brecha na muralha da culpa com a criação de novas teorias sobre a responsabilidade civil que surgiram, onde se procurava uma forma de excluir o requisito da culpa como fundamento da responsabilidade civil.

Atrelado a isto e ao fato de a Teoria do Risco encontrar-se dentro do instituto da Responsabilidade Civil Objetiva que passou a garantir uma maior eficácia nas relações danosas e conseqüentemente a ampliação de hipóteses passíveis de sua aplicação, está também o fato de a Teoria do Risco também ter nascido com influências de fontes constitucionais presentes nos direitos fundamentais e princípios constitucionais previstos em nossa Constituição Federal.

Assim, a Teoria do Risco neste primeiro plano deve ser observada não mais apenas em seus aspectos civis, pelo contrário, à ela deve ser dada a importância que lhe foi depositada pelo legislador infraconstitucional preocupado com a ampla defesa dos direitos de cada cidadão e a efetividade de normas que possam de uma forma direta sustentar o preceito de justiça social em nosso ordenamento.

Portanto, a Teoria do Risco encontrada em nosso ordenamento jurídico possui grande parte de seu fundamento na observância do princípio da supremacia constitucional, com isso esta teoria vai Lperquirir em sua substancialidade uma ampliação de categorias jurídicas que devem ser revistas e aplicadas segundo este seu modelo contemporâneo.

5.4 Da Teoria do Risco no Código Civil brasileiro de 2002

Como mencionado ao longo deste trabalho, face ao processo evolutivo do homem, a responsabilidade civil fundada exclusivamente na culpa (responsabilidade subjetiva) não mais conseguiu resolver os infortúnios existentes na sociedade moderna.

Em vista de o homem contemporâneo ter a celeridade ínsita em seu hábito, a responsabilidade baseada na culpa provada impedia que parte das vítimas de infortúnio amoldassem seu pleito indenizatório perante as regras jurídicas até então existentes.

Como provar a culpa da máquina, o negligenciar do Estado, o erro do operador. Como demonstrar culpa com relação a fatos complexos, nos quais, muitas vezes, mais de um agente contribuía para o menoscabo da vítima.

Visando resolver esse problema, o contexto histórico nos mostrou que, de prêmio, alargou-se o conceito de culpa flexibilizando-o a tal ponto de quase negá-lo.

Notamos que os teóricos de outrora, muitas vezes, utilizaram-se de idéias cerebrinas para manter o postulado da culpa e permitir assim a indenização do dano com base na responsabilidade civil subjetiva.

No entanto, o processo evolutivo da responsabilidade civil demonstrou que a sociedade, devido ao seu constante maquinismo, passou a ser uma sociedade de risco, e os riscos, por existirem, geravam danos, que, por sua vez, deviam ser reparados.

Para essa nova sociedade de risco surgiu então uma nova teoria no campo da responsabilidade civil, a teoria do risco.

Segundo essa teoria, pouco importa a culpa do agente. Sua regra é clara: gerou riscos, provocou dano, indenize o lesionado.

Porém, apesar de a teoria do risco ter florescido em valores como equidade e justiça, inúmeras objeções lhe foram lançadas. Seus detratores manifestavam que a referida teoria seria a negação da liberdade e dos preceitos morais duramente conquistados; advogavam que, assumindo o ordenamento jurídico a teoria do risco, certamente a sociedade, em seu campo econômico,

restaria estagnada, e, por conseqüência, o direito criaria um enorme obstáculo para avanço da sociedade.¹⁶¹

Por sua vez, os defensores da teoria do risco aduziam que por ela estar fundada em princípios de ordem moral e de eqüidade, ela se sobrepujava a teoria da responsabilidade civil subjetiva. Afirmavam que no campo econômico nenhum prejuízo existiria, visto que as empresas deveriam levar em consideração os prejuízos causados pelos seus produtos e, de antemão, deveriam colocar esses valores previamente em seu passivo¹⁶².

E, além desse debate entre os partidários da responsabilidade civil subjetiva e os adeptos da teoria do risco, a própria teoria sofria desentendimentos em seu âmago, gerando diversas subteorias.

Uma das primeiras subteorias postulava pelo risco integral, justificando o dever de indenizar nos casos de inexistência de nexos causal, bastando a existência de um dano, associado a um fato qualquer, para que a vítima fosse reparada.

Assim, colocada no limiar do razoável, e aceita em casos excepcionalíssimos, a *teoria do risco integral* atribui a obrigação de indenizar pelo simples fato de ocorrência do dano, independentemente da existência de qualquer outro fator, como culpa ou nexos de causalidade. Nessa condição, a responsabilidade pela indenização permanece mesmo ante a existência de "culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior".¹⁶³

De acordo com essa teoria, o dever de indenizar se fazia presente bastando a existência do dano, mesmo naqueles casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. O radicalismo dessa teoria.

¹⁶¹ Georges Ripert argumenta que, mesmo nas atividades lícitas, existe a culpa, visto que ocorria a culpa "não em cometer o ato, mas em não reparar o prejuízo [...]. Há neste caso, imposta pela lei, ou pela jurisprudência, uma obrigação de reparar o prejuízo causado. O autor do prejuízo que não oferece espontaneamente a reparação, viola, pois, obrigação legal que incumbe". (A regra moral nas obrigações civis. Tradução Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 225).

¹⁶² LIMA, Alvino. Culpa e Risco. 2. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. P. 211

¹⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 3. ed São Paulo: Malheiros, 2002, p.169

era tanto, que os próprios prosélitos do risco a criticavam, o que lhe impediu de criar raízes.

Em uma posição menos radical, surgiu a teoria do risco profissional, sustentando o dever de indenizar sempre que o dano seja decorrente da atividade ou profissão do lesado, sujeitando o empregador a ressarcir os acidentes ocorridos com os seus empregados. Foi desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, independente de culpa do empregador, devido à responsabilidade fundada na culpa provada levar o empregado, pessoa hipossuficiente e despreparada em relação ao seu patrão, não conseguir provar a culpa perpetrada pelo seu empregador. A teoria do risco profissional veio solucionar esse problema e permitiu a indenização sem o pressuposto da culpa.

Tal modalidade pretende justificar o dever atribuído ao empregador de reparar, independentemente de culpa, os danos sofridos pelo empregado no desempenho do trabalho, que, não fosse assim, quase sempre permanecia sem indenização, por conta das dificuldades para realizar provas acerca da culpa de seu patrão, comumente enfrentadas nas ações acidentárias antes do advento das teorias objetivas.

Outra subteoria existente foi a do risco proveito. Sedimentada nos adágios *ubi emolumentum ibi onus e ubi commoda ibi et incomodda*, ou seja, onde está o ganho está o encargo, e aquele que retira o proveito ou a vantagem do fato causador do dano é quem deve reparar a vítima. O suporte doutrinário dessa teoria se fundamenta na idéia de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo¹⁶⁴. A maior crítica em relação a essa teoria é no que diz respeito à dificuldade de conceituação do que seja proveito, que pode envolver toda espécie de ganho ou apenas vantagem de natureza econômica. Sobre tal ponto, observa Caio Mário que:

A responsabilidade ficaria restrita aos comerciantes ou industriais, o que lhe retiraria o valor de fundamento da responsabilidade civil porque restringiria sua aplicação a determinadas classes, uma vez que somente seriam

¹⁶⁴ Ibid.,p.166.

responsáveis aqueles que tiram proveito da exploração de uma atividade.¹⁶⁵

Surgiu também a teoria do risco criado, mais abrangente do que a do risco proveito, pois não subordina o dever de reparar ao pressuposto da vantagem, ainda que efetivamente a vantagem se faça presente. O que importa nessa teoria é a natureza da atividade, em si mesma considerada, independente do resultado vantajoso proporcionado ao agente. Em outras palavras, se alguém põe em funcionamento uma atividade qualquer responde pelos eventos danosos que essa atividade gera para os indivíduos, independente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência ou a um erro de conduta. Aquele que, por sua atividade ou profissão, expõe alguém a risco de sofrer um dano, deve, automaticamente, responder e reparar pelo dano causado.

Defende Alonso que:

Se alguém põe em funcionamento uma lícita atividade perigosa, responderá pelos danos causados a terceiros, em decorrência dessa atividade, independentemente da comprovação de sua culpa.¹⁶⁶

Portanto, pode-se dizer que a *teoria do risco criado* atribui a responsabilidade decorrente do fato de alguém sofrer dano decorrente de atividade de outrem, sem que se necessite perquirir acerca de que o dano tenha se originado por negligência, imprudência ou imperícia, e sem que haja necessidade de que de tal atividade resulte algum proveito para aquele que criou a situação. Observe-se que, desse modo, resta afastada a dificuldade apontada por Cavalieri acerca da *teoria do risco-proveito*, cujo ônus pela comprovação da vantagem (econômica ou não) auferida pelo causador do dano seria causa dificuldades para a vítima e, de certo modo, um retrocesso à teoria subjetiva.

¹⁶⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva, Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense 2001. p 385

¹⁶⁶ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 66.

Adveio também a teoria do risco excepcional. Neste caso, seus defensores aduzem que cabe a reparação sem culpa sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. Como exemplo, podem ser citados os casos de rede elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear, materiais radioativos, dentre outros. Em razão dos riscos excepcionais a que essas atividades submetem os membros da coletividade de modo geral, resulta para aqueles que as exploram o dever de indenizar, independente de indagação de culpa.¹⁶⁷

Verificamos então que todas essas subteorias e a própria teoria do risco advieram como alternativa à responsabilidade subjetiva, visto que esta não mais bastava para regular os fatos complexos da sociedade moderna.

Como explanamos neste trabalho, a teoria do risco veio a concretizar-se na responsabilidade objetiva, em que, por meio de positividade legal, foram expostos os casos em que o agente respondia pelo ato lesivo independentemente de sua culpa.

Porém, com o advento do Código Civil de 2002, a teoria do risco, no parágrafo único do art. 927 do referido diploma, foi positivada, e, agora, passaremos a estudá-la de forma mais detalhada.

5.4.1 Da cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 e a Teoria do Risco: estudo inicial

Como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais não pode ser realizada de maneira estática, mas sim de forma dinâmica com intuito de adaptar-se à realidade social.

¹⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 3. ed São Paulo: Malheiros, 2002. p.168.

A lei deve sempre acompanhar a evolução complexa das relações sociais e as suas constantes mutações durante seu processo de evolução evitando assim uma estagnação jurídico-social.

Assim, o Novo Código Civil é composto por um sistema de regras móveis que não se deixam envelhecer com o transcorrer do tempo, tendo em vista a possibilidade de sua adaptação no momento de sua aplicação.

Um dos instrumentos utilizados pela técnica legislativa para acompanhar esta evolução são justamente as cláusulas gerais que proporcionam mobilidade e flexibilidade aos institutos jurídicos

A autora Judith Martins Costa defende que a cláusula geral “constitui uma disposição normativa que utiliza, em seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluída ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão de seu campo semântico”.¹⁶⁸

Ou seja, a cláusula geral encerra um preceito normativo cujos termos são propositalmente vagos. É mesmo uma técnica de elaboração legislativa, que se afasta do casuísmo descritivo em favor de uma previsão cujos termos semânticos são abertos.

A necessária generalidade das cláusulas gerais é que acaba por dar flexibilidade ao sistema, no sentido de que adaptável à diversidade das situações fáticas, assim, acrescenta-se, sem necessidade de alteração legislativa.

A hipercomplexidade das relações, na pós-modernidade, ainda mais está a reclamar uma técnica legislativa que abra espaço precisamente para essas constantes mutações, enfim que as absorvam sem necessidade de modificação de normalizações especiais.

O Novo Código Civil ao tratar do parágrafo único artigo 927 optou por erigir como regra geral de responsabilidade sem culpa mediante uma cláusula geral de outra parte impelindo reconhecer que, se assim foi, ganha enorme relevo justamente a atuação integrativa da doutrina e da jurisprudência, tem

¹⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. 2. tir. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000. p. 303.

como será demonstrado no tópico que trata da função do juiz sobre aplicação deste artigo, que diante do caso concreto tem a concessão dada pelo legislador desenvolver e preencher o seu conteúdo confirmando a presença integrativa do magistrado.

Defende-se assim como a autora Giselda Hironaka que o parágrafo único do artigo 927 por constituir uma cláusula geral – teoria do risco – não significa a ausência de fixação de um conteúdo *a priori*, mas sim a presença da idealização de um fundamento geral da responsabilidade civil contemporânea, no seu dizer:

ancorando-se para além da pontuação legal casuística da responsabilização objetiva e revelando, como causa final almejada, a concretização dos paradigmas do justo e do equânime.¹⁶⁹

Assim, o Novo Código Civil no seu parágrafo único do artigo 927 procurou justamente trilhar o caminho de fixação de um critério geral fundante da responsabilidade sem culpa, assim para além das soluções casuísticas, das previsões pontuais e específicas.

5.4.2 Teoria do Risco: artigo 927 e o parágrafo único do Código Civil de 2002

Podemos notar que o Código Civil de 2002, em seu art. 927, parágrafo único, optou em estabelecer uma cláusula geral fundada no risco, uma vez que o mencionado parágrafo reza que "haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem".

Trata-se de hipótese de responsabilidade de cunho objetivo, em que se dispensa a demonstração do elemento culpa, bastando a existência do dano e do nexos causal entre o fato e o dano. Portanto, não há necessidade de se examinar se o ofensor laborou em culpa.

¹⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 354.

Todavia, nos termos dos princípios que informam o Direito, dentre os quais o da razoabilidade, é preciso ter cautela na interpretação deste dispositivo a fim de evitar exageros capazes de transformar a responsabilidade objetiva, de exceção, à regra.

Para Fernando Noronha o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil é uma “cláusula geral” de responsabilidade objetiva comum.¹⁷⁰

A propósito, esse autor tece críticas severas ao atual Código, no que toca à responsabilidade civil, afirmando:

[...] temos um Código novo, mas que, quanto à responsabilidade civil, nasce velho. Não trouxe regulamentação para algumas situações que eram deixadas ao trabalho criador da jurisprudência (ainda que a lacuna agora seja mais facilmente suprida, com recurso a algumas normas bem amplas que meritoriamente foram incluídas, do tipo geralmente designado por ‘cláusulas gerais’ (e que seriam melhor designadas de normas abertas, elásticas ou flexíveis, por contraposição às normas rígidas tradicionais), das quais é exemplo destacado a do art. 927, parágrafo único, parte final) e, por outro lado, em certas matérias consagra soluções que, se eram as prevalecentes nos tribunais em 1975, foram posteriormente superadas (como é o caso da responsabilidade puramente objetiva dos pais pelos atos danosos de seus filhos, que no final do século XX já era coisa do passado e que agora é de novo imposta, por força dos arts. 932, I e 933).¹⁷¹

Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, afirma que tal dispositivo representa "um elogiável avanço em matéria de responsabilidade civil, pois aproxima o nosso Código Civil dos de outros países, que já alcançaram, nesse ponto, estágio superior, como o Código Civil italiano e o Código Civil português".¹⁷²

A relevância da inovação promovida pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro reside no fato de que a responsabilidade objetiva, antes

¹⁷⁰ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações – introdução à responsabilidade civil. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003. p.548

¹⁷¹ NORONHA, loc cit .p. 549.

¹⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto; AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coordenador). Comentários ao Código Civil: parte especial – direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 11 (arts. 927 a 965). p. 313.

do advento do novo Código Civil, somente ocorria nos casos especificados em legislação especial, o que, agora, já não prevalece, pois "atualmente, mesmo inexistindo lei que regulamente o fato, pode o juiz aplicar o princípio da responsabilidade objetiva [...] quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

A responsabilidade civil adotada pelo atual Código Civil é, ainda, de cunho subjetivista, pois, em regra, se baseia na culpa do agente, como observado. No entanto, o legislador, atento às lições da doutrina e jurisprudência, afasta-se cada vez mais e de forma concreta da teoria subjetiva, introduziu no novo ordenamento a responsabilidade objetiva com base na teoria do risco, com o objetivo de minimizar as injustiças provocadas pelas regras rígidas da teoria da culpa, o que representa algum avanço, sem dúvida.

Porém agora devemos analisar como se dá a aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, bem como quais são os critérios para sua aplicação, ou seja, o que vem a ser uma atividade de risco e como podemos identificá-la.

Primeiramente, neste ponto, devemos fixar a distinção entre risco e perigo. À luz de uma perspectiva sociológica, a compreensão de perigo deve ser vista como a probabilidade de um evento futuro danoso, resultante do que pode ser imputado a algo externo, colocado fora do poder de opção do agente. Será possível falar-se de risco quando um dano, qualquer que seja, for passível de ser entendido como, uma consequência e uma decisão, seja ela imputável ao agente¹⁷³ ou atribuível a outra pessoa que não ele.¹⁷⁴

Com efeito, risco é um fenômeno, que não pode dizer respeito apenas a valoração essencialmente econômica da álea que um sujeito assume em uma

¹⁷³Sobre a imputabilidade, assegura Amrice Alice Costa Hofmeister : «Fala-se em risco, quando o dano seja imputado a uma decisão, isto é, quando o dano deve ser reputado como uma consequência de uma decisão. Há simples perigo, quando os danos possíveis não guardem relação com uma decisão. A casuística explica a diferença. Assim, em se tratando de comportamento de risco, a Aids, para aquele que busca aventura sexual, é um risco. Todavia, para os parceiros fixos da pessoa dita 'aventureira', é um perigo (O dano pessoal na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.37).

¹⁷⁴ CALMOM DE PASSOS, José Joaquim, O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica o contrato de seguro (10 Fórum de Direito do Seguro José Sonero Filho). São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 11.

empresa ou em um negócio, pelo contrário como fizemos menção anteriormente o risco deve ser interpretado de maneira ampla, mas com limites. Dessa forma, não se confunde com perigo, que é um fenômeno, correspondente a uma ameaça notável de dano a terceiro, ou seja, a uma grave probabilidade de lesão, derivada de uma determinada atividade ou de um determinado comportamento situação.

De acordo com Alexandre Miguel, as atividades perigosas¹⁷⁵ podem ser identificadas por meio de processos diretos, *naturais* ou *jurídicos*, e *por exclusão* (quando o senso comum facilmente percebe que não se enquadram como *não-perigosas*). É *natural* a classificação quando os meios empregados no desempenho da atividade são facilmente identificados como perigosos pelo senso comum (*v. g.* explosivos, venenos, etc.).

Carlos Alberto Bittar, lembrado por Paulo Sergio Gomes Alonso, para demonstrar tal diferença, exemplifica as indústrias de explosivos, as fábricas de produtos venenosos ou tóxicos, as produtoras de energia elétrica, contrapondo-as às empresas que trabalham com prestação de serviços administrativos, consultorias e outros serviços dessa natureza, cujo desempenho, em princípio, não apresenta risco.¹⁷⁶

Sustentando-se em conceito apresentado por Carlos Alberto Bittar, Carlos Roberto Gonçalves considera perigosa àquela atividade que, comparada com outras por intermédio de estatísticas, características técnicas e mesmo pela experiência comum, revela-se potencialmente mais danosa e com maior probabilidade de causar danos. Rui Stoco, por sua vez, lembra que o risco criado deve ser "especial e permanente".¹⁷⁷

Induidoso que, dentre as atividades desempenhadas pelo homem, umas podem ser consideradas mais perigosas para a saúde, a vida e o patrimônio,

¹⁷⁵ MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo código: considerações gerais. in Juris Plenum, Caxias: Editora Plenum, num. 84, set. 2005. CD-ROM

¹⁷⁶ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000, p.198.

¹⁷⁷ STOCO, Rui. A responsabilidade civil in MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coordenadores). O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo. LTr, 2003, p. 812..

que outras. A lei pode qualificar como perigosas determinadas atividades. Entretanto, quando o texto legal não define o que seja atividade perigosa, como sói acontecer com o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, é possível dar-se uma interpretação evolutiva e ampliativa ao dispositivo, justamente para colaborar com a nova caracterização da responsabilidade civil, ou seja, a atenção dada aos direitos fundamentais que devem ser protegidos e garantidos. Portanto, quem vai dizer quando determinada atividade implica risco para os direitos de outrem é o Judiciário, analisando os diversos casos que lhe forem apresentados. Se o Judiciário entender que se trata de atividade desenvolvida pelo ofensor produz qualquer espécie de risco (corrente ampliativa) ao sujeito que venha a ser ofendido, independentemente da existência de lei especial que assim a considere, poderá aplicar simplesmente o parágrafo único do artigo 927, decidindo que a responsabilidade, no caso *sub judice*, é objetiva, e impor o dever de indenizar, independentemente de investigação acerca da existência de culpa por parte dos responsáveis pelos danos causados, o que tornará mais justa e equilibrada a relação jurídica entre vítima e agente na medida em que a responsabilidade será analisada tão somente pelo fato (existência do dano) e nexos causal.

A propósito, esclarece Gonçalves¹⁷⁸ que, na Itália, segue-se muito o critério estatístico. "Se uma determinada atividade estatisticamente causa danos a muitas pessoas, então ela é considerada uma atividade potencialmente perigosa. Provavelmente, esse critério será adotado também no Brasil".

Dessa forma, nota-se que o termo risco, utilizado pelo legislador no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, foi vinculado a uma acepção de risco criado, pois, este deu um enfoque de mais amplo ao instituto do risco, haja vista a sua projeção ao externo, isto é, em direção a terceiros que possam sofrer com o ato lesivo.

Além de que o legislador não restringiu no parágrafo único qualquer hipótese jurídica ou prática, corroborando com a Teoria do Risco Criado em

¹⁷⁸ Responsabilidade civil (Palestra proferida em 31/10/2001) in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: IMESP, n. 57/58, jan/dez. 2002. Disponível na Internet: www.pge.sp.gov.br. Acesso em 09/03/2009.

sentido amplo, interpretando este preceito de forma a tutelar o novos objetivos do Novo Direito Civil que estão ligados diretamente a nossa Constituição Federal. Com a possibilidade dada pelo legislador em aplicar a Teoria do Risco de forma ampla, mas não ilimitada, temos a consagração de uma maior defesa dos direitos fundamentais, visto que o aplicador do direito como falamos anteriormente no tópico referente a cláusula geral do parágrafo único do artigo 927, terá uma função de interprete e integrador no caso concreto, sempre buscando a maior efetividade do instituto justiça social.

Assim, o fato gerador da obrigação de indenizar prevista na cláusula geral é o dano decorrente de uma exposição ao risco em sentido amplo (também considerado por alguns doutrinadores o qual concordo, como um risco que está ligado diretamente aos preceitos constitucionais que visam garantir o epicentro de nosso ordenamento jurídico pautado na dignidade da pessoa humana), caso em que a responsabilidade resulta do exercício de uma atividade que, sendo lícita, pode produzir risco ao indivíduo.

Ocorre que nem todo e qualquer risco pode ser admitido como suficiente a ensejar a configuração da responsabilidade sem culpa. Pois a rigor toda e qualquer atividade importa em risco. Por isso que, fosse o caso de admitir havida uma responsabilidade sem culpa em qualquer caso de risco, mais não seria preciso dizer senão que quem exerce uma atividade responde pelo dano havido. Não haveria razão para especificar que, à responsabilidade independente de culpa, deve-se ostentar atividade que induza risco. Importa, então, que esse risco seja de alguma forma diferenciado.

Alias mesmo os que sustentam a tese da atividade perigosa de igual modo reconhecem que esse perigo deve ser especial, vale dizer com um maior grau de potencialidade lesiva. É o que na doutrina particularmente se denomina atividade particularmente perigosa. Ou seja, aquelas atividades em que se pode identificar uma maior probabilidade de causação do dano.

No mesmo sentido, Giselda Hironaka, analisando o idêntico conceito de *mise en danger*, salienta que a periculosidade da atividade desenvolvida deve ser especial, indutiva de um risco especial. Isso até para concluir pela

insuficiência mesmo dessa noção de perigo, impondo-se ao menos em seu elastério que seja extensivo, de maneira a dar cabo da particular exigência de preservação da dignidade e da intimidade da vítima.¹⁷⁹

Pois a desvinculação da responsabilidade sem culpa do conceito de perigo intrínseco, propiciada pela redação do parágrafo único do artigo 927, serve justamente a preencher esse espaço que se aponta. Vale dizer, amplia-se à abrangência da cláusula geral da responsabilidade objetiva pela sua adstrição, não ao perigo propriamente dito, mas ao risco criado pela atividade normalmente desenvolvida, sem que, menos ainda, seja necessário configurar-se um defeito. Muito embora, tal como na tese de risco perigo, esse risco deva ser diferenciado, particular, especial.

A diferença, destarte, é que a opção da legislação brasileira, ao estabelecer a cláusula geral da responsabilidade civil objetiva, não foi a de reduzi-la ao perigo intrínseco, mesmo que especial, da atividade desenvolvida. Antes, erigiu-se, no ordenamento civil, uma cláusula geral que, ao contrario de outras próprias de diversos sistemas, ou mesmo ao contrario de outras precedentemente projetadas, no Brasil aludiu não ao perigo, mas ao risco criado pelo exercício de certa atividade.

Certo então que, tanto quanto o perigo, quando a ele se vincule a norma, o risco criado pela atividade do agente, mesmo que não defeituosa, precisa ser diferenciado, especial, particular, destacado, afinal, se toda e qualquer prática organizada de atos em maior ou menor escala produz.

Tem-se pois um risco que, é relevante, apreciável, que mantém relação constante com a atividade desenvolvida. Um risco considerável como salientava Enneccerus.¹⁸⁰ Ou, já examinando a normatização pátria, e posto que vinculando-a ao lucro, tese que não se acede, conforme o já expandido, é o que Carlos Tolomei considera ser atividade que implica alto risco, ou um risco maior

¹⁷⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta. Minas Gerais: Del Rey

¹⁸⁰ ENNECCERUS, Ludwig, Derecho Civil. Traducción de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935.v.2.tomo.1.p. 440.

que o normal¹⁸¹. Ainda diante da redação do parágrafo único do artigo 927, tem-se a observação de Rui Stoco, no sentido de que essa mesma norma incide apenas nas atividades em que se imponha um risco anormal e especial.¹⁸²

A identificação deste risco especial pode ser realizada por meios técnicos. Algo, a bem dizer, que somente se pode aferir caso a caso, dada a relatividade natural do conceito. Com efeito, conforme o desenvolvimento da técnica, da ciência, o risco maior pode reduzir-se substancialmente. Daí dizer-se que a noção de risco especial, diferenciado, destacado, particular é necessariamente variável no tempo e no espaço, o que não pode ser olvidado na sua avaliação.¹⁸³

O risco não pode ser avaliado depois porque deve ser ínsito, justamente, à atividade desenvolvida.

A identificação do risco especial da atividade, enfim, deve dar-se de maneira apriorística, ainda que nunca em um rol fechado, incompatível com a relatividade do conceito, é um desdobramento do princípio da prevenção aplicado no direito civil brasileiro.

Isso tudo, é claro, quando a lei já não se desincumba da tarefa de identificar o que ou quais sejam as atividades que, normalmente desenvolvidas, já que induzem especial risco aos direitos de outrem. Apenas que, nessas hipóteses, já não será o caso de recurso a uma cláusula geral de responsabilidade, muito embora não se possa desconsiderar socorro ao menos ao sentido do ordenamento, para fins de interpretação.

Em outro plano, considera-se deva interpretar-se o parágrafo único do artigo 927, nesse ponto de forma extensiva, para considerá-lo atinente também aos casos de responsabilidade pelo risco criado, senão pela atividade em si, mas pelos meios normais de seu desempenho. E de mais a mais, é, que de qualquer maneira, um risco especial que se contém na atividade prestada, em seu âmbito mais extenso, porquanto nos meios de sua prestação, afastando a redundância, deve-se interpretar de maneira mais ampla possível em

¹⁸¹ TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 365

¹⁸² STOCO, Rui. A responsabilidade Civil São Paulo: Ltr. 2003. p. 814.

¹⁸³ FRANZONI, Massimo. La responsabilità oggettiva: il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli, Padova. Cedan 1995.v.2.p.142

compatibilidade ao respeito dos direitos fundamentais amparados em nossa Constituição Federal e que deve ser fielmente buscado pelo legislador infraconstitucional sob pena de sofrer invalidação de seu ato.

Em referência à expressão “atividade normalmente desenvolvida”, devemos primeiramente lembrar que não se aplica aqui a teoria dos atos anormais¹⁸⁴. Percebe-se pela leitura do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 que este vincula a obrigação ressarcitória a uma "atividade normalmente desenvolvida" pelo causador do dano.

Desta feita, atividade anormal sem dúvida fundamentará a obrigação de indenizar. Porém, a teoria do risco inscrita no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 não depende da anormalidade do ato. Uma atividade normal, exercida por alguém, pode ser causa da reparação, desde que em si mesma cause dano à vítima. Neste passo, é irrelevante que o agente tenha ou não procedido fora dos usos e costumes do ambiente social, descabendo a alegação de não haver incidido em comportamento excessivo, como dito, basta que a sua atividade normal, exponha a ao risco e ocasione dano.

Portanto, não se sujeita à responsabilização sem culpa quem apenas pratique um ato, posto que de causação de dano a outrem, e a despeito até de seu eventual caráter perigoso, de extremo risco, se se preferir, ou de indução de um risco especial. Claro que determinado ato, ou sua prática, pode bem subsumir-se a alguma outra previsão específica de responsabilidade sem culpa. Apenas que, se de ato se trata, exclui-se a possibilidade de aplicação do dispositivo do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

¹⁸⁴ Caio Mario da Silva Pereira, em referência à teoria dos atos anormais, explica que: "Seu fundamento é a distinção entre o ato normal e o ato anormal, somente este último criando a responsabilidade civil de quem o pratica. Para fazê-la, é de se estabelecer o que Demogue entende (invocando Durkheim) um tipo social representativo do padrão médio da sociedade. Na sua aparente simplicidade, a teoria vai enfrentar o problema da caracterização da anormalidade do ato, ou no estabelecimento de uma barreira separando um de outro. Os irmãos Mazeud, com um exemplo e uma pergunta projetam esta diferença: "o fato de circular em um automóvel é um ato anormal?". Penetrando na análise do ato, defendem que 'anormal' é um ato em si mesmo 'perigoso' [...], E os mesmos autores, em seu curso, proclamam que tal distinção, em definitivo, vai ter na pesquisa se o ato é ou não culposos [...]. Tal concepção representa uma curva de cento e oitenta graus: procurando contraditar a doutrina subjetiva, acaba por assentar a responsabilidade em suporte que é sua essência mesma" (Responsabilidade civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002, p. 285). 117 PEREIRA, op. cit., 285

Logo, com efeito, ato e atividade não se confundem. Conforme definição de Fernando Noronha:

uma atividade é sempre caracterizada por uma série ou conjunto de atos praticados com vista à realização de determinado objetivo. Atividade jurídica é aquela que visa realizar um objetivo juridicamente relevante e, por isso, objeto de tratamento unitário. Na atividade, o todo é qualitativamente diverso dos atos que a integram e, devido a isso, estes podem produzir consequências jurídicas que não aconteceriam, se não fosse estarem integrados.¹⁸⁵

Um posicionamento mais amplo e com a tendência de defender uma maior possibilidade de aplicação da Teoria do Risco no que diz respeito a elucidação do que seria a atividade para uma maior adequação ao caso concreto a autora Giselda Hironaka, na busca da defesa do cidadão afirma que:

a prática de atos coordenados, de toda sorte somente se terá configurada uma atividade se houver continuidade e organização dos mesmos atos praticados.¹⁸⁶

Aprofundando no estudo, mais amplo pode ser o elástico reservado ao advérbio normalmente empregado na redação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. São estas as palavras de Caio Mario da Silva Pereira :

A referência a uma atividade normalmente desenvolvida destina-se a excluir, para configuração da responsabilidade, a idéia de anormalidade do ato danoso, portanto de um defeito, corolário da admissão de tratar-se de risco, justamente afastando-se então a necessidade de a vítima provar se o agente estava ou não no exercício de sua atividade habitual, se procedia dentro dos usos e costumes do ambiente social em que opera.¹⁸⁷

Deve-se ainda consignar que pouco importa se a atividade normalmente desenvolvida é realizada de forma remunerada ou não, para a responsabilidade pelo exercício de atividade de risco, não se analisa o caráter econômico desta, mas sim o risco em sentido amplo que essa atividade oferece. Em suma, não interessa se tal atividade é exercida no âmbito da organização empresarial, ou

¹⁸⁵ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p. 339.

¹⁸⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Belo Horizonte: Del Rey 2005. p 339

¹⁸⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva, Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense 2001. p 285.

por um sujeito qualquer. O que importa é a exposição ao risco que essa atividade normalmente desenvolvida cria, uma vez que este pode advir até de atos isolados, praticados por um inexperiente e que, assim, se mostra mais grave do que aquele ato derivado de uma empresa, que geralmente dispõe de uma estrutura adequada e uma técnica mais apurada.

Assim, resumindo somente quem, no exercício de uma atividade, venha a provocar um evento lesivo é que, mesmo sem culpa, terá obrigação de indenizar, por aplicação da cláusula geral da responsabilidade objetiva no Novo Código Civil.

Para a correta análise do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, devemos também distinguir a atividade perigosa da conduta perigosa. O perigo relevante para a configuração da obrigação de indenizar é o perigo típico, e objetivamente imanente a uma determinada atividade, e não o perigo acidentalmente proveniente de um comportamento culposo do homem¹⁸⁸. Dessa forma, *exempli gratia*, um homem que entra em um restaurante em horário movimentado e brinca com um revólver carregado certamente não exerce uma atividade perigosa, mas sim um ato isolado de imprudência, já um serviço de vigilância armada em uma discoteca é uma atividade perigosa, assim como a organização de uma competição de tiro ao alvo com fins beneficentes¹⁸⁹.

Tendo por base a distinção entre atividade perigosa e conduta perigosa, é de se considerar que - fora do âmbito da cláusula geral dos danos oriundos de uma atividade normalmente inócua que se torna perigosa em razão da conduta dolosa, imprudente, negligente ou imperita do agente que a desenvolve - na cláusula geral da teoria do risco expressa no parágrafo único do art. 927 do

¹⁸⁸ CAMPÜRTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Napoli: Morano Editore, 1965, R9 2~ONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile per 10 solgimento di attività pericolose. Disponível em: < [http://vv"l-nv.notiziariogiuridico.it/attpericolose.html](http://vv)>. Acesso em: 20 maio. 2009.

¹⁸⁹ CAMPÜRTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Napoli: Morano Editore, 1965, R9 2~ONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile per 10 solgimento di attività pericolose. Disponível em: < [http://vv"l-nv.notiziariogiuridico.it/attpericolose.html](http://vv)>. Acesso em: 03 mar. 2009.

Código Civil de 2002, o que importa é que a atividade perigosa cause dano, em razão de sua intrínseca potencialidade danosa¹⁹⁰.

Deve-se esclarecer que mesmo na hipótese de o agente ter agido com culpa no exercício da atividade de risco que gerou dano, aplicar-se-á a regra contida na cláusula geral do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002.

Com efeito, tratando-se de responsabilidade objetiva, isto é, independente de culpa, a existência de qualquer conduta culposa do agente no exercício de uma atividade intrinsecamente perigosa não modifica o fundamento da obrigação de indenizar. A responsabilidade independente de culpa não quer dizer, necessariamente, "responsabilidade sem culpa", de modo que, sendo a exposição a perigo o fato gerador da razão justificadora da obrigação, permanece a responsabilidade. A periculosidade deve ser entendida como aquela que, em si mesma, gera um risco maior, independente das circunstâncias eventuais da culpa no momento da ocorrência.

Em resumo, no que se refere à atividade desenvolvida (atividade desenvolvida perigosamente), quis o legislador fazer referência ao momento dinâmico, ao processo cinemático no qual a energia do homem é empregada na direção da coisa, e não às hipóteses de danos causados diretamente pela coisa, em seu momento estático, ou seja, quando não conduzida, guiada ou acionada pelo homem.

Fora desses casos, não se aplica o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, mas, sim, a responsabilidade encartada nos demais artigos do referido Código.

Estabelecida a premissa segundo a qual a noção de risco criado, na acepção empregada pela cláusula geral, corresponde àquela de perigo, resta saber quando é que o perigo assume relevância jurídica, ou seja, em que grau o perigo serve para designar uma atividade como perigosa para a conformação da obrigação de indenizar.

¹⁹⁰ ALPA, Guido. Trattato di diritto civili/i: la responsabilità civile. Milano: Giuffrè, v 1, 1999, p. 685.

Em referência a essa questão, considera Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que a responsabilidade pelo exercício da atividade perigosa "tem como fundamento o perigo iminente a certas atividades, nas quais a potencialidade do dano é mais acentuada, a exigir maior defesa jurídica do terceiro que vier a sofrer prejuízos causados por elas" ¹⁹¹. O mesmo autor manifesta que o caráter perigoso da atividade deve ser "apreciado objetiva e concretamente, em relação a si mesma, e não subjetivamente, em relação ao comportamento ou conduta daquele" que exerce, não sendo necessário, tampouco, que a atividade haja sido declarada previamente perigosa, bastando apresentar uma perigosidade intrínseca, pela própria natureza ou relativamente. aos meios pelos quais ela se desenvolve". ¹⁹²

Carlos Alberto Bittar ensina ainda que é " [...] perigosa a atividade que, por sua condição ou pelo meios empregados (substâncias, aparelhos, máquinas, e instrumentos perigosos), apresenta-se carregada de perigo [...]", ou seja, "deve ser considerada perigosa, pois, aquela atividade que contenha em si uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério de normalidade média e revelada por meio de estatísticas, de elementos técnicos e da própria experiência comum. Definida em concreto como perigosa a atividade, responderá o agente pelo simples risco, ficando a vítima obrigada apenas à prova do nexo causal, não se admitindo, outrossim, escusas subjetivas do imputado". ¹⁹³

Coadunando com as mesmas posições anteriores, Alexandre Miguel assevera que:

é preciso ter presente que o objetivo do legislador foi dar ênfase às atividades de risco, assim entendidas aquelas que potencialmente perigosas, cujo hermeneuta deve ter cautela para não dar elastério na interpretação deste dispositivo, levando a exageros. ¹⁹⁴

¹⁹¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade extracontratual: parâmetros para o enquadramento das atividades perigosas. Revista Forense, v. 296, out./dez. 1986, p. 131

¹⁹² DIAS, Jose de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1, p. 131

¹⁹³ BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil nas atividades perigosas: responsabilidade civil (Coordenação Yussef Said Cahali). São Paulo: Saraiva, 1984. p. 93.

¹⁹⁴ MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo Código Civil. Revista dos Tribunais, v 809, p17, mar. 2003.

Rui Stocco opina que:

A cláusula incide apenas nas atividades e que se imponha risco anormal e especial, ou seja, no seu exercício devem ser identificadas duas características fundamentais: especialidade e anormalidade.¹⁹⁵

Em resumo, a responsabilidade fundada no risco da atividade, como previsto na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar à pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Pois bem, feita a análise do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, devemos agora empreender estudos a fim de compreendermos como o juiz deverá empregar esta cláusula geral.

5.5 O papel do juiz na aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002

Como sabemos, a aplicação de cláusulas gerais, característica inerente ao sistema jurídico aberto com o qual o Código Civil de 2002 trabalha, exige a interferência do intérprete para o desenvolvimento de todas as concretizações que a norma permite.

Temos ciência que a atual tendência do direito é dar menor importância aos conceitos plenamente determinados, buscando construir um sistema jurídico com pautas abertas, que permitam e exijam concretizações, permitindo melhores respostas aos problemas cuja solução se pretende dar.

No entanto, nessa nova sistemática, o papel do juiz é de extrema relevância, pois será ele que permitirá a ventilação do sistema jurídico aberto e, portanto, o avanço do próprio sistema.

¹⁹⁵ STOCCO, Rui. A responsabilidade civil: o novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale Júnior. São Paulo: Ltr, 2003, p. 814.

Como manifesta Clóvis do Couto Silva, com a edição de conceitos abertos expostos pelas cláusulas gerais, cabe ao juiz "adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidos, móveis; de nenhum modo fixos".¹⁹⁶

Ademais, explica Ruy Rosado de Aguiar Junior que em:

Um sistema aberto, afeiçoado aos fins e valores que a sociedade quer atingir e preservar, no pressuposto indeclinável que essa ordem inspira é a justiça. O primeiro compromisso do julgador é com a justiça; estando ele convencido de ser injusto o sistema, trazendo-lhe sua sujeição inconciliável conflito de consciência, não há como exercer a atividade operativa, porque toda aplicação que fizer será sempre um modo de efetivação do sistema. O intérprete não é um ser solto no espaço, liberto de todas as peias, capaz de pôr a ordem jurídica entre parênteses. Ele atua com a ordem jurídica, fazendo-a viva no caso concreto. Inserido no ambiente social onde vive, tem o dever de perceber e preservar os valores sociais imanentes dessa comunidade, tratando de realizá-los. Não pode fazer prevalecer a sua vontade a esses valores. É expectativa fundamental da vida em sociedade civilizada que a vontade de um homem não se submeta à vontade arbitrária de outro. Não lhe cabe sobrepor-se aos sentimentos médios da sociedade em geral e da comunidade jurídica em particular, que mais o fiscalizam nas suas decisões quanto mais democrático o regime. As cláusulas gerais são inesgotáveis recursos para o encontro da decisão justa.¹⁹⁷

Em outras palavras, a cláusula geral é um meio que viabiliza que o juiz julgue com justiça o caso posto à sua decisão, porém, ao utilizá-la, deve o magistrado perceber que ela contém implícita uma regra de direito judicial, dirigida à atuação do juiz, que lhe impõe, ao examinar o caso, primeiramente fixar a norma de dever de acordo com a realidade do fato e o princípio a que a cláusula geral adere, para somente num segundo momento confrontar a conduta realizada com aquela que as circunstâncias recomendavam.

Desta feita, a cláusula geral funciona de modo diverso da subsunção comum às normas tipificadoras, ela é importante não apenas para o julgador, a

¹⁹⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.39.

¹⁹⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. AJURIS, v. 45, março de 1989. P. 17-19.

permitir-lhe a utilização adequada de valioso instrumento para a solução do caso, mas também para a orientação das partes, seja na elaboração de seu pedido, seja principalmente na produção de prova, uma vez que a norma de deverá ser formulada judicialmente em função dos fatos provados no processo e a critérios jurídicos e metajurídicos que possam auxiliar nessa formulação.

Temos então que, em relação à cláusula geral inscrita no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, deverá o juiz, ao analisar o caso em suas mãos, ter em mente o princípio romano *nemimen leadere* e pesquisar se a atividade normalmente desenvolvida pelo agente causador do dano é insitamente geradora de riscos.

Deverá constatar ainda se existem os pressupostos da responsabilidade objetiva, bem como verificar se os fatos provados pelo lesado estão aptos a admitir a aplicação da teoria do risco.

E, ao proferir sua decisão, deverá ter em mente a preservação do sistema jurídico, devendo adequá-la ao mesmo, tendo também o enfoque de contribuir com o avanço do próprio sistema.

Como citado anteriormente o juiz deve ao deparar-se com a cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 do Novo Código Civil aplicá-lo de maneira extensiva ou ampliativa conforme o caso concreto no intuito da realização correta. O magistrado pode utilizar-se de instrumentos como os princípios, costumes entre outras normas para a concretização daquilo que alude determinada situação.

Como foi dito anteriormente tanto a Responsabilidade Civil Objetiva como a Teoria do Risco deveriam ser aplicadas em sua máxima extensividade, não lendo-se ilimitadamente, para que possa garantir um dos direitos pautados em nossa Constituição Federal, mas precisamente no artigo 170º, ou seja a justiça social. E através desta cláusula geral estabelecida no artigo em tela, o juiz terá uma certa liberdade para se aproximar e integrar a relação jurídica e possibilitar a efetivação do direito tutelado.

5.6 Da Teoria do Risco e suas externalidades

Ao longo deste trabalho vimos que a teoria do risco, expressa no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, é uma cláusula geral e, por conseqüência, pelo seu caráter genérico e abstrato, permite que o juiz tenha liberdade de decidir, utilizando-se dos valores e das diretrizes existentes na própria cláusula.

Vimos também que cabe ao juiz seguir uma série de critérios na análise de risco, pesquisando se a atividade normalmente desenvolvida pelo agente causador do dano é insitivamente geradora de riscos, bem como se o fato em concreto se enquadra perfeitamente nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

Porém, em que pese “a responsabilidade civil fundada no risco da atividade, como previsto na segunda parte do referido artigo em comento, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar à pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”. Cremos que deixar essa análise exclusivamente ao encargo do juiz é um ato desumano, e, ainda, gera insegurança para as partes em litígio e para a própria sociedade.

Ora, tendo por base o sistema jurídico aberto, como podemos criar um paradigma a ser observado por todos os aplicadores do direito no que se refere à atividade do risco.

Como o sistema econômico seguramente trabalhará, se a cláusula geral prevista na segunda parte do artigo 927 do Código Civil de 2002 só será efetivamente concretizada na solução judicial do magistrado?

Como o sistema econômico trabalhará com a insegurança proporcionada pelo sistema jurídico, uma vez que este não define o que venha a ser atividade perigosa?

Em outras palavras, como por exemplo o empresário, ao fixar o preço de seu produto ou serviço no mercado, conseguirá analisar se a sua atividade é de risco, se tal atividade só será definida como arriscada, caso ela venha a

provocar um dano a alguém e, por consequência, seja obrigado a reparar o dano com base no parágrafo único do artigo em evidência?

Temos então que a teoria do risco, como se encontra exposta no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, gera externalidades negativas para o sistema econômico, visto que impede que se conheça o que vem a ser atividade de risco e trabalhe com um critério seguro para absorvê-lo na lei da oferta e da procura.

Se o sistema jurídico gera externalidades para o sistema econômico, fica então claro que se aquele não cumpre sua função perante este sistema, qual seja, a de evitar as externalidades negativas.

Surge, então, como solução para o sistema jurídico que este fixe expressamente o que venha a ser atividade de risco, para que o sistema econômico possa trabalhar livremente, sem qualquer alteração advinda do sistema jurídico.

No mesmo escólio é a opinião de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao atestar que a lei deve fixar o que vem a ser atividade de risco “ sob pena de se deixar o assunto entregue ao outro lado da carabina, vale dizer, sob pena de se criar, para a responsabilidade objetiva, uma vala comum em que tudo tenha abrigo, independente da causa, de consequência, de prejuízo e da invariável e prévia fixação legal”.¹⁹⁸

¹⁹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 384

6 CONCLUSÃO

Ao cabo deste trabalho, afirma-se que não há pretensão de fixar um conceito ou um conteúdo apriorístico que seja fixo, exaustivo no que diz respeito ao novo instituto da responsabilidade civil e seus instrumentos. Tampouco o propósito foi o de esgotar a casuística que pode ser alcançada pela nova previsão legal, contemplativa da responsabilidade civil objetiva e uma norma genérica aplicável às hipóteses de desempenho de atividades indutivas de risco.

Antes, e acima de tudo, o intuito foi sempre o de, por um lado, suscitar discussão sobre em que termos, postos não exaurientes, seria viável compreender disposição deliberadamente vazada em linguagem vaga, pouco precisa, também uma característica do Novo Código Civil no que tange ao instituto da responsabilidade civil. Mas, isso à luz de uma análise crítica das inúmeras vertentes a mercê das quais essa compreensão se poderia evidenciar, perpassando por quase todas as variações do elastério que a responsabilidade civil objetiva e a teoria do risco podem propiciar. De outro tanto, tencionou-se efetivar uma incursão no campo da constitucionalização do Direito Civil, na tentativa de demonstrar como deve ser analisado este ramo do direito, ou seja, a

busca pela realização de um diálogo entre as fontes do direito no objetivo de aplicar de forma mais justa e solidária os preceitos basilares de nossa Constituição Federal, introduzindo uma preocupação em conceituar a responsabilidade civil de acordo com os princípios e direitos fundamentais brasileiros.

Assim, em um primeiro passo o propósito foi o de demonstrar a criação do nosso Direito Civil como pressuposto à comparação com o mesmo Direito Civil Contemporâneo. Para isto realizou-se a construção de uma repersonalização do Direito Civil como elemento base para formação de um conceito atual de responsabilidade civil e conseqüentemente da responsabilidade civil objetiva e a teoria do risco.

Importante é, ademais, tornando-se à acepção primária da responsabilidade civil, a seu desiderato básico, tinha-se a afirmação de que a responsabilidade civil apenas vislumbrava a recuperação do ofendido, ocorre que, a situação de desigualdade, a qual precisa ser reequilibrada, pressuposto de solidarismo que, também ele, constitui elemento axiológico básico do ordenamento, na Constituição Federal levado ao texto do artigo 3º, I, que elenca o rol dos objetivos da República, entre os quais o de construção de uma sociedade justa e solidária, o que somente se dá mercê das relações, incluindo as jurídicas, que sejam justas, quer dizer, razoavelmente equilibradas, e que sejam solidárias. Adiciona-se a esta visão solidária a regra das fontes da obrigação de indenizar pautada na dignidade humana e no imperativo de sua preservação, à qual, então, volta-se uma responsabilidade civil mais ocupada com a reparação do dano e menos com a avaliação moral da conduta do indivíduo. Sempre, entretanto, repita-se, tendo como fundamentos básicos a dignidade da pessoa humana e o solidarismo, sua garantia e segurança. Daí a idéia, que ganha corpo, de assentar a responsabilidade civil sobre um fundamento de constitucionalização dos seus elementos, verdadeiramente uma revelação da eticidade, princípio raro à nova codificação brasileira.

Pensa-se no manejo da técnica da responsabilidade civil sob o influxo de diversa matriz, à luz de um diferente perfil, em que convivem critérios variados e

diversificados, de que se vale o legislador para determinar o responsável pela recomposição de um prejuízo experimentado pela vítima. Papel antes reservado à culpa, e que agora como foi explicitado em nosso trabalho tem ao seu lado a teoria do risco como forma de produzir o nexo de responsabilização em casos específicos como naqueles que dizem respeito às hipóteses de atividades normalmente desenvolvidas que possam produzir risco a outrem.

Como foi defendido chega-se à afirmação de que aquela doutrina civilista não está mais adstrita ao caráter individualista e patrimonialista do Código Civil de 1916, pois com a eclosão desta nova espécie de responsabilidade civil criada pelo Código Civil de 2002 partiu-se para uma abordagem mais humana na preocupação com as relações jurídicas, tudo isto pautado na responsabilidade civil objetiva e na teoria do risco com ênfase nas bases axiológicas constitucionais.

É, enfim, a aptidão que se deve reconhecer ao novo Código Civil, decerto não sem problemas, impossível olvidar, até em face da diversidade interpretativa que suscita, mas a se adequar à realidade renovada em que se põe a matéria da responsabilidade civil. Uma previsão normativa contemporânea, mais ajustada à atualidade das relações entre as pessoas e às novas hipóteses danosas que daí decorrem. Ou, igualmente, situações de danos já conhecidas, que, todavia, podem ser decididas à luz de um novo critério de imputação, a bem da dignidade da vítima.

Na busca deste “acesso à justiça” com o propósito de amparar e reparar o ofendido foi construído neste trabalho uma seqüência de conceitos impulsionados pela nova face da responsabilidade civil.

Assim sendo, com o objetivo de tutelar diversos casos não regulados por nosso ordenamento jurídico e que acabavam por culminar em lacunas sem respostas para inúmeras situações, o Novo Código Civil trouxe no seu corpo a responsabilidade civil objetiva, pela qual não necessitaria a vítima provar a culpa do ofensor, bastando haver o dano, a conduta e o nexo de causalidade. Esta responsabilidade civil trouxe à tona a Teoria do Risco como uma cláusula geral e aberta contida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

A teoria do risco traz em seu corpo a elucidação de casos não regulamentados por nosso ordenamento jurídico, uma espécie de meio para proteção dos direitos fundamentais e efetivação da justiça, como forma de reparar o dano em situações nas quais antes nada receberia.

De forma inédita o Código Civil Brasileiro incorporou consciente e expressamente a noção da responsabilidade civil objetiva, mormente calcada no risco criado pelo agente causador do eventual dano, colocando-a, contudo, como exceção à regra geral que continuou sendo a responsabilidade subjetiva.

Há que se considerar, entretanto, que o legislador, procurando seguir os ideais constitucionais, procurando realizar o fim último do direito, que é a justiça, lançou mão de fórmula aberta, não identificando o que realmente seria esta teoria do risco, fazendo com que de início os magistrados, caso a caso, identificassem ou não a incidência da doutrina do risco.

Neste diapasão concluiu-se pela aplicação da teoria do risco criado como a espécie correta de interpretar a teoria do risco, pois o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, não se refere necessariamente às atividades de empresa, lícitas, ilícitas, mas uma atividade normalmente desenvolvida de maneira continuada e organizada e com um grau de potencialidade capaz de causar qualquer hipótese de risco, ou seja, uma série de atos e não um ato isolado, com ou sem fins lucrativos, que quando desenvolvidos normalmente pelo autor do dano cause a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Por fim, com essa fórmula o legislador pátrio, ao que parece, incorporando os princípios e valores que hoje norteiam a sociedade brasileira, construiu um sistema mais justo e equilibrado de responsabilidade civil, harmonizando o Direito Civil com os demais ramos do direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **AJURIS**, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar. 1989.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Responsabilidade civil do empregador e acidente do trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALPA, Guido. **Trattato di diritto civili: la responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1999, v. 4.

ALTERINI, Atílio Aníbal. **Contornos actuales de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

ALVES, Jeovanna Viana. **Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores**. São Paulo: Renovar, 2003.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

AMARAL, Francisco. **O Direito Civil na pós-modernidade: direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003a

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BATIFFOL, Henri. **A filosofia do Direito: os positivismos; a orientação sociológica; o jusnaturalismo; a busca dos valores; direito e moral**. Tradução de Eugénio Cavalheiro. Lisboa: Editorial Notícias, [19- -].

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1926, v. 5.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria & prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. Brasília, DF: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia: público/privado. Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 9. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BODIN DE MORAIS, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONVICINI, Eugenio, **La responsabilità civile**. Roma: Giuffrè, 1971.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad: 2000.

CAMPÜRTI, Marco. **Esposizione al pericolo e responsabilità civile**. Napoli: Morano Editore, 1965.

CANARIS, Clau-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: FCG, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 108-114.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

CARVAL, Suzane. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**. Paris: LGDJ, 1995.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo. Malheiros, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. Seleções Jurídicas ADV-COAD, 01/94**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 45-52, jan. 1994.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Cours élémentaire de droit civil**. 4. ed. Paris, Paris 1994, t. II.

COMPARTI, Mario. **Esposizione ai pericolo e responsabilità civile**. Napoli: Morano Editore, 1965.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. cap. 3.

DAVID, René. **Os grandes sistemas contemporâneos**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. O risco da sociedade contemporânea. **Revista Sequência** – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, n. 28, p. 45-54, jun. 1994.

DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: RT, 2003. cap. 5.

DIAS, Joaquim José de Barros. Direito civil constitucional: caderno 3. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1.

DIAS, Ronaldo Bretãs de Carvalho. Responsabilidade extracontratual: parâmetros para o enquadramento das atividades perigosas. **Revista Forense**, v. 296, out./dez. 1986.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de danos**. Madrid: Civitas, 1999.

DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei Diritti**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

DUGUIT, León. **Las transformaciones del Derecho**: público y privado. Tradução de Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Deditorial Heliasta S.R.L, [19- -].

DWORKIN, Ronald. **Life's dominion**. Nova Iorque: Alfred A Knopf, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho Civil**. Traducción de Blas Pérez Gonzáles e José Alger. Barcelona: Bosch, 1935, v. 2, t. 1.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Novo Código Civil: redescobrimo as fronteiras do Direito Civil: uma viagem na proteção da dignidade humana**. São Paulo: RT, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. 15. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Direito Ambiental e legislação aplicável**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 6. ed. rev. atual. ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FLOREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O novo Código Civil**: homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Ltr., 2006.

FRANZONI, Massimo. **La responsabilità oggettiva**: il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli. Padova. Cedan 1995.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3.

GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1996.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GIORDANI, José Acir. **A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIORGIANNI, Michele. O Direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto; AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coord.). **Comentários ao Código Civil**: parte especial – direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11 (art. 927 a 965).

GONÇALVES NETO, Francisco. O Debitum , a Obligatio e a Teoria do Risco. **Revista LTr**, São Paulo, v. 58, n. 2, fev. 1994.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, SBDP/SP, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness**. Trad: John Farrel. Albany: State University of New York, 1993.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 27. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GUTIÉRREZ, Graciela Messina de Estrella. **La responsabilidad civil en la era tecnológica**: tendencias y prospectiva. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

HABERMAS, Jursen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Renovar, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JORGE, Fernando Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Lisboa: [s.n], 1972.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1939.

JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 4. ed. Paris: Dalloz.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LEVI, Giulio. **Responsabilità civile e responsabilità oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1986.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: RT, 1938.

LIMA, Taísa Maria Macena de. Princípios fundantes do Direito Civil atual. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: _____. **Leituras complementares de Direito Civil**. São Paulo: Juspodivm, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Nuevas fronteras del abuso de derecho. **Revista dos Tribunais**, ano 85, v. 723, jan. 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil: parte geral**. São Paulo: RT, 2002.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. tir. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gérson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introducción al estudio del Derecho**. 4. ed. México: Porrúa, 1951.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. **Leçons de droit civil**. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1982.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

MELO, Raimundo Simão de. Meio ambiente do trabalho: prevenção e reparação. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, São Paulo, n. 14. 1997.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 809, mar. 2003.

MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo código: considerações gerais. **Juris Plenum**, Caxias, n. 84, set. 2005. 1 CD-ROM.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 65, 1993.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, Fernando, Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, ano 88, n. 761, mar. 1999.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: fundamentos do direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O imoral nas indenizações por dano moral. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2989>>. Acesso em: 9 mar. 2009

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. 3. ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 752, jun. 1998.

RIVERA, Júlio César. El derecho privado constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 725, mar. 1996.

RODOTÁ, Stefano. **Il problema della responsabilità civile**. Milano. Giuffrè 1964.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

RUSSOMANO, Mozart V. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SCHADEWALDT, Alejandro Biedma. **Mora automática**. Buenos Aires: Astrea, 1986.

SCHREIDER, Anderson. **Arbitramento do dano moral no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

STOCCO, Rui. A responsabilidade civil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coord.). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições do Direito do Trabalho**. Atualizado por: Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. 18. ed. São Paulo: LTr, 2000, v. 2.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnicas legislativas na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III.

TOLOMEI, Carlos Young. **A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORTORELLO, Jayme A. **Acidentes do trabalho: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e responsabilità oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1961.

ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. 2003. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: princípios básicos**. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **A responsabilidade objetiva no Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.societario.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil: introduction à la responsabilité**. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995a.

VINEY, Geneviève. Prefácio. In: CARVAL, Suzane. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**. Paris: LGDJ, 1995b.

